



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRÁFIA JURÍDICA

**GUARDA COMPARTILHADA E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS NO
DIVÓRCIO**

ORIENTANDA: MARCELA LIMA RASSI

ORIENTADOR: PROF. MS. ERNESTO MARTIM S.DUNCK

GOIÂNIA
2021

MARCELA LIMA RASSI

**GUARDA COMPARTILHADA E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS NO
DIVÓRCIO**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof. Orientador: Ernesto Martim S.Dunck.

GOIÂNIA
2021

MARCELA LIMA RASSI

**GUARDA COMPARTILHADA E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS NO
DIVÓRCIO**

Data da Defesa: 26 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ernesto Martim S. Dunck

Nota

Prof. Godameyr Alves Pereira de Calvares

Nota

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo realizar um estudo sobre a guarda compartilhada e os seus efeitos jurídicos no divórcio. Para isso é preciso entender a sua natureza e o seu funcionamento. Trata-se de uma pesquisa com o intuito de demonstrar que a modalidade da guarda compartilhada é o melhor instituto a ser aplicado após o divórcio entre os cônjuges genitores, ou até mesmo quando não houve relacionamento conjugal, pois se trata da modalidade de guarda que melhor atende os direitos do menor. A guarda compartilhada é exercida por ambos os pais, ou seja, os direitos e deveres sobre os filhos deverão ser realizados em condições de igualdade pelo pai e pela mãe, incentivando uma participação permanente na vida dos filhos. Dessa forma, essa responsabilidade mútua entre os pais sobre os filhos amenizam os reflexos negativos advindos da separação dos pais. Para a realização desta pesquisa foi utilizado o método dedutivo-bibliográfico, por meio da análise da doutrina, dos estudos já produzidos, das normas e institutos legais que regulamentam o assunto, bem como entendimentos jurisprudenciais.

Palavras-chave: guarda compartilhada, poder familiar, alienação parental.

ABSTRACT

(RESUMO EM INGLÊS)

This monograph aims to conduct a study on shared custody and its legal effects on litigious divorce. For that, it is necessary to understand its nature and its functioning. This is a research with the aim of demonstrating that the shared custody modality is the best institute to be applied after the divorce between the parent spouses, or even when there was no marital relationship, as it is the custody modality that best fulfills the rights of the minor. Shared custody is exercised by both parents, that is, the rights and duties over the children must be carried out on equal terms by the father and mother, encouraging permanent participation in the children's lives. In this way, this mutual responsibility between parents over their children alleviates the negative reflexes arising from the separation of parents. For the accomplishment of this research the deductive-bibliographic method was used, through the analysis of the doctrine, of the studies already acquired, of the norms and legal institutes that regulate the subject, as well as jurisprudential understandings.

Key-words: shared guard, family power, parental alienation.

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO	5
1. DIREITO DE FAMÍLIA	8
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	8
1.2 O CONCEITO DE FAMÍLIA.....	10
1.3 DOS PRINCÍPIOS INERENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	11
1.3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
1.3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	12
1.3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	13
1.3.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.....	14
1.3.5 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	15
1.3.6. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	15
1.4 PODER FAMILIAR.....	16
2. INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
2.1. CONCEITO DE GUARDA.....	18
2.3. A GUARDA DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	22
2.4. A GUARDA DE ACORDO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	24
2.5. A GUARDA DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL.....	27
3. DOS PROBLEMAS DECORRENTES DA GUARDA	31
3.1. ALIENAÇÃO PARENTAL.....	31
3.2. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR DE ALIMENTOS.....	36
3.3. A GUARDA COMPARTILHADA ENTRE PAIS QUE RESIDEM EM CIDADES DIFERENTES.....	38
CONCLUSÃO	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise da guarda compartilhada e os seus efeitos jurídicos no divórcio. É um tema bastante discutido ultimamente, pois possui grande relevância nos tempos modernos, levando em consideração o aumento no número de divórcios e as dificuldades das famílias em solucionar os transtornos decorrentes da guarda dos filhos.

Os divórcios dos casais com filhos acarretam inúmeros transtornos na vida da criança e até mesmo dos pais e da família, como efetivos prejuízos emocionais familiares, uma realidade extremamente evidenciada através dos divórcios litigiosos.

Há alguns anos atrás, quando ocorria o divórcio dos casais com filhos, a regra aplicada era a da guarda unilateral, que beneficiava apenas um dos pais, pois a guarda era atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substituía, esta situação possuía amparo do Código Civil, que sofreu alterações nos artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 após a Lei n. 13.058/2014.

A guarda compartilhada tornou-se regra no direito brasileiro com o advento da Lei n. 13.058/2014, no intuito de manter a afeição dos filhos após a separação dos pais, sempre atendendo o melhor interesse do menor.

Trata-se de uma modalidade de guarda na qual ambos os genitores se responsabilizam pelas decisões relativas ao bem-estar dos filhos, promovendo uma convivência harmoniosa e conciliatória entre os genitores, que, mesmo separados, possuem poderes e deveres com os filhos.

Portanto, a guarda compartilhada auxilia a relação da nova realidade social brasileira, reorganizando as afinidades entre pais e filhos e eliminando o abalo ocasionado pela ausência de um dos pais.

É importante destacar que, os fundamentos presentes na Constituição da República Federativa de 1988, bem como nas leis infraconstitucionais, nas

jurisprudências e na doutrina, confirmam a ideia de que a guarda compartilhada é o melhor exercício na família após a ruptura conjugal.

Esse trabalho visa esclarecer os aspectos que envolvem a guarda compartilhada, consolidando o entendimento de que esta modalidade é o melhor modelo de arranjo familiar após a dissolução conjugal, frente aos outros tipos de guarda, demonstrando que se trata de uma modalidade de guarda que evita a quebra do vínculo de afetividade entre os pais e os filhos, equilibrando os papéis dos genitores na perspectiva do melhor interesse da criança.

Também será analisado os principais problemas da guarda compartilhada, como por exemplo, se é possível a aplicação da modalidade de guarda compartilhada entre pais que residem em cidades diferentes, se a guarda compartilhada é uma alternativa eficaz para evitar a alienação parental, a forma que sucede-se a obrigação de prestação de alimentos no instituto da guarda compartilhada.

Para a elaboração desta monografia, a fim de analisar a guarda compartilhada e os seus efeitos jurídicos no divórcio, serão utilizadas pesquisas teóricas a respeito do assunto, visando analisar toda a problemática e gerar uma discussão acerca do tema em comento, além da pesquisa bibliográfica.

A pesquisa bibliográfica é a base para a compreensão do tema estudado, considerando que fornece um estudo teórico, embasado na legislação, jurisprudência, artigos científicos, livros, textos e obras doutrinárias que versam sobre a referida temática, aprofundando conhecimento e discussões sobre o tema.

Realizar-se-ão vários procedimentos metodológicos, a partir da pesquisa bibliográfica a fim de apresentar-se o contexto histórico, os tipos de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, os seus efeitos positivos e negativos, apresentar os principais problemas decorrentes da guarda dos filhos após o divórcio, com base em artigos publicados em revistas especializadas, textos publicados na *internet*, jurisprudência e doutrina, com o propósito de determinar, com base nos supracitados instrumentos de estudos, a compreensão de todo o amparo legal da guarda compartilhada no ordenamento jurídico.

O método dedutivo também será utilizado para analisar a temática da guarda compartilhada nos divórcios, explorando com assiduidade o instituto da guarda compartilhada.

Como desdobramento deste, no primeiro capítulo pretende-se apresentar os aspectos históricos do direito de família e o conceito de família. Após essa compreensão, passa-se a demonstrar os princípios inerentes ao direito de família, e, posteriormente, explicar o termo poder familiar.

O capítulo segundo tem como objetivo conceituar a guarda e explicar sobre as modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, foi demonstrada a guarda de acordo com a Constituição Federal, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil.

Por fim, no capítulo terceiro, é feita uma análise dos problemas decorrentes da guarda, especificadamente sobre a alienação parental, obrigação de prestação de alimentos e sobre a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada nos casos em que os genitores residem em cidades diferentes.

1. DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A compreensão de família obteve contínuas modificações ao longo dos tempos. Neste século XXI, a “sociedade” define uma visão totalmente distinta daquela que era extremamente limitada e taxativa, regida pelo Código Civil de 1916.

O referido diploma legal somente conferia a categoria de família àqueles agrupamentos originados do casamento, no qual era impedido a sua dissolução matrimonial e havia distinções entre os seus membros.

Outra grande modificação que ocorreu ao longo do tempo foi a percepção daquela família instituída no direito romano, na qual a família era ordenada pela autoridade do pai.

No início do século passado, o Código Civil de 1916 estabelecia que a família fosse constituída pela concretização do que chamamos de matrimônio.

Nesse sentido Dias (2011, p. 30) afirma que:

Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.

Fazendo uma breve comparação aos dias de hoje, entende-se a partir do conceito citado acima, que a família ao longo do tempo foi se alterando cada vez mais do seu modelo convencional, tendo em vista a vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais nas relações familiares.

Não podemos negar que grande parte desse entendimento se deve à influência da Igreja Católica, que prega que o matrimônio decorria da vontade de Deus, não podendo sofrer dissolução.

Segundo Dias (2016, p. 61) “despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo”.

É notório evidenciar que com a evolução do mundo globalizado, houve

uma completa reformulação dos aspectos históricos da origem da família.

Adentrando no direito romano, a família era organizada sob a supremacia da autoridade familiar. O *pater familias* exercia sobre os filhos o direito de vida e até mesmo de morte. Podia, desta forma, instituir o que bem lhe desejasse, como por exemplo, vendê-los, impor castigos de tortura e até mesmo tirar-lhes a vida.

Desta forma, Venosa (2010, p. 14) afirma que “o marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal”.

Nesta ótica, a mulher era totalmente subordinada à autoridade marital. O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Para Gonçalves (2018, p. 21) o *pater* exercia sua autoridade da seguinte forma:

O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

Somente a partir do século IV d. C. através do imperador Constantino que as regras foram se tornando mais brandas, tendo este inserido no direito romano a concepção cristã voltada para a família, no qual prevaleciam as questões de ordem moral.

Cumprir afirmar que as premissas familiares tiveram que se adequar as novas exigências e modificações que foram surgindo ao longo das mudanças culturais, hábitos, costumes, evolução nos relacionamentos e afeto.

Deste modo, pode-se concluir que a instituição familiar evoluiu e continua evoluindo, tendo por base os vínculos afetivos preexistentes entre as pessoas.

1.2 O CONCEITO DE FAMÍLIA

Ao especificar o conceito de família devemos considerar que não é possível apresentar um conceito *sui generis* e absoluto, apto a estabelecer todos os conceitos familiares de categorias de pessoas distintas.

Nesse sentido, Stolze e Pamplona (2018, p. 917) afirmam que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Os vínculos afetivos sempre foram presentes na espécie humana, de tal forma que a sociedade possui total aversão à solidão, concluindo de forma natural e espontânea que a verdadeira felicidade só se obtém êxito, quando é encontrada a dois.

Neste sentido, Dias (2015, p. 29) assevera que:

No dizer de Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

De tal modo, se extrai deste conceito que a estrutura familiar é o conjunto de pessoas que se unem pelo afeto e que buscam a felicidade individual e solidária, vivendo um processo de preservação do *LAR* (Lugar de Afeto e Respeito), onde supostamente poderá ser encontrada a idealização de sonhos e conquistas.

É de grande importância compreender que a família, hoje, não se trata somente de um meio para buscar a felicidade, ou seja, da realização pessoal de que cada indivíduo busca para si, e sim de uma realidade sociológica, propriamente dita, por pessoas ligadas umas às outras por algum vínculo afetivo.

De certo modo, a família hoje possui caráter especial da proteção do Estado, conforme preconiza o art. 226 da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Segundo a Lei Maria da Penha (art. 5º, II, da Lei 11.340/06), família pode ser compreendida como:

Art. 5º, II: no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Na visão clássica de Chaves e Rosenvald (2018, p. 40), família é:

A família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato do colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

Sendo assim, conclui-se que a ideia de uma formação familiar constitui uma determinação da natureza, a forma como os indivíduos se organizam e dão significado à família vêm se estabelecendo cada vez de forma mais distinta e única, uma vez que o conceito de “família tradicional” não possui força, pois passou por profundas alterações estruturais e funcionais no decorrer dos anos.

1.3 DOS PRINCÍPIOS INERENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA

1.3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal é um dos grandes pilares quando se trata de princípios, impondo a eficácia em suas normas de forma apta à evolução social e

aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas que vêm acontecendo ao longo dos tempos, principalmente no âmbito do direito de família.

Segundo Bonavides (1999, p. 237) “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional”.

Partindo dessa premissa, o art. 1.º, III, da Constituição Federal de 1988, que foi consagrado Estado Democrático de Direito brasileiro, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Trata-se do que se denomina como o princípio dos princípios, diante desse regramento a proteção da pessoa humana é equiparada por força suprema.

Quando se fala do princípio da dignidade da pessoa humana no ramo do Direito Privado, logo se remete a ideia de que a maior ingerência ou atuação é o que está disposto no Direito de Família.

De certo modo, é difícil estabelecer a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de um princípio que abrange em geral, um conceito legal indeterminado, com numerosas interpretações.

Para Miranda (1998, p.30):

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

Em suma, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

1.3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio fundamental reconhecido pela República Federativa do Brasil em seu art. 3.º, I, da Constituição Federal, possui origem em razão da supremacia

dos vínculos afetivos, e por razões óbvias, este acaba repercutindo nas relações familiares, tendo em vista que a solidariedade deve estar presente nesses relacionamentos pessoais.

Tartuce (2015, p. 1111), traz o conceito de solidariedade em sua obra:

Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

Desta forma, a Lei civil consagra o princípio da solidariedade, ao dispor sobre a comunhão de vidas (casamento) e no que tange a obrigação alimentar.

Portanto, a solidariedade tem por designar a assistência e o amparo, seja de forma material e moral recíproca, entre todos os entes familiares, em respeito ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana.

1.3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A Constituição Federal denota um rol gigantesco acerca de direitos individuais e sociais, com o objetivo de garantir a mesma paridade de tratamento a todos.

Desta forma, ao adentrarmos no sentido de afetividade, tem por assimilação diversas faces e aspectos e, portanto, diante da vasta complexidade, temos a única conclusão de que se trata de uma força rudimentar, propulsora de todas as nossas relações de vida.

Ao encontro desse princípio, Dias (2001, p. 102) traz em sua obra:

De forma cômoda, o Judiciário busca subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A exclusão de tais relacionamentos da órbita do Direito de Família acaba impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como: meação, herança, usufruto, habitação, alimentos, benefícios previdenciários, entretantos outros.

(..)

Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos — muito mais do que relações homossexuais — configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

Dessa forma, a evolução do direito de família, instaurou-se com base no amor e afeto, atribuindo-lhe valor jurídico para uma adequada investigação da relação familiar, à luz desse princípio matricial.

1.3.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Em relação à função social da família, é necessário considerar a realização de projetos de vida e de felicidade dos seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.

Como encargo desse princípio, uma vasta série de requisitos devem ser observados, como a primordialidade do respeito à igualdade entre os cônjuges e companheiros, a importância da inserção das crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito à distinção entre famílias, como a união homoafetiva, pois, em todos esses aspectos o único objetivo é a concretização da finalidade da família.

O artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Com isso, as relações familiares devem ser analisadas, observando as diferenças de cada localidade de fato, a principal função da família é a sua característica para a realização da concretização dos sonhos e pretensões de uma vida conjunta.

À vista disso, a função social da família está relacionada a propiciar um ambiente saudável, para a construção de um lar, com base nos valores que são repassados a cada membro em busca da felicidade na relação com o outro.

1.3.5 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Responsabilidade é a palavra ideal para definir o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar, o qual pode ser visto como a decisão responsável e consciente de se ter ou não filhos, e, conseqüentemente, se optar por tê-los, se encarregar das obrigações e deveres.

Este princípio tem seu preceito legal definido no §7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, que dita:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Os princípios da Paternidade Responsável e da Dignidade da Pessoa Humana constituem a base para a composição da família no ordenamento jurídico brasileiro, retratando a ideia de responsabilidade, observando a formação e manutenção da família.

Posto isso, visualiza-se que o planejamento familiar, advindo da paternidade responsável, é o compromisso entre os pais e os filhos de garantir a assistência moral, afetiva, intelectual e material desses para aqueles, garantindo assim os direitos fundamentais de dignidade à vida desde o nascimento.

1.3.6. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está presente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, pois a proteção da criança e do adolescente é fundamental.

Inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem não previa direito especial à criança e ao adolescente, apenas reconhecia o direito de cuidados e assistências especiais à infância. Posteriormente, a Declaração Universal dos

Direitos da Criança foi proclamada, e em 20 de novembro de 1989 a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela Organização das Nações Unidas, restando adotada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710 de 1990.

Vejamos o que Barboza (2000, p. 203) dispara sobre essa lição:

Nessa linha, passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, a preservar sua identidade, à liberdade de expressão e opinião, devendo ser ouvida em todo processo judicial que lhe diga respeito, à liberdade de pensamento, de consciência, de crença, de associação, enfim, tem reconhecidos a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana.

Após a consagração da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, os seus princípios foram sintetizados na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 8.069/1990.

O conjunto de leis tem o intuito de proteger integralmente a criança e o adolescente, e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado, principalmente, no âmbito das relações familiares, pois, a afetividade e o melhor interesse do menor são aspectos indispensáveis, considerando a necessidade da criança ao afeto, amor, cuidados e direitos, visando, sempre, o bem-estar e proteção integral do menor.

1.4 PODER FAMILIAR

Nos dizeres de Diniz (2005, p. 5212) poder familiar pode ser conceituado como:

Um conjunto de direito e de obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Portanto, devemos assimilar que os pais ou responsáveis legais, possuem obrigações e condições sobre os filhos, pois estes não têm capacidade de se proteger e responder por seus próprios interesses e responsabilidades, de modo que resulta da necessidade de um responsável do âmbito familiar, acompanhar, cuidar, proteger o caráter e a personalidade.

Conforme foi demonstrado anteriormente no tópico dos aspectos históricos da família, por anos, utilizava-se o termo *pater familias*, reflexo da

sociedade patriarcal daquele período, em que o pai era visto como o senhor absoluto e possuía autoridade sobre os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com os seus descendentes.

Vale lembrar que o Código Civil de 1916 usava a expressão "pátrio poder", tendo em vista que a autoridade familiar era exercida unicamente pelo pai, todavia, nos dias de hoje, graças à evolução histórica da sociedade vemos que o poder familiar é responsabilidade conjunta dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consolida o poder familiar nos termos do artigo 21, *in verbis*:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O poder familiar estabelece uma responsabilidade comum dos genitores responsáveis, de assegurar os seus filhos, enquanto civilmente incapazes, o substancial ao seu sustento, proporcionando-lhes, alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde, em conformidade com o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja-se:

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.

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.

Nesse mesmo sentido, o Código Civil de 2002, estabelece no artigo 1690, parágrafo único, que "os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e aos seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer a juízo para a solução necessária".

Conclui-se que, o poder familiar abrange as responsabilidades de uma filiação, compreendendo a isonomia constitucional, independente da origem de filiação, seja ela biológica, socioafetiva ou produto da reprodução humana artificial.

2. INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. CONCEITO DE GUARDA

A guarda, em simples palavras, é a peculiaridade da autoridade parental, e pode ser traduzida como um rol de obrigações e direitos em relação aos filhos menores, singularmente relacionada à assistência material, educacional, moral e presencial.

Para Plácido e Silva (1990, pp. 365 e 366) “guarda” possui o significado definido da seguinte forma:

Derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração. De forma específica, a guarda de filhos é a locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Diniz (2002, p. 444), entende que a guarda:

Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

“Eu moro com a minha mãe, mas meu pai vem me visitar, eu moro na rua, não tenho ninguém, eu moro em qualquer lugar, já morei em tanta casa que nem me lembro mais. Eu moro com os meus pais”, assim canta Renato Russo em Pais e filhos, Legião Urbana, 1989.

O rompimento das relações conjugais muitas vezes causa sérios efeitos nas vidas dos filhos, mesmo quando a autoridade parental permanece, a continuação dos vínculos afetivos é algo sensível e complexo.

Segundo a reportagem do site *Época do Globo*, os divórcios cresceram 54% no Brasil após queda abrupta no início da pandemia. Segundo o levantamento do Colégio Notarial do Brasil, as separações saltaram de 4.641 para 7.213 entre maio e julho de 2020.

Os referidos dados demonstram que o divórcio é uma realidade prática, e a criação de grande parte da população futura é realizada de forma compartilhada.

Em primeiro momento é importante frisar que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 226, § 5º, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o qual extinguiu discriminações e produziu reflexos significativos no poder familiar.

Conjuntamente, a Lei 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe uma nova concepção, consagrando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos, permitindo a prioridade absoluta à crianças e adolescentes, transformando-os assim, em sujeitos de direito.

O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Nos dias atuais, o estabelecimento da guarda, o qual em grande parte dos casos é definida como guarda compartilhada, e o estabelecimento das visitas tem como intuito evitar que um dos genitores seja excluído de grande parte das atividades cotidianas dos seus filhos.

É importante salientar que, mesmo com a separação do casal, ambos devem participar ativamente da formação, criação e educação dos filhos, dividindo a responsabilidade estabelecida em lei e escolhida por eles, conforme respalda o princípio do planejamento familiar.

O ordenamento jurídico brasileiro determina que após o encerramento do vínculo conjugal, o modo como os filhos viverão devem ser estipulados entre os

genitores. É como se surgisse direitos e deveres naturais e originários dos pais, possibilitando o exercício de todas as funções parentais elencadas nos dispositivos do Código Civil que tratam do Poder Familiar.

Tradicionalmente, a guarda era unilateral, exclusiva do pai ou da mãe, contudo, historicamente, os filhos ficavam exclusivamente sob a guarda materna.

Fato esse que começou a mudar com a Constituição Cidadã, a qual instaurou a igualdade de direitos e deveres dos genitores e entendeu que o mundo estava mudando. Por exemplo, a maior inserção das mulheres no mercado de trabalho, os cuidados e responsabilidades com os filhos passaram, cada vez mais, dividindo-se entre os pais.

Precisa-se impreterivelmente ficar claro que o exercício da guarda em qualquer dos casos descritos acima, tem como norte e princípio o melhor interesse da criança e do adolescente.

2.2 MODALIDADES DE GUARDA

Considerando as modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente, traz-se à guarda unilateral, a qual é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

Esta deve ser concedida ao genitor que revele as melhores condições para exercê-la, e está prevista no artigo 1583 do Código Civil: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada”.

Ao outro é resguardado o direito de visitas, conforme previsto no artigo 1589 do Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar essa supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que diretamente ou

indiretamente afetem a saúde física, psicológica e a educação dos seus filhos, nota-se a literalidade do artigo 1583, §5º, do Código Civil:

Art. 1.583. (...)

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

A outra modalidade de guarda é a denominada guarda alternada, nela cada genitor exerce a guarda em períodos exclusivos, alternadamente. Não há o compartilhamento da guarda. O menor alterna-se em períodos preestabelecidos com o pai ou com a mãe, por exemplo: janeiro a julho com o pai e agosto a dezembro com a mãe.

Nesta atende-se mais os interesses dos pais do que os dos filhos, pois praticamente ocorre a divisão da criança e esse arranjo gera ansiedade e tem escassa probabilidade de sucesso.

A próxima modalidade é o aninhamento ou nidação, é uma modalidade de guarda peculiar e pouco usada, pois ainda é rara em nossa sociedade, mas não vedada pelo nosso ordenamento.

Neste arranjo familiar o menor permanece morando no mesmo imóvel, no mesmo local, e os pais se revezam em períodos diferentes. Nessa modalidade a convivência com os filhos e as crianças permanece sob o mesmo teto e com a mesma rotina.

Por fim, tem-se a guarda compartilhada, respaldada pela Lei 13.058/2014 que alterou os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil. Trata-se da responsabilização conjunta e de exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Vejam o artigo que traz tal modalidade:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da

mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Na referida modalidade não há exclusividade, os genitores atuam simultaneamente, responsabilizando-se de forma conjunta pelo filho. A guarda compartilhada garante a responsabilidade mútua dos pais, assegurando a permanência de vínculos mais estritos e a ampla participação destes na formação e educação dos filhos, o que não ocorre com a simples visitação.

Ainda, nos casos em que o divórcio ainda não aconteceu e o casal se encontra apenas separados de fato, como nenhum dos pais tem mais direitos que o outro, pois o Poder Familiar pertence a ambos os pais, a tendência é manter o *status quo*, deixando os filhos com quem se encontram até que, no procedimento do divórcio ou em ação própria de guarda, o juiz resolva a situação, ou ainda que as partes entrem em acordo.

No mais, em situações excepcionais a guarda pode ser atribuída a um terceiro, conforme diz o artigo 1584, § 5º, do Código Civil, esse fato ocorre quando a criança ou o adolescente está exposto a algum risco físico ou psicológico se mantida na companhia dos pais. Podendo assim, ser concedida aos avós, tios ou até a um irmão mais velho. O que não impede o direito de convivência com os pais, salvo se expressa determinação em contrário pela justiça, e nem os exime de prestar alimentos.

2.3. A GUARDA DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como já dito, a Lei Federal n. 13.058, entre outras disposições, deu-se a nova redação ao parágrafo 2º, do artigo 1.584, do Código Civil, o qual estabeleceu o regime da guarda compartilhada de exceção à regra no ordenamento jurídico nacional.

O pai e a mãe, quando possuírem condições morais e psicológicas, precisam estar presentes na criação dos filhos, e possuem condições de igualdade para isto, conforme disposto no art. 5º, I, e 226, §5º, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

O compartilhamento da guarda, hoje é, sem sombra de dúvidas, o melhor instrumento legal para dar efetividade às normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 229, dita que: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

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, assim elucida o artigo 227 da Constituição Federal:

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.

Correlaciona-se esse artigo com a modalidade da guarda compartilhada, uma vez que a criação e a adoção desta modalidade de guarda preservam os direitos constitucionais descritos, os quais nas antigas modalidades unilaterais de guarda eram inobservados e rechaçados.

O instituto da guarda compartilhada e o fato da sua instituição poder ocorrer sem a concordância dos genitores se sobrepõem ao egoísmo, orgulho e ao abandono, que o término de uma relação conjugal traz.

O compartilhamento da guarda é puro e simplesmente um direito da criança e um dever constitucional dos genitores. Com o nascimento de uma criança surgem instantaneamente as responsabilidades de assistência, manutenção e guarda compartilhada dos pais, de forma direta e indireta.

Traz-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

A família, a sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, a criança e ao adolescente, o direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto a permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como as coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da CF tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem." (STF. HC69303. Órgão Julgador: Segunda Turma. Rel. Min. Néri da Silveira. Rel. p/acórdão. Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 30/0/1992).

Conclui-se que as atuais redações dos artigos da guarda compartilhada preveem e dividem a responsabilidade da criação dos filhos, imposta pelo poder familiar, nada mais é que a concretização dos direitos constitucionais de promover o bem de todos e garantir que a criança, o adolescente e o jovem, seja prioridade, e conseqüentemente, tenha tudo para o seu desenvolvimento.

2.4. A GUARDA DE ACORDO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente baseia-se em dois princípios primordiais, são eles o da prioridade absoluta e o do melhor interesse do menor. Tais preceitos aludem que além da criança e do adolescente serem a prioridade nas relações sociais, as circunstâncias devem ser benéficas a eles.

Em relação ao ponto, Madaleno (2010, p. 352), ensina:

Prevalece o princípio dos melhores interesses da criança (the child's best interests and its own preference), ao considerar como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar algum desarranjo conjugal dos genitores e lhes outorgar a guarda como um troféu

entregue ao ascendente menos culpado pela separação, em notória censura àquele consorte que, aos olhos da decisão judicial, pareceu ser o mais culpado, ou quiçá o último culpado pela derrocada nupcial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou em seu artigo 4º, a respeito da guarda, mesmo após dois anos da promulgação da Constituição Federal, o Estatuto trouxe em seu artigo o já estipulado no artigo 227 da Carta Magna, veja-se:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A referida Lei também prevê a igualdade entre o pai e a mãe, conforme art. 21:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O regimento trouxe ainda, em seu artigo 22 que a guarda em relação aos filhos deve ser vista como um dever fundamental: “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”.

O que se tem, na verdade, é a autenticação do dever constitucional dos genitores se responsabilizarem em conjunto com a criação dos seus filhos, no qual é perfeitamente justificável pelos princípios da paternidade responsável e o da dignidade da pessoa humana.

O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”

A guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente visa proteger crianças e adolescentes que estão com direitos ameaçados ou violados, o §1º do art. 33 estabelece que: “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.”

Também é previsto na referida Lei a família substituta, independentemente da situação jurídica da criança, a colocação em família substituta não implica necessariamente na suspensão e extinção do poder familiar, assim assegura o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”

Diante da indefinição do que seja a família substituta, é possível reconhecer a possibilidade de ser conferida a guarda de uma criança a uma, duas ou mais pessoas.

Da forma como está tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente, esta guarda aparenta possuir caráter precário e provisório, no entanto, o próprio Estatuto, no art. 34, determina que o Poder Público estimule a guarda de crianças órfãs ou abandonadas: “o poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar”.

Ainda que em um primeiro momento pareça que a concessão da guarda serve para atender situações emergenciais em caráter temporário, tanto a falta de previsão de qualquer termo de sua vigência como a inexistência de procedimento para sua regularização mostram que a guarda poderá ser definitiva.

A Lei Federal n. 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 28, §1º, estabelece: “sempre que possível, a criança ou o adolescente será

previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada”.

Por fim, frisa-se que é de suma importância que os pais entendam que a guarda compartilhada sempre será a melhor alternativa para o bem-estar dos filhos e do restante da família, e também é o instituto que melhor atende os dispositivos legais dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.5. A GUARDA DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL

O Código Civil por sua vez, traz a guarda dos filhos em momentos distintos, nos artigos 1611 e 1612 ao se tratar do reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento e nos artigos 1583 a 1589 para atuar quando ocorre a separação dos pais.

Apesar da grande relevância do Código Civil não se pode esquecer das duas Leis Complementares importantíssimas, a Lei n. 13.058/2014, conhecida como a Nova Lei da Guarda Compartilhada, a qual alterou o critério da fixação da guarda, estabelecendo como regra a guarda compartilhada, e a Lei n. 11.698/2008 a qual alterou o Código Civil para regulamentar a guarda compartilhada no Brasil, prevendo que mesmo não havendo acordo entre os pais, seria aplicada esta modalidade de guarda “sempre que possível”.

Aprofundando ao exposto, em 13 de junho de 2008 foi promulgada a Lei n. 11.698/2008, e, diante disso, os artigos 1583 e 1584 do Código Civil foram alterados. Acerca disso posicionou-se Dias (2016, p. 877):

O fato é que os homens se uniram em número significativo de associações e organizações não governamentais. A primeira conquista ocorreu em 2008, com a alteração do Código Civil, instituindo a guarda compartilhada (Lei 11.698/08). Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1.º), a lei sinalizou preferência ao compartilhamento (CC 1.584, § 2.º). Mas o uso da expressão: sempre que possível, deu margem a uma equivocada interpretação por parte da jurisprudência. De forma quase unânime, juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada.

Ocorre que, o Projeto de Lei nº 117/2013, tramitou por 03 (três) anos na Câmara dos Deputados, e no dia 26 de novembro de 2014 foi aprovado pelo Senado Federal. Assim, originou-se a Lei n. 13.058/2014, que tornou como regra a guarda compartilhada quando da separação ou divórcios dos pais.

Ressalta-se que com a Lei n. 13.058/2014 os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil foram alterados novamente, prevendo que o magistrado priorizará a guarda compartilhada, exceto quando algum dos genitores declararem de forma expressa não possuir desejo de compartilhar a guarda da criança ou do adolescente, ou quando o juiz optar justificadamente pela unilateralidade da guarda.

Gama (2015, p. 162) demonstra a situação da guarda há alguns anos:

Observa-se que, no sistema jurídico anterior ao advento da Lei nº 11.698/08 e da Lei nº 13.058/14, era controvertida a admissibilidade da guarda compartilhada na jurisprudência brasileira. Conforme levantamento estatístico feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao registro civil do ano de 2002 (ano de promulgação do Código Civil Brasileiro em vigor), a despeito de a maior parte das dissoluções de sociedade conjugal ter sido consensual (79% das separações formais e 70% dos divórcios), a guarda dos filhos ficou "na maior parte dos casos, com a mãe (91,8% nas separações e 89,7% nos divórcios)", sendo que os pais ficaram com a guarda em apenas 4,8% das separações e 5,8% dos divórcios¹. Na mesma pesquisa, apurou-se que a guarda compartilhada correspondia a apenas 2,6 das separações, e 2,7% dos divórcios.

Ao se debruçar sobre a Lei n. 13.058/2014 que tornou a guarda compartilhada como regra no direito brasileiro, Stolze e Pamplona (2018, p. 1083) lecionam que:

Trata-se de um avanço, na busca de pacificação de conflitos referentes à guarda, bem como um estímulo à paternidade responsável. Isso porque as suas vantagens, como já ficou claro acima, são manifestas, mormente em se levando em conta não existir a danosa "exclusividade" típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou do adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores.

Portanto, verifica-se que a guarda compartilhada foi um enorme progresso no direito brasileiro, pois atribuiu aos pais um equilíbrio na vida dos filhos, permitindo que as decisões referentes à vida destes sejam tomadas conjuntamente, colocando em primeiro lugar o interesse da criança e do adolescente.

Leite (2011, p. 196), assevera que:

As alterações trazidas pela Lei 11.698/08, a sua verdadeira finalidade, será conscientizar os pais sobre o bem-estar que a guarda compartilhada poderá trazer a seus filhos, mantendo a consciência de que a vida em comum acabou, mas sua missão para com os filhos continua sendo responsabilidade de ambos, que podem compartilhar juntos a evolução deles.

Observa-se o que dispõe o § 1º do artigo 1583 do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada
 § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Ao compartilhar a guarda dos filhos, pode-se ver nitidamente o que se entende por poder familiar. Os pais possuem mais prerrogativas, obrigando-os a estarem e serem mais presentes na vida dos filhos. A guarda compartilhada coloca um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual, e ela deve ser imposta mesmo quando não há consenso entre os pais.

O Código Civil em seu artigo 1584, §2º, dita que 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.

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.

A propósito, eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que deve ser aplicada a guarda compartilhada mesmo quando não houver consenso entre os pais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo

referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014)

A egrégia Corte Superior já decidiu que a guarda compartilhada dos filhos é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar, na medida em que a lei foi criada com o propósito do pai e mãe deixarem as desavenças de lado, em nome de um bem maior, qual seja o bem-estar dos filhos.

Para a maior parte da doutrina e jurisprudência, é recomendável que a criança tenha o referencial de uma casa principal, em outras palavras, um lar de referência, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejarem a convivência em suas rotinas cotidianas, ou devendo o juiz estabelecer os períodos de convivência.

Ressalta-se que a guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, visto que nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas.

Consoante Mota (1996, p. 19):

A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia do adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças e adolescentes.

Estipula o artigo 1.583 do Código Civil:

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

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

(...)

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

Colaciona-se a esse trabalho dissertativo alguns dos Enunciados da VII Jornada de Direito Civil sobre a guarda compartilhada, a fim de contribuir para o dito e enriquecer o explanado tema:

Enunciado 603 - A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

Enunciado 604 - A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

Enunciado 605 - A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

Enunciado 606 - O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

Enunciado 607 - A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

É evidente com o exposto, que a guarda compartilhada é uma modalidade extremamente relevante, justa e necessária, por todas as obrigações que a paternidade e a maternidade exigem e o compartilhamento dela de forma igualitária, traz muitas vezes o melhor para pais e filhos.

3. DOS PROBLEMAS DECORRENTES DA GUARDA

3.1. ALIENAÇÃO PARENTAL

A guarda, como qualquer instituto jurídico, possui pontos positivos e negativos, necessitando assim que o exercitor do direito supervisione, pondere e intervenha quando necessário.

Um dos problemas mais recorrentes e cruéis é a chamada alienação parental, essa prática que vem sendo utilizada de forma assídua e irresponsável.

Ela ocorre quando um dos genitores não consegue superar a separação e os sentimentos de rejeição, traição e vingança desencadeiam um processo de destruição, desmoralização e de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como utensílio da agressividade e é induzido a odiar o outro genitor.

A partir do momento que a criança passa a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é informado pelo genitor patológico, é impelida a afastar-se de quem ama e de quem a ama, trata-se de um verdadeiro esforço de desmoralização.

Nesse jogo, todas as armas são utilizadas, o filho é convencido de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como se realmente tivesse acontecido.

A lei 12.318/2010 dispõe sobre a alienação parental, apresentando um conceito em seu art. 2º:

Art. 2. 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.

Alguns exemplos de situações que configuram a alienação parental são demonstrados no parágrafo único, do art. 2º, da Lei n. 12.318/2010:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

É difícil discernir a manipulação e o menor acaba acreditando no que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Esses fatos passam a ser a verdade para o filho, que convive com falsos personagens e uma falsa existência, implantando-se assim, falsas memórias.

Os psicólogos Larissa A. Tavares Vieira e Ricardo Alexandre Aneas Botta, no artigo intitulado (2013) “O efeito devastador da Alienação Parental: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado”, citando Richard Gardner, descrevem os três estágios da Alienação Parental:

No estágio leve, apesar de haver, às vezes, alguma dificuldade no momento da visita, quando há a entrega do filho ao outro genitor, ela ainda acontece com tranquilidade; uma vez distante do alienador, o filho cessa ou torna bem raras e discretas as manifestações de desmoralização do outro, mantendo sua ambivalência e sentimentos de culpa ou remorso normais, e não generalizando sua animosidade para a família e amigos do genitor alienado, nem fingindo situações e sentimentos inexistentes. Os laços do filho com ambos os genitores são ainda fortes e saudáveis e seu comportamento durante a visita é bom. O estágio médio é marcado pela utilização de variadas táticas e estratégias, por parte do alienador, para excluir o outro genitor da vida da criança, que logo percebe o que agrada o alienador e passa a colaborar na campanha de desmoralização do outro, intensificando as manifestações de animosidade contra ele, principalmente, no momento da visita, quando é feita a entrega. O filho, sem nenhuma culpa ou ambivalência, e negando qualquer influência externa, recusa-se a ir com o genitor alienado, usando argumentos numerosos e absurdos. Ele vê os dois genitores de forma maniqueísta; generaliza sua animosidade para todos os membros da família do outro, bem como para seus amigos; finge situações e sentimentos inexistentes; e mantém um comportamento hostil e provocador durante as visitas, embora, depois de algum tempo afastado do alienador, possa ir se tornando mais cooperativo. Os laços com ambos os cônjuges ainda permanecem fortes, embora já patológicos. O terceiro estágio, denominado de grave, é marcado pela intensificação de todos os sintomas até aqui existentes, e o aparecimento de uma espécie de pânico, acompanhado de gritos e explosões de violência, diante da mera ideia da visita ao outro genitor, com quem o filho, perturbado por fantasmas paranoicos compartilhados com o alienador, tenta evitar qualquer contato.

Ao judiciário cabe assegurar a proteção integral da criança e reverter a guarda ou suspender as visitas, determinando a realização de estudos sociais e

psicológicos. Essa situação é extremamente íntima e delicada, uma vez que cessa a convivência com o genitor que pode não ter causado nenhum mal ao filho.

Os laudos, testes e entrevistas podem não ser conclusivos, cabendo ao juiz decidir sobre a manutenção ou não da convivência e a reversão da guarda, devendo buscar a cautela redobrada e identificar outros sintomas que permitam reconhecer que está diante da síndrome da alienação parental.

É indispensável nesses casos a ajuda de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, além de ser imprescindível identificar o ódio exacerbado que leva o genitor ao desejo de vingança do outro.

Dias (2007, p. 102) entende que “a Síndrome de Alienação Parental é um tipo sofisticado de maltrato ou abuso, e o direito deveria estudar novos caminhos para reparar o dano que recai sobre o filho (a) e sobre o alienado”.

Algumas medidas protetivas para o menor são descritas no artigo 6º da lei 12.318/2010, observem a literalidade do dispositivo legal:

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.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Sobre o tema, eis alguns julgados que demonstram o entendimento dos doutos julgadores:

AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. VISITAS ASSISTIDAS. CABIMENTO. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ela um vínculo afetivo saudável. 2. A mera suspeita da ocorrência de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai e filha. 3. Adequado, assim, as visitas assistidas pelos avós paternos, com o que restará assegurada a integridade física e psicológica da menor durante o convívio com o genitor, bem como resguardará este de novas acusações. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Agravo de Instrumento Nº 70066306572, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/08/2015).

DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. APRESENTAÇÃO DE FALSA DENÚNCIA CONTRA O PAI. IMPOSIÇÃO DE ÓBICES À VISITAÇÃO E DENEGRIR A FIGURA PATERNA JUNTO AOS FILHOS. ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADOS. INVERSÃO DA GUARDA. MOMENTO PROCESSUAL INOPORTUNO, TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1. A regulamentação do direito de visitas, assim como todas as questões que envolvem menores, devem prestigiar sempre e primordialmente o melhor interesse da criança (art. 227, caput, da Constituição Federal), já que a convivência familiar assegura não só a formação de laços afetivos, como contribui, ainda, para a formação físico-psicológica do infante. 2. A coibição da alienação parental encontra amparo direto na Constituição Federal, especialmente no capítulo destinado à proteção da família pelo Estado, que, obviamente, compreende, a convivência saudável e harmônica com ambos os genitores e as respectivas famílias, ainda que dissolvida a sociedade conjugal. Logo, a prática deve ser coibida com rigor e severidade pelo Poder Judiciário, dadas as consequências deletérias e irreparáveis que podem causar aos filhos menores envolvidos nessa situação. 3. A denegrição da figura paterna junto aos filhos, a imposição de óbices à visitação e convivência familiar entre pai e filhos, além da apresentação de denúncia falsa contra o pai, configuram, claramente, atos de alienação parental praticados pela mãe. 4. Visando cessar a prática de alienação parental, deve o magistrado impor medidas eficazes e que visem o melhor interesse dos menores. 5. APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJGO, APELACAO CIVEL 111874-14.2006.8.09.0079, Rel. DES. ELIZABETH MARIA DA SILVA, 4A CAMARA CIVEL, julgado em 30/06/2016, DJe 2063 de 07/07/2016).

A alienação parental constitui ato ilícito civil, configurado no abuso de direito do poder parental, uma vez que utiliza do abuso emocional e da destruição de vínculos afetivos entre o filho e o genitor alienado.

O artigo 3º, da Lei 12.318/2010 é expresso quanto aos danos causados:

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.

A Lei 13.431/2017 assertivamente tipifica a Alienação Parental como forma de violência psicológica contra crianças e adolescentes.

Depreende-se dizer que a alienação parental é uma forma de abuso, que põe em risco a saúde emocional e psíquica do menor aliciado. Constatada a presença da síndrome, é imprescindível que o genitor que age dessa forma seja devidamente responsabilizado rigorosamente, pois ele confronta a veracidade dos fatos ao usar o filho com finalidade vingativa, sem se dar conta do prejuízo, muitas vezes irreversível, que causa a criança.

3.2. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR DE ALIMENTOS

A prestação de alimentos, como instituto do direito de família, *a priori* baseia-se na Constituição Federal, mais especificadamente no Princípio da Dignidade Humana, entabulado no artigo 1º, inciso III, do referido diploma legal.

Cahali (2009, p.15), entende como alimentos:

A palavra alimentos vem a significar tudo o que necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode prove-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Alimentos são contribuições que visam suprir as necessidades vitais e sociais básicas, como mantimentos, roupas, estudo, saúde, momentâneos ou porvindouros.

Não obstante, Dias (2017, p. 23) entende que:

Os alimentos não são devidos somente para atender as necessidades básicas de sobrevivência. Como lembra Paulo Lôbo, alimentos tem significado de valores, bens ou serviços destinados as necessidades existenciais de pessoas, em virtude de relações de parentesco, do dever de assistência ou de amparo.

O Código Civil dedica o subtítulo III para instruir sobre tal instituto, em seu artigo 1694, e respaldado pelos princípios da solidariedade familiar e capacidade financeira dita que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos

outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Tal organismo jurídico define que são devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento, podendo o devedor ser constrangido à prisão civil, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e/ou incorrer em ilícito penal, nos termos dos artigos 244 e seguintes, do Código Penal.

Como bem defendido por Gonçalves (2014, p. 349): “o direito a alimentos é uma categoria do direito à vida”.

Todavia, o que poucos sabem é que 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.

Portanto, a obrigação é passada de geração em geração, ou seja, na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Sobre o tema, é importante frisar que para a preservação dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. Como bem defendido por inúmeros juristas, a prestação de alimentos é um trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

Um dos problemas advindos da prestação de alimentos é o pensamento de que na guarda compartilhada não é preciso definir os parâmetros da prestação de alimentos, uma vez que ambos estão presentes na vida da criança e do adolescente.

Por mais que a prestação de alimentos se constitui na esfera financeira, psicológica e presencial é imprescindível que na guarda compartilhada ela seja definida e limitada de forma igual para ambos os genitores. Dessa forma, é necessário estar claro, que um instituto não exime o outro.

3.3. A GUARDA COMPARTILHADA ENTRE PAIS QUE RESIDEM EM CIDADES DIFERENTES

A guarda compartilhada tornou-se regra no direito brasileiro no intuito de priorizar a vida dos filhos para que o divórcio dos pais não prejudique o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Um dos grandes problemas decorrentes do divórcio entre os pais é o fato de um dos genitores se mudar para outra cidade, acarretando uma separação de corpos com o filho.

Um grande questionamento sobre a guarda compartilhada é se é possível a aplicabilidade dessa modalidade de guarda quando se trata de pais que residem em cidades diferentes, se essa distância geográfica inviabiliza a guarda compartilhada do menor.

Após o advento da Lei n. 13.058/2014 a aplicação da guarda compartilhada tornou-se prioridade nas ações de guarda, porém, nos casos em que os pais residem em cidades diferentes, a decisão da guarda a ser aplicada trata-se de uma situação específica e que precisa ser bastante analisada.

A doutrina e a jurisprudência são bastante discrepantes neste caso, pois o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser inexecutável a prática da guarda compartilhada entre pais que residem em comarcas distintas, em julgamento por sua Terceira Turma, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1605477 RS 2016/0061190-9, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 21/06/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/06/2016 RB vol. 633 p. 37)

No entanto, esse assunto é bastante discutido entre os doutrinadores, que expressam a possibilidade da execução da guarda compartilhada nestes casos, pois acreditam que a guarda compartilhada não é apenas com quem a criança ou o adolescente residirá e os locais que frequentará, e sim um compartilhamento de responsabilidades, ou seja, de direitos e deveres.

É necessário lembrar que no momento da escolha da guarda deverá ser observado o bem-estar do menor e todas as decisões deverão ser em prol dele.

Portanto, este assunto é bastante questionável na realidade jurídica e é necessário analisar o caso concreto para saber se será possível a guarda compartilhada na condição dos pais que residem em cidades diferentes, no entanto, é necessário considerar que a jurisprudência majoritária entende pela impossibilidade, em razão dos limites geográficos.

CONCLUSÃO

A elaboração dessa monografia buscou esclarecer acerca da guarda compartilhada e os seus efeitos jurídicos no divórcio, demonstrando que essa modalidade de guarda trata-se da melhor opção para atender as necessidades do menor.

Demonstrou-se que antes mesmo de existir lei específica regulamentando a guarda compartilhada como regra no direito brasileiro, já era possível notar implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro a igualdade entre o pai e a mãe no poder familiar.

Observou-se que ao longo dos anos restou estabelecida a igualdade entre os homens e as mulheres, e esse aspecto de igualdade também foi estabelecido nas famílias, pois ambos os genitores, o pai e a mãe, possuem condições de igualdade de direitos e deveres na vida dos filhos.

Também foi observado o aumento do número de divórcios ao longo dos anos, e o quanto essas dissoluções conjugais acarretam transtornos na vida dos filhos e dos genitores, pois o menor estava acostumado em um ambiente familiar, com o convívio dos pais, e de repente é surpreendido com o divórcio dos pais.

Explicou-se que a guarda, de forma generalizada, é uma medida que protege a criança e o adolescente através dos direitos e deveres que os pais possuem para acompanhar o crescimento dos seus filhos, garantindo-lhes uma boa formação física, moral e mental.

A Lei n. 11.698 foi promulgada e alterou os artigos 1583 e 1594 do Código Civil. Posteriormente, em 26 de novembro de 2014 originou-se a Lei n. 13.058/2014, que tornou como regra a guarda compartilhada quando da separação ou divórcios dos pais.

Ressalta-se que com a Lei n. 13.058/2014 os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil foram alterados novamente, prevendo que o magistrado priorizará a guarda compartilhada, exceto quando algum dos genitores declarar de forma expressa não possuir desejo de compartilhar a guarda da criança ou do adolescente, ou quando o juiz optar justificadamente pela unilateralidade da guarda.

Portanto, verifica-se que a guarda compartilhada foi um enorme progresso no direito brasileiro, pois atribuiu aos pais um equilíbrio na vida dos filhos, permitindo que as decisões referentes à vida destes sejam tomadas conjuntamente, colocando em primeiro lugar o interesse da criança ou do adolescente.

Como todo instituto, a guarda compartilhada também carece de problemas, como a alienação parental, a obrigação de prestação de alimentos, a guarda compartilhada entre pais que residem em cidades diferentes, entre outros.

O instituto da guarda compartilhada possui o atributo de estabelecer uma responsabilidade compartilhada entre os pais acerca da vida dos filhos, devendo estes exercer em conjunto os direitos e deveres em relação à criança ou o adolescente.

Diante disso, é cediço que a guarda compartilhada torna-se um mecanismo eficiente para prevenir a alienação parental, visto que o filho terá convivência com ambos os pais, tornando uma relação afetiva e conciliatória entre todos os envolvidos, colaborando com o seguimento da rotina familiar e evitando a realização de atos alienatórios.

Acerca da dúvida da obrigação de pagar alimentos, esta surge quando a guarda implementada é a guarda compartilhada. Pois bem, de início ressalta-se a possibilidade de fixação de alimentos na guarda compartilhada, devendo sempre levar-se em consideração a situação financeira de cada genitor.

A guarda compartilhada se baseia na divisão de responsabilidades entre os pais e não é diferente a decisão de obrigação alimentar, portanto, se é estabelecida a guarda compartilhada, ambos devem arcar com o sustento dos filhos.

Na maioria das vezes é formulado acordo entre os pais estabelecendo as obrigações a respeito das despesas, mas quando não é possível chegar a uma concordância, o juiz poderá estabelecer as responsabilidades de cada genitor, observando a situação econômica dos pais e as necessidades dos filhos, analisando o caso concreto para que seja estabelecida uma proporcionalidade justa.

Sobre a guarda compartilhada entre pais que residem em cidades diferentes, é um tema bastante peculiar, pois devem ser observados diversos critérios no caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de impossibilidade da aplicabilidade da guarda compartilhada entre pais que residem em cidades diferentes, mas ainda é um assunto discutido entre doutrinadores, que creem que é possível a execução da guarda compartilhada nestes casos.

Conclui-se assim que apesar da existência de problemas em relação a essa modalidade de guarda, a guarda compartilhada se trata do instituto que possui mais benefícios para atender o interesse do menor e proporcionar harmonia e boa relação às famílias, garantindo estrita igualdade de direitos e deveres entre os genitores.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: mealheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de jul. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Rodrigo. *Divórcios Crescem 54% no Brasil após Queda Abrupta no Início da Pandemia*. Fonte: Disponível em: < <https://epoca.globo.com/brasil/divorcios-crescem-54-no-brasil-apos-queda-abrupta-no-inicio-da-pandemia-24635513> > Acesso em: 13/03/2021.

FARIAS, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald. *Curso de Direito Civil Famílias*. 10ª Ed. Editora Jus Podivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 17ª ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito das Famílias*, 5º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 23. ed. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. *Manual de Direito Civil*. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *Guarda Compartilhada*. 2º. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral vol. 1. 16ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Jur. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: del Rey, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de direito de família e pareceres de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo IV - direitos fundamentais*: Coimbra, 1998.

MOTTA, Maria Antonia Pisano. *Guarda Compartilhada, uma solução possível*. Revista Literária do direito, São Paulo, 1996.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio - Teoria e Prática*. 5ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. Ed. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2007.

SANTOS, Isabella de Fátima Cristo Ribeiro dos. Os princípios Constitucionais e a extensão dos limites da obrigação alimentar parental na maioria civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13469&revista_caderno=14>. Acesso em 22 de fev de 2021.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, 2ª edição. Volume 1-2. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1990.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 5ª Ed. São Paulo. Editora Método. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol. 6, 10. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Família*. 17ª Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2016.

VIEIRA, Larissa A. T e BOTTA, Ricardo. *O efeito devastador da Alienação Parental: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienado*. Publicado em setembro de 2013. Fonte: < <https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastadorda-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>. > Acesso em: 13/03/2021.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no código civil*. São Paulo. Editora Thomson, 2004.

RESOLUÇÃO N. 038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC


Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante **Marcela Lima Rassi**, do Curso de **Direito**, matrícula 2017.1.0001.0161.8, telefone: 62 98514-2556, e-mail marcelarassi@hotmail.com; na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **Guarda compartilhada e os seus efeitos jurídicos no divórcio** gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 19 de maio de 2021.

Assinatura do autor: 

Nome completo do autor: Marcela Lima Rassi

Assinatura do professor-orientador: 

Nome completo do professor-orientador: Ernesto Martim S. Dunck