

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

Yasmin Khaled Daoud Aqel

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA
COMPARTILHADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

**Santa Maria, RS
2016**

Yasmin Khaled Daoud Aqel

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA
COMPARTILHADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO RIO GRANDE DO SUL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau em **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof.^a Ms.^a Maria Ester Toaldo Bopp

Santa Maria, RS
2016

Yasmin Khaled Daoud Aqel

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA
COMPARTILHADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO RIO GRANDE DO SUL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau em **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 06 de dezembro de 2016:

Maria Ester Toaldo Bopp, Ms.^a (UFSM)
(Presidente/Orientador)

Janaína Soares Schorr, Ms.^a (UFSM)

Afif Jorge Simões Neto (UFSM)

Santa Maria, RS
2016

RESUMO

DA (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

AUTORA: Yasmin Khaled Daoud Aqel
ORIENTADORA: Maria Ester Toaldo Bopp

Aborda-se, nesta pesquisa, por meio dos métodos dedutivo, histórico e monográfico, a possibilidade e em quais casos é viável a aplicação da Lei nº 13.058/2014 nas ações que envolvam a guarda de crianças e adolescentes. Tal discussão mostra-se relevante, uma vez que, embora a lei imponha a obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada, há diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que não observam essa previsão legal, considerando, para tanto, o princípio do melhor interesse do menor. Isso porque a imposição do compartilhamento da guarda quando não há um bom relacionamento entre os pais separados pode ser mais prejudicial do que benéfica ao filho menor. Entende-se que a fixação da guarda conjunta deve se dar, não por uma decisão que aplique, sem uma análise mais pormenorizada do caso concreto, a lei, mas por um acerto, em conjunto, de ambos os pais. Há, ainda, algumas outras circunstâncias que podem impedir o estabelecimento da guarda compartilhada, como, por exemplo, a distância entre as residências de cada um dos pais. Enfim, constatou-se por este trabalho, após detalhada análise da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que a guarda compartilhada deve ser fixada quando houver uma boa convivência entre os genitores, o que torna a lei dissonante da realidade e, muitas vezes, conflitante com o melhor interesse do menor.

Palavras-chave: Direito de família. Guarda compartilhada. Possibilidade.

ABSTRACT

THE (IM)POSSIBILITY OF THE APPLICATION OF THE SHARED CUSTODY LAW UNDER THE JURISPRUDENCE OF THE RIO GRANDE DO SUL COURT OF JUSTICE

Author: Yasmin Khaled Daoud Aqel
Adviser: Maria Ester Toaldo Bopp

It is approached in this research, through the deductive, historical and monographic methods, the possibility and in which cases it is feasible the application of the law 13.058/2014 in lawsuits that involve the custody of children and adolescents. This discussion is relevant because, although the law imposes on the responsibility for the application of shared custody, there are several doctrinal and jurisprudential currents, especially in the Court of Justice of Rio Grande do Sul, which do not observe this legal provision, considering, therefore, the principle of the best interest of the child. This because the imposition of custody sharing when there is no good relationship between the separated parents may be more harmful than beneficial to the youngest child. It is understood that shared custody must be determined not by a decision applying the law without more detailed analysis of the specific case, but by a joint determination of both parents. There are also some other circumstances that may prevent the establishment of shared custody, such as the distance between the homes of each parent. Finally, it was verified by this work, after a detailed analysis of the doctrine and jurisprudence of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, that shared custody should be fixed when there is a good coexistence among the parents, which makes the law dissonant of reality often conflicting with the child best interest.

Keywords: Family law. Shared custody. Possibility.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	6
1	O INSTITUTO DA GUARDA	9
1.1	EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	10
1.2	PRINCÍPIOS.....	15
1.2.1	O princípio da dignidade da pessoa humana.....	16
1.2.2	O princípio da solidariedade familiar.....	19
1.2.3	O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	21
1.2.4	O princípio da afetividade.....	24
1.2.5	O princípio da responsabilidade parental.....	26
2	O PODER FAMILIAR E AS MODALIDADES DE GUARDA	29
2.1	MODALIDADES DE GUARDA.....	31
2.1.1	Guarda unilateral.....	32
2.1.2	Guarda alternada.....	36
2.1.3	Aninhamento ou nidação.....	38
2.1.4	Guarda atribuída a terceiros/para fins previdenciários.....	39
2.1.5	Guarda compartilhada.....	42
3	DA (IM)POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	48
3.1	PRESSUPOSTOS PARA A DETERMINAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	48
3.1.1	Afinidade.....	49
3.1.2	Boa relação entre os genitores.....	51
3.1.3	Respeito aos períodos de tempo dos pais.....	53
3.1.4	Residência fixa para o menor.....	54
3.2	O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ACERCA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA....	56
	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

Diante dos inúmeros rompimentos de relacionamentos e um número expressivo de demandas judiciais, o instituto da guarda sofreu relevantes alterações em nosso direito, sobretudo após o diploma civilista brasileiro de 2002.

Os motivos que levam ao ajuizamento das referidas ações são os mais distintos, tendo como destaque, especialmente, o conflito entre os cônjuges separados e também, a quem caberá ser guardião do menor. Exige-se, sobretudo, compreensão e civilidade dos pais para resolvê-las.

Nesta senda, observa-se que, em muitas situações, a ação é proposta para definir a modalidade de guarda, que agora, em regra, deve ser a compartilhada. No entanto, questiona-se se a modalidade de guarda compartilhada obrigatória seria ideal para preservar os interesses dos filhos menores.

Esta situação, evidentemente, deve ser analisada de forma muito detida pelo julgador, na medida em que poderá influir sobremaneira na vida e no desenvolvimento da criança ou do adolescente diretamente atingido pela demanda, bem como na dos demais envolvidos indiretamente.

Assim, não basta que somente se aplique automaticamente a guarda compartilhada, devendo-se verificar se a situação fática é propícia ao estabelecimento dessa modalidade de guarda.

Dessa forma, diante dos conflitos e da falta de consenso entre os pais, mostra-se necessária a tutela jurisdicional, cabendo ao juiz, assim, definir como será exercida a guarda dos filhos menores, o que, há pouco tempo, dava-se na forma unilateral.

Esse cenário se alterou com a Lei nº 13.058/2014, a qual, além de enunciar o significado da expressão “guarda compartilhada”, estipulou essa modalidade como preponderante para a custódia dos filhos por parte de seus genitores, agora separados.

Entretanto, em uma aferição mais apurada, na observância do princípio do melhor interesse do menor, seria difícil aplicar a Lei da Guarda Compartilhada, porquanto, para que este regime tenha êxito, é imprescindível o contato entre ambos os genitores, o que, como sabido, em muitas situações é inviável ante o grande litígio existente entre eles após o término do relacionamento.

Em que pese seja considerado ideal por muitos juristas, pois as obrigações e o tempo de convívio com os filhos são divididas de forma equilibrada entre a mãe e o pai, a efetivação prática desse modelo de guarda não ocorre. Salienta-se, inclusive, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, majoritariamente, não aplica a lei por impossibilidade fática.

Isto acaba por instituir um problema mais delicado do que aquele meramente jurídico, posto que se trata de uma lei verdadeiramente inócua, e que, de forma acertada, nem sempre é seguida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Conforme se analisa, o descumprimento da norma ocorre por falta de possibilidade. Nesse sentido, por exemplo, a falta de efeitos jurídicos da norma resulta da falta de entendimento entre os pais.

Destarte, a presente monografia procura analisar em que se constitui o instituto da guarda, especialmente na modalidade compartilhada, no ordenamento jurídico. Ademais, busca-se averiguar por quais razões a regra obrigatória da guarda compartilhada não é levada em consideração nas decisões judiciais nas demandas, sobretudo, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Outrossim, busca demonstrar quais os princípios aplicáveis ao direito de família devem ser observados pelo julgador ao sentenciar uma ação da natureza de guarda.

Para tanto, utiliza-se, neste trabalho, almejando atingir seu objetivo geral, o método dedutivo, por intermédio do qual são analisados os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, à luz do texto constitucional e infraconstitucional, com o escopo de deduzir qual a importância da Lei de Guarda Compartilhada e em que casos é possível sua aplicação. Além disso, utilizam-se, na elaboração da pesquisa, os métodos de procedimento histórico e monográfico, sendo o primeiro visando a apontar a evolução doutrinária e jurisprudencial no que se refere à guarda e o segundo com o intuito de analisar a doutrina e a jurisprudência no que concerne à aplicação da guarda compartilhada nos casos concretos.

A pesquisa, portanto, encontra-se dividida em três capítulos. Do primeiro consta a evolução histórica do instituto da guarda, bem como a análise dos mais relevantes princípios do direito de família para o tema objeto da monografia, bem como a aplicação deles e dos demais conceitos antes esposados no trabalho, nos casos concretos, por meio da análise doutrinária. O segundo cuida de explicar as diferentes espécies de guarda admitidas pela doutrina e também por nosso ordenamento jurídico, especificando, ainda, a guarda compartilhada em termos

gerais. Ainda, no segundo capítulo, busca-se elencar quais os pressupostos que tornam possíveis a instituição da guarda compartilhada. Finalmente, o terceiro, trazendo os motivos e os casos de possibilidade ou impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, trata do tema principal da monografia, bem como verifica a aplicação do instituto por meio da análise da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho.

Por fim, é imprescindível destacar a importância do presente trabalho, que se encontra evidenciada no fato de que, na concessão da guarda, deve-se considerar sempre o melhor interesse do menor, razão pela qual não é viável aplicar, em toda e qualquer situação, a Lei da Guarda Compartilhada.

1 O INSTITUTO DA GUARDA

Inicialmente, é de suma importância conceituar no que se constitui a guarda e, conseqüentemente, seu significado, bem como sua importância nos mais variados aspectos.

O termo guarda tem origem no latim *guardare* e no germânico *wargen*, de que proveio o vocábulo inglês *warden*, em que os significados estão traduzidos nas expressões proteger, conservar, cuidar, administrar e vigiar.

No âmbito do direito de família, existem diversos conceitos para definir a guarda em relação aos menores.

De Plácido e Silva define que a guarda dos filhos é:

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, nesse sentido tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.¹

Já para Rolf Madaleno:

A guarda é atributo do poder familiar, e se refere a convivência propriamente dita, constituindo do direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho, a quem representa um juízo nas ações onde for parte, sendo a custódia uma decorrência da separação dos pais, tenham sido ou não casados.²

Na mesma trilha, o professor e advogado Jorge Shiguemitsu Fujita ensina que

a guarda é um instituto em que um adulto, que não precisa ser obrigatoriamente um parente, assume a responsabilidade sobre um menor de 18 anos de idade, não emancipado, e em razão disto toma o dever de prover a assistência material e imaterial, e atender a todas as necessidades vitais da criança ou adolescente, incluindo a alimentação, o vestuário, a higiene, moradia, assistência médica e odontológica, de educação e de lazer.³

Ainda, define o conceito de guarda o doutrinador Guilherme Gonçalves Strenger:

¹ PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 365.

² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 430.

³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 86.

Guarda dos filhos é o poder dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício com um poder-dever⁴

Portanto, infere-se que a guarda é um direito/dever de quem permanece com a responsabilidade de algum menor – sendo que este, em regra, é filho daquele –, com o intuito de ampará-lo e educá-lo, garantindo-lhe a assistência necessária para o seu desenvolvimento.

1.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A primeira regra do direito brasileiro sobre o destino de filhos de pais que não convivem veio com o Decreto nº 181/1890, que, em seu art. 90, estabelecia:

A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixar a quota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.⁵

O Código Civil de 1916, cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, diferenciava as hipóteses de dissolução amigável e litigiosa, mandando, por seu art. 325, observar, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”⁶ e, na última, na previsão do art. 326, distintamente, para estabelecer a forma de guarda, o sexo e a idade dos filhos, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura. Essa previsão legal é melhor explicada por Rolf Madaleno e Rafael Madaleno:

[...] quando a separação era litigiosa, o juiz então analisava e identificava se havia um culpado pelo término do casamento para, então, atribuir quem deveria ficar com os filhos. Havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os

⁴ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de filhos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31 *apud* SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 41.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jan. 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm> Acesso em: 08 ago. 2016.

⁶ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Instituiu o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em: 18 set. 2016.

filhos menores, já no caso de ambos serem considerados culpados, as filhas ficariam com a mãe enquanto não atingissem a maioridade e os filhos até completarem seis anos de idade, depois desta idade, seriam entregues ao pai. Se porventura viesse a ocorrer algum motivo grave, o juiz, em qualquer caso e sempre levando em consideração os interesses dos filhos poderia regular o exercício da guarda de outra maneira, e se ocorresse a anulação do casamento, seriam aplicadas as mesmas regras.⁷

Ainda, a esse respeito, é oportuna a lição de Maria Berenice Dias:

No código de 1916, o casamento não se dissolvia. Ocorrendo o desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. [...] Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado. Não ficavam com ele os filhos. Eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole.⁸

O Decreto-Lei nº 3.200/1941, em seu art. 16, disciplinava a guarda do filho natural, prescrevendo que este deveria ficar com o genitor que o reconhecesse, se ambos o reconhecessem, sob o poder do pai, salvo se o juiz, no interesse do menor, decidisse de forma diversa.

A Lei nº 4.121/1962 promoveu alterações no Código Civil, no que concerne ao desquite litigioso, mantendo as disposições do desquite amigável em relação à guarda de filhos. Essa lei, ainda, quanto à forma da guarda, extirpou a distinção que se fazia quanto ao sexo e a idade dos filhos.

O Decreto-Lei nº 9.701/1946 estabeleceu a possibilidade de visitas. Com efeito, dispondo sobre a guarda de filhos no desquite judicial, quando não entregues aos pais, mas a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, assegurava ao outro o direito de visitas dos filhos.

A Lei nº 5.582/1970, por sua vez, modificou o art. 16 do Decreto-Lei nº 3.200/1941 e lhe acrescentou parágrafos, prevendo que o filho natural, quando reconhecido por ambos os genitores, ficasse sob o poder, agora, da mãe, exceto se essa medida gerasse prejuízo ao menor. Além disso, previu a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa inidônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. Havendo motivos graves, poderia o juiz decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre no interesse do menor.

⁷ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

Posteriormente, a Lei nº 6.515/1977 instituiu o divórcio no Brasil, estipulando, em seu art. 9º, que, no caso da dissolução da sociedade conjugal pela separação consensual, estaria reservado aos cônjuges o direito de decidirem sobre a guarda dos filhos: "no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos"⁹. No entanto, prevaleceu o conceito de culpa nos casos de dissolução litigiosa, em que a guarda deveria ser deferida àquele que não foi culpado pela separação do casal.

De acordo com Marcial Barreto Casabona

os pontos mais significativos da Lei do Divórcio estavam na possibilidade de o juiz entregar a guarda dos menores a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges (§ 2º do art. 10) e no enunciado no art. 13, o qual autorizava o juiz a tomar decisão diferente da estabelecida nos artigos anteriores sempre que houvesse algum motivo grave.¹⁰

Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988, trouxe inovações na legislação, enunciando que a proteção à criança e ao adolescente é dever, principalmente, da família, da sociedade e do Estado. É o que se extrai do *caput* do art. 227:

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 opressão¹¹

Convém lembrar, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) destacou vários dispositivos para tratar acerca da guarda. O melhor exemplo é o art. 33:

⁹ 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em: 13 out. 2016.

¹⁰ CASABONA, Marcial Barreto. Guarda compartilhada. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 109 *apud* MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 59.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 nov. 2016.

Art. 33. 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.

§ 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.¹²

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo à proteção da pessoa dos filhos (arts. 1.583 a 1.590). Em que pese ter havido inúmeras alterações nos institutos do Direito de Família, não houve expressivas mudanças no que se refere à guarda, a qual a regra era a unilateral.

Cabe transcrever trecho da doutrina de Freitas:

Nas legislações posteriores - Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e Adolescente e o Código Civil de 2002- o filho finalmente deixa de ser uma espécie de espólio de guerra ou prêmio ao inocente, e passa a ser fixada a guarda a quem tenha melhor condição para manutenção do infante, sendo analisados [...] e as condições de cada um dos pais em atender tais interesses.¹³

A Emenda Constitucional nº 66/2010 (que adveio da chamada “PEC do Divórcio”), mesmo não tendo como objeto a guarda, acabou por gerar reflexos neste instituto, já que afastou definitivamente do ordenamento jurídico a culpa pelo divórcio ou pela separação, o que era essencial para definir com qual dos pais ficaria a guarda do filho. Consequência disso é que se passou a entender como um direito natural dos genitores o exercício da guarda dos filhos.

Com a Lei nº 11.698/2008, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro o termo guarda

¹² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16jul. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 28 out. 2016.

¹³ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 34.

compartilhada - também chamada de conjunta. Não obstante isso, diversos tribunais já aplicavam este instituto, desde que houvesse consenso e a relação entre os pais fosse harmoniosa.

Embora expressa no ordenamento jurídico, guarda compartilhada, na forma como prevista na Lei nº 11.698/2008, não era concedida pelos tribunais. A causa disso era, especialmente, a ausência de relação amigável entre os pais.

Posteriormente, sobreveio a obrigatoriedade desse tipo de guarda, com a publicação da Lei nº 13.058/2014, que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, determinando a aplicação da guarda compartilhada sempre que não houvesse acordo entre os pais e ambos estivessem em condições de desempenhar os cuidados dos filhos, salvo se um deles expressamente manifestasse não ter interesse em ter a guarda do filho. Colaciona-se esse dispositivo:

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.¹⁴

Com a guarda compartilhada, o exercício dos direitos e deveres e a responsabilização devem ser realizados conjuntamente pelos pais que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comum.

Waldyr Grisard Filho assim conceitua este instituto:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal. É um convocação aos pais para pensar de forma conjugada no bem-estar dos filhos, para que possam os menores usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto materna, quanto paterna, sob a premissa de que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar.¹⁵

Ainda, tem-se a lição de Rolf Madaleno e Rafael Madaleno:

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 13 set. 2016.

¹⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

A Lei 13.058/2014 trouxe um segundo conceito de guarda compartilhada para fazer companhia à Lei 11.698/2008, que trata da guarda compartilhada em sua essência, ao ordenar o compartilhamento efetivo das responsabilidades parentais, interpretando pela linguagem jurídica como garantia do exercício do poder familiar, do qual nenhum progenitor pode se desligar ou ser afastado apenas em razão da separação dos pais.¹⁶

Por conseguinte, é possível reconhecer que o instituto da guarda se encontra em constante processo de mutação, assim como ocorre com o direito como um todo, haja vista que, além de as relações sociais se alterarem com o tempo, o que, por si só já ensejaria mudanças na lei e nos conceitos jurídicos, sempre se está perseguindo estabelecer uma forma de melhor resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes.

1.2 PRINCÍPIOS

Convém especificar alguns dos mais importantes princípios do direito de família, os quais são aplicáveis e imprescindíveis para a compreensão da questão da guarda compartilhada, bem como de que forma ela pode ser entendida e aplicada no âmbito do Judiciário.

Nesse sentido, a fim de enfatizar a importância dos princípios para a prestação jurisdicional, é oportuno transcrever o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] toda e qualquer decisão deve, necessariamente, considerar os princípios [...]. Sem isto as decisões e concepções doutrinárias certamente se distanciarão do ideal de justiça ou ficarão contraditórias com um sistema jurídico que se pretende ético, no sentido universalizante em contraposição aos perigosos particularismos morais.¹⁷

Na mesma linha, Paulo Lôbo disciplina quanto à importância da utilização dos princípios como ferramenta para solucionar os conflitos sociais:

[...] os princípios, em razão de sua ductilidade e adaptabilidade, são instrumentos jurídicos apropriados para lidar com as mutações sociais,

¹⁶ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 183.

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.93.

contribuindo para o avanço da sociedade e para afirmação de valores sociais.¹⁸

Diante disso, observa-se que os princípios não são leis codificadas, e sim orientações que servem de alicerce para as decisões judiciais, as quais, nos casos em que se discute a guarda de um menor, devem sempre observar seu melhor interesse.

1.2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é a essência do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, devido a sua relevância, é um dos fundamentos da República, estando previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, transcrito abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]¹⁹

Nesse sentido, destaca Ingo Wolfgang Sarlet

Consagrado, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.²⁰

O conceito da dignidade da pessoa humana possibilitou inúmeras teses e propicia as mais variadas tentativas de interpretação. Contudo, um dos conceitos

¹⁸ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 2, p. 105-106.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 nov. 2016.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p 68.

mais conhecidos para sua explicação é a aceção dada por Immanuel Kant, que propôs a formulação clássica do princípio, nesses termos:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.²¹

O que se extrai do presente conceito é que o homem é dotado de consciência moral, este adquire um valor inestimável o que faz com que não tenha preço, motivo pelo qual este é medida aplicável à coisa e não ao homem, o qual é superior, justamente em razão de sua dignidade. Neste sentido, ressalta-se a análise feita acerca disso por Rodrigo da Cunha Pereira:

O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa. Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade.²²

Na interpretação de Rodrigo da Cunha Pereira, o conteúdo do princípio significa que a pessoa por ser superior às coisas não possui um preço, conseqüentemente não pode ser quantificado seu valor, uma vez que todo ser humano tem valor equivalente, justamente porque é dotado de razão. A garantia da aplicação dessa igualdade deve ser garantida pelo Estado, seja qual for o poder, aliás, não apenas deve cumprir o enunciado na Constituição Federal, bem como os preceitos éticos internalizados por nossa sociedade.

No conceito e visão do constitucionalista José Afonso da Silva, segue o conceito da dignidade da pessoa humana:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 96.

umaqualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo os casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.²³

Como exposto, em que pese sua importância, o conceito de dignidade humana mostra-se de difícil definição, tendo em vista que abrange concepções e significados variados e subjetivos, ou seja, trata-se de um conceito incerto e impreciso. Ocorre que seu sentido foi sendo construído e alargado ao longo dos séculos. Além disso, sua percepção, antes meramente conceitual, foi se desenvolvendo para uma prática efetiva da proteção à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, mostra-se cabível o estudo da dignidade humana, no âmbito do Direito de Família, uma vez que esse "macroprincípio" ensejou outros princípios norteadores e indispensáveis como os que serão tratados no presente trabalho, mais precisamente aqueles aplicados ao instituto da guarda e às relações familiares.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de dever ser aplicado a todas as relações interpessoais, porquanto, como já visto, norteia toda a atuação estatal e serve como um dos fundamentos da República, ganha especial atenção quando essas relações envolvem a família.

Com efeito, a Constituição Federal, em seus arts. 226, § 7º; 227, *caput*; e 230, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 3º, 4º, 15 e 18, expressamente preveem a especial proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar, como bem ensinado por Paulo Lôbo:

[...]o capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (arts. 226, § 7º; 227, *caput*, e 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art.227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que seja dever da família assegurar-lhe "com absoluta

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

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-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

[...]

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, prevê o princípio da dignidade humana, declara que a criança deve ser preparada para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (art. 3º) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (arts. 4º, 15 e 18). O Código Civil de 2002, cuja redação originária antecedeu a Constituição, não faz qualquer alusão expressa ao princípio; todavia, por força da primazia constitucional, este como os demais princípios determinam o sentido fundamental das normas infraconstitucionais.²⁴

Esse é um princípio que, apesar de sua complexidade e da difícil aplicação em sua integralidade, abrange todas as relações jurídicas, e não pode deixar de ser aplicado justamente no campo do direito de família, que tem como seus mais importantes valores a afetividade, a intimidade e a felicidade, que devem ser respeitados.

Para além disso, sendo obrigatória a aplicação da guarda compartilhada de uma criança, muitas vezes seus pais, que possuem uma relação conflituosa entre si, acabam por tratá-la como um objeto, uma ferramenta para atingir o outro. Com isso, pode-se concluir que, baseando-se no conceito dado por Immanuel Kant, há indesejável ofensa à dignidade do menor.

1.2.2 O princípio da solidariedade familiar

A solidariedade está expressamente prevista na Constituição Federal, no art. 3º, I, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Colaciona-se:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

²⁴ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 2, p. 110.

[...] ²⁵

A respeito desse princípio, ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O princípio da solidariedade se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. A solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos. ²⁶

É oportuno transcrever, ainda, a lição de Roberto Senise Lisboa acerca da solidariedade no âmbito familiar:

Tal princípio decorre do princípio da solidariedade social (artigo 3º, inciso, I, da CRFB) e pode ser observado sob seus ângulos interno e externo. Se for observado externamente, pode-se dizer que cabe ao Poder Público, assim como à sociedade civil, a promoção de políticas públicas que garantam o atendimento às necessidades familiares dos pobres e excluídos. Contudo, se for analisado internamente, percebe-se que cada membro componente de um determinado grupo familiar tem a obrigação de colaborar para que os outros membros da família obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biopsíquico. ²⁷

Paulo Lôbo aponta que:

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. ²⁸

Nessa esteira, pode-se extrair que a guarda, enquanto instituto inserido no direito de família, deve também observar a cooperação entre todos os entes do núcleo familiar, mais especialmente os pais para que possam atender de forma satisfatória aos interesses dos filhos menores.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 nov. 2016.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

²⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

²⁸ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 2, p. 112.

Nesse sentido, havendo solidariedade entre os genitores, mostra-se viável e, principalmente, recomendável a guarda compartilhada dos filhos. Nessa linha, o já mencionado autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama assinala:

Outra vertente do princípio da solidariedade pode ser verificada no tema relacionado à guarda dos filhos menores. O modelo de guarda jurídica unilateral, fruto da dissolução da entidade familiar (casamento ou companheirismo), representa ainda hoje resquício da filosofia individualista e liberal que norteou o ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Constituição de 1988. O princípio da solidariedade propugna o abandono de tal visão individualista para, no seu lugar, ser empregado o modelo que resulte da cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho comum, daí dever ser estimulado o modelo de guarda compartilhada e não mais o unilateral.²⁹

Porém, é importante ressaltar que a guarda compartilhada só é possível se os pais efetivamente estiverem dispostos a colaborar entre si e em favor de seu filho, o que somente é verificável na total ausência de conflitos entre eles. Se, todavia, houver litígio entre os genitores, a guarda unilateral, em que pese possa ser considerada individualista, certamente é a que mais atende ao melhor interesse do menor, que é o ente do núcleo familiar que deve ter prioridade em seu bem-estar.

1.2.3 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Este princípio é também chamado de plena proteção à criança e ao adolescente e pode ser considerado uma ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana, estando inserido na Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 227, cujo conteúdo se repete nos artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostra-se o enunciado constitucional:

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.³⁰

²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 nov. 2016.

Ressalta-se a preocupação do legislador em resguardar aqueles que ainda não atingiram a maioridade civil. Tendo em vista que a pessoa humana, em função da busca pela promoção e proteção de sua dignidade, tornou-se o foco da sociedade e, conseqüentemente, do Direito, tem-se que é imprescindível proteger aqueles que se encontram em situação de fragilidade. Nessa condição se encontram as crianças e os adolescentes, pois estão em processo de amadurecimento e formação da personalidade.

Nesse sentido, transcreve-se o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais - ou de alguém que exerça a função materna e paterna - para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia.³¹

Nas palavras de Maria Berenice Dias

Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).³²

É oportuno mencionar que o presente princípio teve sua origem na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada em 1959:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.³³

Ainda, tamanha a importância do presente princípio, é disciplinado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu artigo 3º, adotada pela

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.50

³³ ASSEMBLEIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos da criança**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>> acesso em 02 out. 2016.

Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, que ora se colaciona:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.³⁴

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira

O princípio do melhor interesse da criança/adolescente significa o assento e consolidação de uma mudança paradigmática. É este princípio que autoriza e dá sustentação, por exemplo, para que a guarda dos filhos esteja com aquele que tiver melhores condições psíquicas para cuidar dos menores, independentemente de ser o pai ou a mãe biológica. É este princípio, associado à dignidade e ao princípio da afetividade, que fez nascer novos institutos jurídicos como a guarda compartilhada e a parentalidade socioafetiva.³⁵

Esse princípio é o paradigma a ser seguido na tomada de decisões que envolvam menores. Em toda relação que envolva crianças e adolescentes a decisão deve considerar seu melhor interesse, em busca de resguardar seus direitos e lhe causar o menor dano possível.

Rafael Madaleno e Rolf Madaleno corroboram o exposto acima:

A noção de interesse da criança será o centro das decisões judiciais, e visto o menor como sujeito titular de direitos fundamentais e dotado de uma progressiva capacidade de autodeterminação, ainda que não seja fácil deliberar qual seja o superior interesse do menor, pois com frequência este interesse elevado se encontra em prenhe de apreciações subjetivas difíceis de serem superadas.³⁶

A proteção integral do menor se deve à sua especial condição de estar em desenvolvimento, o que lhe confere maior fragilidade. É necessário, portanto, que se lhe aplique um regime diferenciado de custódia.

Nesse sentido:

³⁴ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 03 out. 2016.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. Belo Horizonte, IBDFAM, 2006, cap. 40, p. 849.

³⁶ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176.

[...] porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.³⁷

Visualiza-se, a partir do exposto acima, que o princípio do melhor interesse do menor nada mais é que a materialização da norma constitucional da isonomia material, a qual aduz que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais, de forma desigual, na medida em que se desigualem.

Assim, faculta-se ao direito fazer justiça, e não apenas impor a lei, porquanto, servindo o princípio ora em comento de balizador da decisão no caso concreto, poder-se-ão ser resguardados todos os direitos e garantias fundamentais assegurados ao menor.

É oportuno, ainda acerca do princípio do melhor interesse do menor, transcrever a lição de Maria Manoela Rocha:

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernente à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança.

[...]

O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes.³⁸

Diante disso, como exemplo para o referido princípio, na observância do princípio do melhor interesse do menor, seria difícil aplicar a Lei da Guarda Compartilhada em todo e qualquer caso, porquanto, para que este regime tenha êxito, é imprescindível o contato entre ambos os genitores, o que, como sabido, em muitas situações é inviável ante o grande litígio existente entre eles após o término do relacionamento.

1.2.4 O princípio da afetividade

Os avanços sociais fizeram com que a família incorporasse atributos que destacam o afeto e o amor entre seus integrantes, diferentemente do que ocorria em

³⁷ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais**. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

³⁸ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

épocas remotas. Ressalta-se que as mudanças ocorreram a partir do século XX em diante. Anteriormente, em meados do século XIX, a família era essencialmente patriarcal e priorizava as relações econômicas. A mulher era quem cuidava dos afazeres domésticos e da criação dos filhos, já o seu marido era o provedor do sustento da família.

E, diante do momento referido acima, é importante observar as mudanças paradigmáticas analisadas pelo doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram uma importância secundária. A mulher deixou de ficar "presa" ao marido por questões econômicas e de sobrevivência, e seu vínculo passou a ser preponderantemente por motivações afetivas, vez que adquiriu possibilidade de se manter por seu próprio trabalho.³⁹

Assim, no Brasil, sobretudo com o advento da Carta Magna de 1998, o princípio da afetividade tornou-se um dos atributos para a realização da dignidade da pessoa humana explicada acima, uma vez que o ser humano necessita de afeto para conduzir sua vida, sendo, sobretudo, adquirido, no seio familiar.

Diante disso, a base das relações familiares é o afeto, posto que, no atual contexto de nossa sociedade, é o que liga os membros de uma mesma família. Nessa linha, esta só tem razão de ser se estiver baseada no amor e no afeto, inclusive no que concerne à guarda.

Importa ressaltar que esse princípio é específico do direito de família. Embora não expressamente mencionado no texto constitucional, é um dos princípios norteadores das relações familiares, uma vez que o afeto é imprescindível para o desenvolvimento da criança.

Nesse sentido, transcreve-se a lição de Maria Berenice Dias

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, mercedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.⁴⁰

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-180.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

A propósito, colaciona-se a lição de Conrado Paulino da Rosa:

A afetividade no campo jurídico vai além do sentimento e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isso, o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil.⁴¹

Já para Rolf Madaleno:

Amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, por quanto à falta desse contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis e de resultados devastadores na autoestima de descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.⁴²

E continua:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.⁴³

Nesse sentido, infere-se das citações acima que o afeto é sentimento que norteia as relações pessoais, seja por vínculos de filiação, seja por vínculos de parentesco, mostrando-se de suma importância para a aplicação de toda e qualquer lei nos litígios envolvendo o direito de família, especialmente no que se refere à guarda

1.2.5 O princípio da responsabilidade parental

O divórcio, embora dissolva a sociedade conjugal, não rompe os laços de paternidade e maternidade com os filhos, visto que estes são perenes. Em razão disso, as responsabilidades dos pais resistem à ruptura do núcleo familiar, devendo ser atendidas as necessidades dos filhos menores, uma vez que as obrigações

⁴¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo Saraiva, 2015, p.35.

⁴² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 379.

⁴³ *Ibidem, loc. cit.*

devem ser atendidas pelos genitores que seguem responsáveis pelos filhos menores de idade.

A responsabilidade parental contém obrigações dos pais para com o filho, uma vez que estão em destaque os interesses do menor em relação a todas as questões que o afetam de alguma maneira. Isso porque ele é pessoa incapaz cujas necessidades devem ser atendidas e cujos direitos devem ser resguardados por quem deles se responsabiliza.

Nesse sentido, transcreve-se a lição de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

Os pais tem com relação aos seus filhos menores de idade uma responsabilidade parental, compreendida como um conjunto de deveres e direitos incidentes sobre a pessoa e os bens dos filhos, para sua proteção, desenvolvimento e integral formação enquanto menores de idade e desde que não tenham sido emancipados.⁴⁴

Segue, ainda, a definição de responsabilidade parental pelo autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O desejo de procriar, insito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho. [...] a consciência a respeito da paternidade e da maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão - de procriar - mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar permanência da responsabilidade parental, principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência.⁴⁵

A responsabilidade parental é um princípio que está diretamente interligado com o instituto da guarda, tendo em vista que as relações dos pais para com os seus filhos não se restringe àquele que permanece com a custódia dos filhos, e sim uma tarefa que deve ser cumprida por ambos os genitores.

Diante disso, infere-se do presente princípio que a modalidade de guarda estabelecida seja – unilateral ou compartilhada – independentemente da responsabilidade parental, uma vez que as obrigações pertencem e devem ser garantidas por ambos os pais.

⁴⁴ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 153.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KAOTA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 932.

Ainda, ressalta-se que o princípio da responsabilidade parental, também chamado de paternidade responsável, é garantido constitucionalmente, conforme disciplinamos artigos 226, § 7º, e 229, da Carta Magna, transcritos abaixo:

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.

[...]

Art. 229. 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.⁴⁶

Nesse sentido, veja-se a lição de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores de idade se consolida com o exercício do poder familiar, que, por sua vez se estabelece com um conjunto de direitos e deveres que os pais precisam cumprir e queo art. 1.634 do Código Civil institui (com a redação alterada pela Lei 13.058/2014), para a proteção, desenvolvimento e integral formação da prole.⁴⁷

Constata-se, a partir disso, que o princípio da responsabilidade parental, além de representar, como visto, uma série de direitos e deveres dos genitores para com seus filhos, está umbilicalmente ligado ao exercício do poder familiar, o qual será abordado com maior ênfase adiante.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2016.

⁴⁷ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155.

2 O PODER FAMILIAR E AS MODALIDADES DE GUARDA

O poder familiar, ou pátrio poder, na terminologia antiga, decorre da natural dependência dos filhos em relação aos seus pais, já que a estes incumbe desempenhar os cuidados e a proteção daqueles, ao menos até que atinjam a maioridade civil.

Rolf Madaleno, a propósito, lembra que

o filho precisa da proteção e dos cuidados de seus pais, porque precisa ser alimentado e educado pelos progenitores, e ele nasce indefeso e dependente, e assim permanece durante muito tempo, impedido de atender diretamente às suas necessidades pessoais.⁴⁸

Quanto à definição de poder familiar, impõe-se referir que se cuida de direitos e deveres impostos aos pais a fim de gerir a pessoa e os bens de seus filhos menores.

Nessa linha, Euclides de Oliveira define o poder familiar

como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores, para sua criação formação e administração dos seus bens, não importando a origem do parentesco nem se os filhos nasceram dentro do casamento, da união estável ou de relacionamento afetivo de outra ordem.⁴⁹ (p. 310)

Waldyr Grisard Filho, por sua vez, afirma que o poder familiar

é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.⁵⁰

Conrado Paulino da Rosa, a seu turno, refere:

O poder familiar, hoje, é visto como um dever dos pais em relação aos seus filhos. Ele não se limita à educação ou a cuidados físicos, mas se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes, e os alimentos, por sua vez, são meios de

⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 678.

⁴⁹ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 310.

⁵⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

obter melhores condições de crescimento físico, emocional e intelectual dos filhos.⁵¹

No que se refere à evolução histórica desse instituto, não se pode deixar de mencionar sua origem no direito romano.

Havia, na época da Roma Antiga, a *patria potestas*, que era o grupo de poderes que o *pater familias*, condição só ocupada pelo varão, possuía sobre os *fili familias* e com o que se almejava perseguir os interesses tão somente do chefe de família. Tinha-se que os filhos eram verdadeira propriedade de seu pai, que podia, por exemplo, vendê-los, abandoná-los ou entregá-los para pagar dívidas.

O "poder familiar" daquele tempo era visto sob o viés da supremacia dos interesses e da vontade do pai, o que, como se sabe, mudou drasticamente com a gradativa evolução do direito, passando a resguardar o melhor interesse do menor.

Nessa esteira, veja-se o conceito mais atual de poder familiar, cunhado por Rafael Madaleno e Rolf Madaleno, que comprova a garantia da realização pessoal dos filhos, não mais do pai - ou dos pais:

O conceito de poder familiar contemporâneo busca primordialmente garantir a realização pessoal dos filhos menores, e o poder familiar já não se trata mais de um exercício de poder unilateral e incontestável dos genitores sobre os seus descendentes, muito pelo contrário, é acima de tudo uma obrigação dos pais com os seus filhos, um dever assumido com o nascimento da prole para garantir todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento dos sucessores.⁵²

É oportuno lembrar, ainda, que o Código Civil de 1916, dando continuidade à cultura patriarcal então em vigor no início do século XX, estabeleceu, na redação original de seu art. 380, que "durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher".

A redação posterior desse dispositivo, dada pela Lei nº 4.121/1962, passou a enunciar uma norma mais condizente com os tempos atuais, especialmente no que tange à isonomia de gênero. Transcreve-se:

⁵¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo Saraiva, 2015, p. 14.

⁵² MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.⁵³

O Código Civil de 2002, na mesma toada, em seu art. 1.634, com a redação da Lei nº 13.058/2014, passou a estabelecer o seguinte quanto ao exercício do poder familiar: "compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos", elencando, nos seus incisos, *numerus apertus*, as formas de exercício do poder familiar. Dentre essas hipóteses está inserida, no inciso II, o exercício "da guarda unilateral ou compartilhada", a partir do que se extrai que, seja qual for a modalidade de guarda, fica resguardado a ambos os pais o exercício do poder familiar.

Sobre isso, Paulo Lobo leciona:

Mesmo estando os pais separados, divorciados, ou sem vida em comum, continua em pé o poder familiar de ambos, muito embora sujeito a regulamentação da guarda, que hoje é prioritariamente compartilhada.⁵⁴

Sendo assim, no caso de dissolução da relação conjugal, a guarda poderá ser exercida por apenas um dos genitores ou por ambos, permanecendo, no entanto, em relação aos dois a possibilidade de exercer o poder familiar.

O poder familiar, repise-se, permanece com os dois genitores, salvo nas hipóteses legais, seja qual for o regime de guarda.

A esse respeito, é oportuno elencar as principais modalidades de guarda.

2.1 MODALIDADES DE GUARDA

Com a ruptura do relacionamento conjugal dos pais que possuem filhos, surge a questão de com quem permanecerão estes.

Preferencialmente, a custódia dos filhos deve ser decidida de comum acordo entre os pais. Contudo, infelizmente, em muitos casos o recém-rompido casal não consegue resolver a situação da guarda com bom-senso e urbanidade, o que,

⁵³ BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 03 nov. 2016.

⁵⁴ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 311.

inevitavelmente, acaba por conduzir a questão ao Judiciário. É o juiz, nesse caso, que terá a responsabilidade de determinar, por exemplo: com qual dos pais ficará a guarda do(s) filho(s), como deverá ser regulamentada a convivência com o pai não guardião (se houver), etc.

É importante ressaltar, ainda, que, independentemente da modalidade de guarda adotada, não fica afastada, automaticamente, a obrigação de prestar alimentos à criança ou ao adolescente, a qual pode ser direcionada a qualquer dos genitores.

Diante disso, no capítulo que trata da proteção à pessoa dos filhos, o Código Civil, nos artigos 1.583 a 1.590, distingue as principais modalidades de guarda, quais sejam, a unilateral, a compartilhada ou a atribuída a terceiros. O referido capítulo disciplina, ainda, de que modo deve se dar sua regulamentação, os procedimentos judiciais, como regulamentar as visitas, a fiscalização pelo pai ou pela mãe que não detenham a guarda, e, ainda, o direito de visitas dos avós.

Frise-se que esses dispositivos sofreram relevantes modificações pela Lei nº 11.698/2008, que instituiu a guarda compartilhada, e pela Lei nº 13.058/2014, que transformou em regra esta modalidade de guarda e deu nova redação a diversos artigos desse capítulo.

2.1.1 Guarda unilateral

O estabelecimento da guarda unilateral, na maioria dos casos, resulta da separação de fato ou judicial, do divórcio ou da dissolução de união estável dos pais. Conforme o art. 1.583, § 1º, do Código Civil, a guarda unilateral é a atribuída a um só dos genitores ou, excepcionalmente, a alguém que os substitua. Veja-se:

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.⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 13 set. 2016.

Embora, atualmente, existam outras modalidades de guarda previstas no Código Civil, sabe-se que no Brasil, especialmente até o advento da Lei da Guarda Compartilhada, predominava a guarda unilateral. Essa forma de guarda pressupõe que apenas um dos pais tenha o filho sob seus cuidados e vigilância, podendo decidir de forma exclusiva quanto à forma de criação e às questões cotidianas da criança ou do adolescente. O outro genitor apenas pode visitá-lo em períodos pré-determinados ou até mesmo de forma livre, se contra isso o guardião não se insurgir.

Ao genitor que não exerce a guarda do filho, a legislação resguarda a manutenção dos laços afetivos por meio do já mencionado sistema de visitas e da fiscalização, o que projeta limitações, ainda que precárias, ao exercício da guarda do outro.

Nesse sentido, Ana Maria Milano Silva assevera que:

Modalidade é de exclusividade de um só dos progenitores, o qual detém a “guarda física”, que é a de quem possui a proximidade diária do filho, e a “guarda jurídica”, que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor. Onde se prepondera a guarda instituída a mãe, embora a guarda paterna venha se avolumando, pelas transformações sociais e familiares, este que dirige e decide tudo que envolve o menor.⁵⁶

Conforme citado por Conrado Paulino da Rosa

Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgado essa posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se.⁵⁷

Assim, antes da alteração da Lei 13.058/2014, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, disciplinava que a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação.

Ainda, conforme Conrado Paulino da Rosa,

o rol era qualitativo, sendo o primeiro inciso o de maior prestígio. Porém, os incisos são interdependentes, uma vez que, mesmo tendo o afeto destaque nas relações familistas, não há como negar que a guarda deva ser

⁵⁶ SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Led, 2005. p.61.

⁵⁷ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

concedida àquele que propicie também melhores condições de saúde, educação e segurança ao filho.⁵⁸

Na prática, todavia, não se observava qual dos cônjuges possuía melhores condições, uma vez que não se questionava qual dos pais tinha melhor situação econômica, e sim aquele que era mais adequado para exercer os cuidados da criança ou do adolescente, papel que quase sempre era atribuído à genitora.

Nesse sentido, disciplina Eduardo Leite

O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe “naturalmente” boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, como afirmou Decoret, as mulheres são muito mais mães do que os homens, pais.⁵⁹

Assim, o que era regra passou a ter caráter excepcional, uma vez que se encontrando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, deverá aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado não ter interesse na guarda do filho

Ainda, com as alterações decorrentes da Lei nº 13.058/2014, incluiu-se o § 5º no art. 1.583 do Código Civil, o qual passou a assim estabelecer:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 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.⁶⁰

É oportuna, sobre isso, a lição de Euclides de Oliveira:

Trata-se de importante acréscimo ao dever fiscalizatório do genitor que não seja o guardião, e de acréscimo do seu poder para exigir informações e prestação de contas por parte do outro, no que se respeita ao exercício da guarda visando o bem estar e o desenvolvimento saudável do filho.

⁵⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

⁵⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 26.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 13 out. 2016.

Questões relativas a gastos com o filho, quando haja sinais de desvio ou malversação, poderão ser levantadas pelo genitor interessado para as providências judiciais corretivas, podendo ocasionar até mesmo na mudança da guarda, se requerida e provados motivos suficientes.⁶¹

Dessa forma, tal alteração representa um grande avanço para o genitor não guardião, tendo em vista que o detentor da guarda unilateral ainda que tenha a faculdade de fazer escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe o direito do genitor de ser informado a respeito da vida dos filhos.

Com estabelecimento da modalidade da guarda unilateral, instaura-se o regime de visitação para que o genitor não guardião exerça a convivência com os filhos. A regulamentação de visitas possibilita que o menor tenha direito de convivência com o genitor a quem não foi confiada a guarda, devendo o tempo fixado ser necessário para possibilitar o estabelecimento e concretização de um vínculo de afeto e a verdadeira atuação na proteção e desenvolvimento do menor.

O regime de visitação previsto na guarda unilateral pode ser estabelecido consensualmente ou em processo litigioso, e neste último caso, requerido inclusive em medida judicial de caráter liminar, a fim de que o contato seja fixado desde logo, sem a necessidade do trânsito em julgado da decisão do processo de regulamentação de visitas.

Como regra geral, no âmbito do judiciário, a decisão judicial estabelece a forma que se dará os dias de visitação. Assim, quem fica sem a guarda, tem o direito e dever de visitar os filhos periodicamente. Não existe, contudo, regra que defina um tempo específico para que ocorram as visitas. Diante disso, na hora de estabelecimento das datas, deve ser analisado o princípio basilar do direito de família: o melhor interesse do menor.

Desde que estipuladas as visitas judicialmente, deve a decisão judicial ser cumprida por ambos os pais para não sofrerem as penalidades cominadas em lei. Existem meios para demandar o cumprimento da determinação, tanto para o guardião entregar o filho, como para o pai não guardião poder conviver com o filho nos dias pré-fixados, pois o direito é dos pais e, também, dos filhos. É que todos os envolvidos têm direito à convivência familiar.

⁶¹ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 328.

A negativa injustificada pode ser sancionada por aplicação de multa por descumprimento com a finalidade de desencorajar o descumprimento reiterado da decisão judicial. Embora seja mais comum quando há resistência do guardião que não entrega o filho, a multa também pode ser estipulada nos casos de ausência do genitor não guardião.

Outro meio de fazer cumprir o regime de visitação judicialmente fixado é a ação de busca e apreensão de menor, que é meio drástico, podendo ser proposta quando o visitador não devolve o filho no momento predeterminado ou quando o guardião não o entrega no dia da visitação.

Por outro lado, se houver casos que requisitem o afastamento do visitador, eles também poderão ser levados ao Judiciário para que tome as providências que entender pertinentes.

2.1.2 Guarda alternada

A guarda alternada é o mesmo que guarda dividida, ou seja, ora com um dos pais, ora com outro dos pais. Um dos maiores equívocos que ocorrem é a confusão entre guarda alternada e guarda compartilhada. Contudo, essas não se confundem, uma vez que possuem sentidos distintos. Melhor esclarece Euclides de Oliveira a respeito dessa questão:

Não se confunde com guarda compartilhada, pois são situações que decorrentes de vocábulos distintos, antagônicos, uma vez que o compartilhamento pressupõe o exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao exercício do poder familiar, enquanto que a alternância tem o sentido de uma guarda dividida, a tempo certo, permanecendo o filho na companhia e sob cuidados exclusivos de cada um dos pais nos períodos maiores ou menores que podem variar segundo as conveniências dos pais, mas que sempre acodem aos superiores interesses dos filhos.⁶²

Jorge Augusto Pais de Amaral assim define:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-

⁶² OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 328.

deveres que integram o poder paternal. No termo do período de os papéis se invertem.⁶³

Diante disso, neste modelo, tanto a guarda física (material) quanto à jurídica são atribuídas a um e a outro dos pais, ao mesmo tempo e intercaladamente, o que acarreta a alternância no período em que o filho vive com cada um deles.

É importante ressaltar que essa modalidade de guarda, por uma série de motivos, dentre os quais se destacam a ausência de referência de moradia e a falta de rotina do menor, é fortemente criticada no meio jurídico. Por exemplo, Ana Maria Milano Silva tem o seguinte entendimento:

Este é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere substancialmente do que ocorre com a criança quando passa um período de férias com o genitor não guardião.⁶⁴

Na mesma linha, afirmam Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

A guarda alternada e a guarda compartilhada possuem semelhanças, na medida em que, ambas presumem a divisão de custódia física da criança e, por isto, estas duas espécies de guarda implicam constantes e rotineiros deslocamentos do menor, situação que, por certo, não atende aos melhores interesses dos infantes pois carecem de uma moradia de referência e precisam viver em um ambiente previsível e estável para possibilitar o sadio e regular desenvolvimento.⁶⁵

Consequentemente, o que se conclui é que há mais prejuízos do que benefícios ao menor na modalidade alternada de guarda. Como visto, esta não é aconselhada ante a falta de referências importantes na fase inicial de formação da criança, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais em que desenvolve suas atividades cotidianas.

2.1.3 Aninhamento ou nidação

⁶³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 168.

⁶⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 58.

⁶⁵ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112.

A palavra nidal deriva do latim *nidus*, que significa nidação. A guarda nidal, a seu turno, tem suas origens na expressão inglês *nest custody*, ou *bird nest custody*, pela semelhança com a criação de um pássaro em seu próprio ninho.

Não existe nenhuma previsão na lei brasileira para esse tipo de guarda. No entanto, também inexistente vedação ao seu estabelecimento, desde que os pais estejam em comum acordo.

Trata-se de uma modalidade de custódia conjunta entre pais separados em que o filho é mantido em uma única residência, distinta da de ambos. Embora existam vantagens em seu estabelecimento, como por exemplo, o fato de o filho permanecer sempre na mesma residência, tendo um referencial de moradia, na prática sua aplicação é praticamente inviável.

Nesse sentido, melhor explica Paulo Lobo

As vantagens da guarda nidal residem no fato de haver o respeito aos direitos e superiores interesses do filho, uma vez que permanecerá sempre no mesmo ambiente doméstico, com seu conforto caseiro, sem precisar de mudanças periódicas para este ou aquele ponto de residência dos pais. Contudo, há dificuldades e desvantagens decorrentes de fatores vários, em especial por obrigar o pai que detenha a guarda física e sair de sua própria casa para permitir a entrada e permanência de outro genitor.⁶⁶

Continua o autor

Imagina-se, também, a hipótese de guardião que mantenha outro casamento e/ou tenha filhos de outra união, quando ainda mais difícil será a permissão da morada provisória do outro pai. Demais disso, esse “visitante” nem sempre se adaptará ao lar onde se encontra o filho, podendo vir a ter preferência pelas liberdades e condições específicas de sua residência particular.⁶⁷

Para Rafael e Rolf Madaleno

O aninhamento é uma ficção jurídica, um tipo de guarda totalmente impraticável, porque em vez de o menor se deslocar entre as residências dos seus progenitores, tal qual ocorre com a guarda compartilhada e com a guarda alternada, neste modelo, os pais se revezam em períodos alternados de tempo para moradia onde vive o filho. Desta forma, cada um

⁶⁶ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 335.

⁶⁷ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 335.

dos pais deveria ter a sua residência individual, e ainda uma terceira moradia para acomodar o filho e alternar o tempo de convívio.⁶⁸

Outro fator que prejudicaria o estabelecimento deste tipo de guarda é o alto custo envolvido, uma vez que além de arcar com a moradia destinada ao menor, os pais teriam que arcar com a suas moradias. Dessa forma, embora possível, este tipo de guarda é de pouco uso em nosso país devido às dificuldades que lhe são inerentes, já anteriormente apontadas.

2.1.4 Guarda atribuída a terceiros/para fins previdenciários

O Código Civil estabelece em seu art. 1.584, § 5º, que, caso o juiz verifique que a criança ou adolescente não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, ele deverá deferi-la à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando, preferencialmente, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

A atribuição da guarda a terceiros já era disciplinada no código de 1916, conforme citado no capítulo anterior. Com efeito, o art. 327 do citado diploma enunciava a possibilidade de o juiz, havendo motivo grave, regular a situação dos filhos para com os pais, entregando-os a terceiros. No mesmo sentido, o §1º do art. 16 do Decreto Lei nº 3.200/1941:

Verificando que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.⁶⁹

Diante disso, a guarda em favor de terceiros é o instituto que confere ao guardião o dever de suprir as necessidades da criança ou do adolescente, bem como tê-lo sob sua custódia. Isso está previsto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

⁶⁸ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

⁶⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3200, de 19 de abril de 1941**. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 abr. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm> Acesso em: 25out. 2016.

Art. 33. 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.⁷⁰

Como visto, entre as incumbências do guardião em relação ao menor, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, estão a assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas.

Muito embora nesta modalidade de guarda os genitores não sejam os guardiões, insta salientar que eles não estão isentos de seus deveres de assistência e alimentos, visto que não são destituídos do poder familiar. Destaque-se, ainda, que o que ocorre é tão somente a transferência da custódia do menor a terceiros para que o mantenham e o protejam.

Nesse sentido, é a lição de Conrado Paulino da Rosa:

Trata-se de um instituto jurídico pelo qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite.⁷¹

Ressalte-se que a guarda assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, estando expressamente previstos os efeitos previdenciários, como se vê no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidando a proteção à saúde, que o art. 227 da Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado.

No entanto, essa modalidade de guarda é muito criticada pela doutrina, uma vez que ela geralmente é buscada apenas para que o menor possa usufruir do benefícios previdenciários que o guardião possui. Afinal, os benefícios previdenciários são consequência da guarda e não seu objetivo final.

Nesse sentido, surgem muitas críticas à guarda atribuída para fins previdenciários, como a do doutrinador Antônio Chaves:

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 29 out. 2016.

⁷¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

É comum os avós postularem a guarda de neto, quando a mãe (ou o pai) com eles reside, trabalha, mas só tem assistência médica do INSS e quer beneficiar seu filho com o IPE ou outro convênio. Entendo, respeitando posições em contrário, que tais pedidos devem ser indeferidos, porque a situação fática, nesses casos, estará em discrepância com a jurídica. Em suma, é uma simulação, com a qual o MP, como custos legis, e o Juiz competente não podem ser coniventes, sob pena de fomentar o assistencialismo às custas de entidades não destinadas a esse fim.⁷²

Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência pátria atual veda a mudança de guarda em favor de terceiros, principalmente aos avós, quando tem como único objetivo garantir benefícios para assegurar ao menor como dependente da Previdência Social.

Nesse sentido, conforme citado por Rafael Madaleno e Rolf Madaleno, o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça mineiro:

Verifica-se como salientado pelo douto Procurador de Justiça, que o pedido tem por única finalidade a guarda para fins previdenciários, a qual não se encontra amparo na legislação em vigor, não estando dentre as situações enumeradas nos §§ 1º e 2º do art. 33 da Lei 8.069/1990, sendo que o § 2º é permitido, excepcionalmente, o deferimento da guarda quando presente situação que, por sua peculiaridade, reclama tal providência.[...] Tem-se dos autos, principalmente o estudo social do caso, que a criança não é acometida de mal grave, que lhe cause risco à vida, e seus pais, de forma alguma, lhe impõem algo que cause ofensa a sua integralidade ou ao seu bem-estar psicológico, não sendo o simples fato de o pai da criança ganhar um pequeno salário e a mãe ser estudante causas do deferimento à recorrida-avó, cabendo àqueles o dever de proteção e sustento da filha. Portanto, o pedido não encontra amparo nas situações permitidas em lei para o deferimento da guarda, não se podendo perder de vista que ser dependente previdenciário do guardião é uma das consequências e não causa para a concessão da guarda a que se refere o ECA.⁷³

Nota-se, desta forma, que não se pode atribuir a guarda para fins meramente previdenciários, uma vez que ela só é adotada quando preserva os interesses da criança, ou seja, casos de destituição do poder familiar, ou até mesmo, quando ficar comprovado que os pais não têm capacidade de exercer a guarda dos menores.

2.1.5 Guarda compartilhada

⁷² CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1994, p. 150.

⁷³ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110-111.

A guarda compartilhada surgiu no Brasil com a Lei nº 11.698/2011, a qual alterou os artigos 1.583, § 1º, e 1.584 do Código Civil. A referida lei deu origem ao conceito de guarda compartilhada na legislação pátria. Definiu-se que a responsabilização conjunta e o exercício de direito e deveres do pai e da mãe que não residem na mesma casa, mas mantêm igualmente o exercício do poder familiar.

Com o advento da Lei nº 13.058/2014, que acrescentou o § 2º ao artigo 1.583, passou a constar expressamente que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai, sempre tendo em vista a realidade fática e o melhor interesses do menor.

Waldyr Grisard Filho, a esse respeito, leciona:

A Lei 13.058/2014 não veio para inovar, mas para consolidar e dar efetividade à Lei 11.698/2008. Ainda que no campo normativo esta lei já tivesse rompido com o paradigma da guarda unilateral à mãe, avançando para um sistema dual de guardas centrado no interesse dos filhos e norteado para o reequilíbrio dos papéis parentais após a dissolução da sociedade conjugal, no plano empírico sua baixa aplicação pelos juízes e tribunais não permitiu que o desiderato normativo fosse alcançado. Tornou-se, portanto, uma lei com baixa eficácia social.⁷⁴

Ainda, essa norma estabeleceu a necessidade de um convívio equilibrado entre mãe e pai, sempre tendo em vista as condições fáticas do filho.

Nesse sentido, estabelece o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.⁷⁵

Com a guarda compartilhada, o exercício dos direitos e dos deveres relativos ao poder familiar deve ser realizado conjuntamente pelos pais, embora não vivam sob o mesmo teto.

Waldyr Grisard Filho assim conceitua este instituto:

⁷⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 26ago. 2016.

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem planejar como convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visitas). A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa participação em nível de igualdade de genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.⁷⁶

Ainda, tem-se a lição de Rolf Madaleno e Rafael Madaleno:

A Lei 13.058/2014 trouxe um segundo conceito de guarda compartilhada para fazer companhia à Lei 11.698/2008, que trata da guarda compartilhada em sua essência, ao ordenar o compartilhamento efetivo das responsabilidades parentais, interpretando pela linguagem jurídica como garantia do exercício do poder familiar, do qual nenhum progenitor pode se desligar ou ser afastado apenas em razão da separação dos pais.⁷⁷

A guarda compartilhada é vantajosa, desde que haja harmonia entre os pais. Um efetivo compartilhamento da custódia do filho tem como base a boa convivência entre os genitores separados que conseguem se sobrepor às mágoas decorrentes do término da relação conjugal, em busca de atender ao melhor interesse da prole.

Nesse sentido, ensina Dimas Messias de Carvalho:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando, em grande medida, a síndrome da alienação parental, auxiliando a criação e educação e mantendo os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, já que ambos os genitores assumem, em igualdade, a responsabilidade de cuidado, criação e educação. Por outro lado, a guarda compartilhada pode ser extremamente prejudicial à formação dos filhos, em havendo disputas entre os pais e a criação com valores diferentes entre um e outro genitor, acarretando a ruptura nos referências da continuidade.⁷⁸

Na mesma trilha, tem-se a doutrina de Euclides de Oliveira:

Sua efetivação prática, no entanto, depende das circunstâncias da conduta pessoal e da boa vontade de cada um dos genitores, que precisam ser abertos ao diálogo nas decisões conjuntas. Ressalva-se que, não obstante

⁷⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

⁷⁷ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 183.

⁷⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio e separação jurídica**: judicial e administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 70.

a supremacia da guarda compartilhada, sua imposição coercitiva pelo juiz nem sempre refletirá boa solução em situações de litigiosos fortes entre os genitores, de tal sorte que pode vir a ser relegada ao limbo das decisões inexecutáveis.⁷⁹

Ainda, cabe ressaltar que uma das vantagens da guarda compartilhada é a possibilidade de evitar a chamada alienação parental. Este fenômeno ocorre quando um dos genitores, ou ambos, buscam denegrir a imagem do outro perante o filho.

Uma melhor explicação e exemplos de situações que constituem alienação parental estão enunciados no *caput* e no parágrafo único do art. 2º da Lei 12.318/2010, transcritos a seguir:

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.

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.⁸⁰

Euclides de Oliveira refere:

A expressão síndrome, de indisfarçável coloração psiquiátrica, abrange não somente aqueles sinais caracterizadores da alienação, por práticas levadas a efeito por um dos genitores ou por outros cuidadores da criança ou do adolescente, mas, igualmente, os sintomas de perturbação mental que atingem inexoravelmente o filho influenciado por aquela conduta, de modo a

⁷⁹ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 329.

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 26 set. 2016.

comportar-se negativamente em relação ao outro genitor atingido pelas imputações do primeiro.⁸¹

Nessa esteira, o mesmo autor ensina:

Nos momentos de litígio e na observância dessas regras de convivência é que surgem, não raros, os sinais característicos da alienação parental, quando a sanha de dominação por parte de um dos genitores com relação ao filho avança o campo dos direitos do outro genitor, com acusações pesadas, muitas vezes infundadas, afetando igualmente os interesses superiores do próprio filho, numa disputa conturbada e doentia.⁸²

É notável que a alienação parental tem caráter conflituoso. Apenas raramente ocorre em processos nos quais não há litígio, em que, quase sempre, há mútuo respeito entre os genitores e abertura para diálogo na criação dos filhos. O problema surge com maior frequência nos casos de hostilidade entre os genitores, quando não é possível decidir amigavelmente sobre a guarda e a convivência com os filhos e se incumbe ao Estado-Juiz de resolver a questão familiar.

Por outro lado, quando a relação entre os pais é conflituosa, é impossível a instituição da guarda compartilhada, já que, tendo em vista a falta de harmonia entre o ex-casal, a tendência é que ocorram muito mais prejuízos ao menor do que benefícios.

Sobre isso, Rolf Madaleno assevera:

Importante, portanto, para o bom desenvolvimento da guarda compartilhada, será a cooperação dos pais, não existindo espaço para aquelas situações de completa dissensão dos genitores, sendo imperiosa a existência de uma relação pacificada dos pais e um desejo mútuo de contribuírem para a sadia educação e formação de seus filhos, ainda que fática e psicologicamente afetados pela separação de seus pais.⁸³

Acrescenta, ainda, o renomado autor:

Não há lugar para guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos, e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões pessoais, sendo inevitável a denegação de guarda conjunta no litígio [...]. Existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e

⁸¹ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 280.

⁸² *Ibidem*, p. 334.

⁸³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 333.

consciente vontade dos pais. É seguro aduzir que nesse quadro dos acontecimentos, a cena reverteria para o acirramento dos ânimos e para perpetuação dos conflitos, repercutindo este ambiente hostil de modo negativo, para causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e comprometer a estrutura emocional.⁸⁴

Evidencia-se, portanto, que a guarda compartilhada somente deve ser estabelecida quando puder ser concretizado o princípio do melhor interesse do menor, ou seja, quando inexistir dissídio entre os pais e a relação entre eles possibilitar um entendimento a respeito das decisões a se tomar com relação ao filho.

Nessa senda, valiosa é a lição de Conrado Paulino da Rosa:

O compartilhamento da guarda não pode ser reduzido à sinonímia dos dicionários, enquanto meras palavras esvaziadas de intenções reais, ou servir de “pano de fundo” para tendenciosas negociações por parte daqueles que, sob o manto de supostas intenções conciliatórias, objetivam alcançar compensações pessoais ou exclusivamente materiais.

[...]

A guarda compartilhada, por sua vez, importa na soma dos esforços e contribuições dos pais, na medida de suas possibilidades, para o atendimento de todas as necessidades dos filhos, em ambiente harmônico, propiciado pelo necessários e equilíbrio nas decisões importantes para prole, garantindo o convívio familiar que se entende além das relações de afeto com os genitores e se projetam para família que as crianças e adolescentes reconheçam como tal, apesar do desenlace de seus pais incluirmos os avós, os tios, os primos e demais parentes paternos e maternos, tenha sido o parentesco estabelecido em decorrência da consanguinidade, da afinidade (casamento e união estável) ou da socioafetividade, sem se olvidar, ainda, da convivência comunitária de que desfrutam os menores em sua nova realidade, representadas pelo círculos sociais frequentados por seus pais.⁸⁵

Face a isso, em que pese a guarda compartilhada seja a forma ideal de exercício de guarda, há vários fatores que impossibilitam sua aplicação, sendo indesejada a obrigatoriedade de sua fixação, já que, por sua forma de exercício, deve ser estabelecida somente quando os genitores tiverem relações construtivas e civilizadas entre si.

De qualquer sorte, as possibilidades de aplicação da modalidade da guarda compartilhada serão mais profundamente analisadas no terceiro capítulo do presente trabalho.

⁸⁴ *Idem*. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (orgs.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 355.

⁸⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

3 DA (IM)POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Após a explicação do instituto da guarda e de suas modalidades, passa-se ao cerne do presente trabalho, em que se pretende observar os pressupostos para a aplicação da guarda compartilhada e em que casos, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ela pode ser concedida.

3.1 PRESSUPOSTOS PARA A DETERMINAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Enquanto persiste o relacionamento amoroso entre os pais, eles exercem a guarda dos filhos de forma comum, do que decorre, naturalmente, a tomada conjunta das decisões pertinentes a estes.

A ruptura do relacionamento conjugal, todavia, faz também cindir o exercício comum da guarda dos filhos, situação que, se não precedida de uma relação harmoniosa entre os genitores, acarreta numa disputa, às vezes acirrada, sobre a custódia deles.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Eduardo Leite:

Enquanto a família está unida é mais fácil tomar decisões referentes à criança, posteriormente, ou seja, quando ocorre o rompimento conjugal os pais acabam se priorizando, pensam em si e não no que será melhor para o desenvolvimento da criança. Acabam que se envolvendo com o conflito e esquecem o menor, fato este que não pode ocorrer.⁸⁶

Sendo assim, se o casal tiver uma boa relação, pode estabelecer a guarda dos filhos de forma consensual. Nos casos em que há litígio, porém, caberá ao Poder Judiciário, com o auxílio de uma equipe multidisciplinar composta principalmente por psicólogos e assistentes sociais, determinar qual a melhor modalidade de guarda para a criança ou o adolescente, considerando as peculiaridades do caso concreto.

Face a isso, a obrigatoriedade da guarda compartilhada, como previsto na Lei nº 13.058/2014, pode se mostrar contrária ao melhor interesse dos filhos. Com efeito, Bernardo Cruz Gallardo

⁸⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 184.

[...] é categórico ao dizer não ser a guarda compartilhada modalidade para ser implementada em qualquer ruptura de casais com filhos menores, sendo, antes, um regime alternativo de convivência que exige para sua aplicação a reunião de alguns pressupostos imprescindíveis para o seu adequado funcionamento e a efetiva proteção dos preponderantes interesses do filho menor de idade.⁸⁷

Na mesma linha, Rolf Madaleno e Rafael Madaleno, com propriedade, asseveram:

Verdade é que faltam parâmetros na Lei 13.058/2014, que introduziu no Código Civil uma segunda espécie de guarda compartilhada e cujo texto transmite a falsa ideia de que a custódia conjunta legal ou física ser doravante a regra geral de aplicação judicial diante da falta de consenso dos pais impostos pela autoridade do juiz.⁸⁸

E acrescentam:

O certo é que o texto legal não estabelece os parâmetros que permitam avaliar em casa caso a aplicação da guarda compartilhada, ficando tudo relegado à completa discricionariedade judicial na adoção das cautelas que consistam preservar o superior interesse do menor. Contudo, cria a Lei 13.058/2014 a impressão de que o juiz deve impor o compartilhamento da guarda mesmo na hipótese de litígio dos pais, mesmo quando de sua adoção se ressintam os pais dado à total ausência e capacidade de diálogo.⁸⁹

Pelo exposto, sabendo-se que, como dito anteriormente, a guarda compartilhada exige intenso diálogo entre os pais e que, justamente por isso, não pode ser estabelecida quando essa boa convivência inexistente, muito embora seja isso contrário à Lei nº 13.058/2014, deve ela ser fixada apenas quando preenchidos alguns pressupostos, que, de forma exemplificativa, vão a seguir listados.

3.1.1 Afinidade

O requisito da afinidade pode ser visto sob dois aspectos: aquele atinente ao relacionamento mantido entre cada um dos genitores e seus filhos e aquele outro relativo à convivência dos pais entre si.

⁸⁷ GALLARDO, Bernardo Cruz. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid: La Ley, 2012, p.495 *apud* MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 195.

⁸⁸ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 195.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 197.

No que tange ao primeiro, trata-se de pressuposto indissociável da guarda compartilhada, sem o qual sua aplicação é impossível. A própria lei, aliás, estabeleceu a ausência de interesse do genitor em ter a guarda do filho, situação a partir da qual é forçoso concluir pela ausência de afinidade ou pela precariedade desta, como uma das hipóteses em que a fixação dessa modalidade de custódia não é obrigatória. Veja-se:

Art. 1.583, § 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.⁹⁰

Por outro lado, no que concerne à boa convivência entre os pais entre si, entende-se como requisito, embora não legal, fático para a aplicação da guarda compartilhada de seus filhos. Sem esse pressuposto, tal modalidade de custódia se torna inviável, atentando contra o melhor interesse do menor e causando imenso prejuízo, especialmente psicológico, a todo o grupo familiar.

A propósito, observe-se a lição de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

Afinidade e predisposição dos pais para o acerto nos cuidados que ambos querem atribuir aos seus filhos são pressupostos indissociáveis que também se devem fazer acompanhar, conseqüentemente, estruturado em um baixo nível de conflito entre os progenitores, que devem encontrar por seus esforços conjunto um ponto de equilíbrio para moderar as inevitáveis divergências de opiniões.⁹¹

Os mesmos autores acrescentam, ainda, valioso ensinamento a respeito de como os dois aspectos supracitados - a convivência entre os pais e entre eles e os filhos - são extremamente necessários ao bom desempenho da guarda compartilhada:

Assim estabelece uma simbiose entre os genitores e destes para o benefício incondicional de seus filhos, com os quais instituem então um canal de entendimento e um adequado nível de confiança, absolutamente, necessário para pessoas que querem o bem dos seus filhos e por isto afinam e harmonizam as suas relações pessoais.⁹²

⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 26out. 2016.

⁹¹ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 197.

⁹² *Ibidem*, p. 198.

A partir disso, evidencia-se que a afinidade é um dos mais importantes requisitos da guarda compartilhada, confundindo-se mesmo, algumas vezes, com o próprio princípio da afetividade, já mencionado anteriormente.

3.1.2 Boa relação entre os genitores

É essencial, para o estabelecimento da guarda compartilhada, que os pais tenham uma relação cortês e consigam manter um bom diálogo entre si. Devem eles atingir um consenso no que se refere à formação e à educação da prole, como se ainda convivessem como uma unidade familiar, considerando, para tanto, que o rompimento da relação se deu apenas entre eles mesmos, não em relação aos filhos.

Acerca disso, veja-se o que ensinam Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

Os pais devem estar dotados de uma predisposição para ajudarem na solução conjunta dos problemas relacionados aos seus filhos e, portanto, não podem partir de um estado de beligerância e de um constante enfrentamento na conquista de posições unilaterais, como se vissem sua progênie como troféus conquistados pelas reações de apoio dos filhos diante da discórdia dos seus pais.⁹³

Por outro lado, quando a relação entre os pais é conflituosa, é impossível a instituição da guarda compartilhada, já que, tendo em vista a falta de harmonia entre o ex-casal, ocorreriam muito mais prejuízos ao menor do que benefícios.

Nessa linha, Rolf Madaleno assevera:

Importante, portanto, para o bom desenvolvimento da guarda compartilhada, será a cooperação dos pais, não existindo espaço para aquelas situações de completa dissensão dos genitores, sendo imperiosa a existência de uma relação pacificada dos pais e um desejo mútuo de contribuírem para a sadia educação e formação de seus filhos, ainda que fática e psicologicamente afetados pela separação de seus pais.⁹⁴

Acrescenta, ainda, o renomado autor:

⁹³ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 198.

⁹⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 333.

Não há lugar para guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos, e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões pessoais, sendo inevitável a denegação de guarda conjunta no litígio [...]. Existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais. É seguro aduzir que nesse quadro dos acontecimentos, a cena reverteria para o acirramento dos ânimos e para perpetuação dos conflitos, repercutindo este ambiente hostil de modo negativo, para causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e comprometer a estrutura emocional.⁹⁵

Evidencia-se, portanto, que a guarda compartilhada somente deve ser estabelecida quando puder ser concretizado o princípio do melhor interesse do menor, ou seja, quando inexistir dissídio entre os pais e a relação entre eles possibilitar um entendimento a respeito das decisões a serem tomadas com relação ao filho.

O recém-mencionado princípio do melhor interesse do menor pode ser extraído da norma insculpida no art. 227 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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.⁹⁶

O texto constitucional buscou resguardar os interesses daqueles que ainda não atingiram a maioria. Tem-se como imprescindível preocupar-se com as crianças e os adolescentes, posto que, pela condição de pessoas em desenvolvimento que ostentam, encontram-se em situação de hipossuficiência.

Este princípio, por sua vez, é referido pela professora Maria Manoela da Rocha:

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernentes à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança [...]. O melhor interesse do filho de cada caso. A criança como ser

⁹⁵ MADALENO, Rolf. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (orgs.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 355.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2016.

em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes.⁹⁷

Com relação ao princípio do melhor interesse do menor, Maria Clara Sottomayor leciona:

Trata-se de um conceito jurídico indeterminado diante da imensa complexidade e infinita variedade de padrões de comportamento adotados em concreto por cada família, constituindo-se esse preceito dos melhores interesses da criança em uma boa técnica legislativa para seguir a evolução singular de cada família, e, justamente o legislador deixou de definir o conceito de “melhor interesse da criança” para permitir que a norma fosse se adaptando a imprevisibilidade das situações da vida.⁹⁸

Diante disso, a fixação da guarda compartilhada, em que pese seja a medida ideal, acaba por se tornar danosa à criança ou ao adolescente quando houver beligerância entre seus pais, posto essa situação conflituosa, sendo presenciada pelo menor, interfere em seu desenvolvimento saudável.

Assim, torna-se desfavorável para o menor quando é estabelecida a pais conflituosos. Infelizmente, a determinados pais não há a superação da ruptura do relacionamento, e esta mágoa sobrepõe-se as preocupações para com o filho.

3.1.3 Respeito aos períodos de tempo dos pais

Esse pressuposto pode ser entendido, até certo ponto, como desdobramento daquele que enuncia a boa convivência entre os genitores. Em outros termos, se há uma relação harmônica entre os pais, eles conseguem respeitar-se mutuamente e respeitar os períodos de tempo que cada um, individualmente, poderá ter com a prole.

Ademais, pode-se verificar no Código Civil a previsão de que o tempo que cada um dos pais deve passar com os filhos deve ser equilibrado, circunstância que, conseqüentemente, permite presumir a imprescindibilidade do respeito entre um e outro genitor no que concerne ao período de tempo devido a cada um. Colaciona-se o dispositivo legal referido:

⁹⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

⁹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Exercício do poder paternal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003, p. 65-68 *apud* MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 430.

Art. 1.583, § 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.⁹⁹

A propósito, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno asseveram:

O básico e escrupuloso respeito ao cumprimento dos lapsos de tempo de permanência alternada dos pais com seus filhos é regra social que os genitores devem observar de forma cartesiana, e não é de ninguém desconhecido como é comum pais se provocarem mutuamente, deixando de buscar ou de devolver sua prole nos horários previamente agendados, retendo roupas que a prole vestia quando saiu de um lar para o do outro genitor, agindo de forma passional e com a única intenção de provocar e atizar a discórdia e a permanente dissensão de desordens perpetuamente presentes.¹⁰⁰

Logo, mostra-se extremamente necessário para o êxito do compartilhamento da guarda que os pais respeitem o período de tempo que cada um terá para usufruir com os filhos, do contrário, essa modalidade de custódia não será viável.

3.1.4 Residência fixa para o menor

Embora a Lei nº 13.058/2014 não estabeleça qual deve ser a residência do menor, é necessário um ponto de referência, no sentido de informar se haverá um genitor com o qual os filhos deverão permanecer durante a maior parte do tempo em custódia compartilhada, com uma casa considerada como principal ou moradia de referência.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que o compartilhamento de responsabilidades parentais não pressupõe a alternância de residências, circunstância que é atinente à guarda alternada, já aludida anteriormente, com a qual não se pode confundir.

A guarda compartilhada requer seja fixada uma residência para o filho, ou seja, um local, seja com o pai ou com a mãe, para que possa exercer suas atividades diárias, um núcleo, essencial para a formação da sua identidade e seu

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 26out. 2016.

¹⁰⁰ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199.

desenvolvimento sadio. Aqui não pode haver confusão com a guarda da espécie aninhamento, já mencionada, na qual também há só uma residência para o menor.

A propósito, mostra-se oportuno citar Rafael Madaleno e Rolf Madaleno:

Não existe nenhuma citação legal a respeito da possibilidade do estabelecimento de uma figura primária de referência, ou a despeito do estabelecimento de uma residência principal ou moradia de referência, sem que ela importe na instauração de uma guarda unilateral, pois segue configurando uma guarda compartilhada, mas sem ser necessário que a criança ou o adolescente precisem se deslocar como um pêndulo de uma moradia para a outra quando vence o tempo de convívio com cada genitora.¹⁰¹

Ainda, veja-se a lição de Ana Maria Milano Silva a respeito da decisão dos pais em relação à residência dos filhos:

Essa decisão dos pais deve ser a primeira a merecer atenção. A determinação da residência é essencial para a estabilidade da criança, que terá assim um ponto de referência [...], um centro de apoio de onde irradiam todos os seus contatos com o mundo exterior.¹⁰²

E prossegue referida autora:

Embasando esse ponto temos que essa residência, única e não alternada, deverá ser escolhida mediante o critério de poder representar um centro de apoio aos filhos para suas atividades no mundo exterior, além de significar condição de continuidade, conservação e estabilidade.¹⁰³

Ademais, Waldyr Grisard Filho ressalta, em esclarecedora lição, a importância de uma residência fixa para o menor na guarda compartilhada:

O primeiro aspecto a considerar na operacionalização do modelo é sobre a residência do menor, pois é inconcebível falar-se em guarda de menor na ausência do direito de fixar residência; pois é esse elemento que confere ao guardião o meio de assegurar sua função.

[...]

Essa nova modalidade de guarda deve ser compreendida, então, como aquela forma de custódia em que o menor tem uma residência fixa (na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros) - única e não alternada (essa modalidade só aumenta os sentimentos de insegurança e instabilidade na mente do menor, quando passa frequentemente de mão em mão) -, próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas

¹⁰¹ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

¹⁰² SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 106.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 107.

atividades habituais e onde, é lógico presumir, tem seus amigos e companheiros de jogos. A determinação do local de residência do menor gera a estabilidade que o direito deseja para o filho e não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo [...].¹⁰⁴

Diante do exposto, extrai-se que é imprescindível para o bom desenvolvimento da criança ou adolescente cuja guarda é compartilhada que tenha uma residência fixa, um ponto de referência, onde possa desempenhar as atividades cotidianas com normalidade.

3.2 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ACERCA DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Como posto acima, existem pressupostos imprescindíveis para que seja possível o estabelecimento da modalidade compartilhada de guarda. Contudo, mostra-se necessária uma explicação mais detalhada quanto a este importante tema de que os mais modernos operadores do direito se ocupam e que os tribunais vêm, cada vez mais, tendo de analisar para, aplicando-o ao caso concreto, poder decidir da forma mais próxima à justiça.

Neste capítulo, analisam-se, com o cotejamento dos anteriormente expendidos aspectos doutrinários, algumas decisões provenientes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, todas do ano de 2016, as quais demonstram que, atualmente, o entendimento adotado por referida corte é majoritariamente contrário à aplicação irrestrita da Lei nº 13.058/2014.

Observe-se a seguinte decisão:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO E DE CONTRADIÇÃO NO JULGADO. 1. De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, cabem embargos de declaração para (a) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; (b) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou (c) para corrigir erro material. Nada disso se fez presente no julgado embargado. 2. Como referido no acórdão embargado, quanto à incidência da novel Lei 13.058/2014, há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da Constituição Federal, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. No caso, a extrema litigiosidade que envolve o casal inviabiliza a adoção da guarda compartilhada da filha de tenra idade. 3. O fato de a decisão embargada reconhecer, em tese, a importância da guarda

¹⁰⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181-182.

compartilhada não conduz, necessariamente, à conclusão de que deva ser aplicada no caso em exame. Isso é meridianamente óbvio! Como destacado quando do julgamento da apelação, para o sucesso da guarda compartilhada é de verificar se há mínima harmonia entre os genitores, o que não se constata no presente caso. Com isso, inexistente a contradição apontada pelo embargante. **DESACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. UNÂNIME.**¹⁰⁵

A presente decisão faz referência ao princípio do melhor interesse do menor, já apontado anteriormente, mencionando que ele deve se sobrepôr a qualquer outro interesse. Desse modo, a extrema litigiosidade entre os pais obstaculiza o estabelecimento da guarda compartilhada, o que corrobora o posicionamento adotado no presente trabalho, já que, sendo inviável a aplicação automática dessa modalidade de custódia, mostra-se inaplicável, na prática, a Lei nº 13.058/2014.

Nesse sentido, é importante destacar a lição de Waldyr Grisard Filho:

Ainda que abstratamente tal modelo represente o melhor interesse da criança, o caso concreto poderá apresentar peculiaridades que invalidam tal ponderação, revelando que, naquele caso, a guarda compartilhada será prejudicial à criança ou ao adolescente. Nesses casos, a situação concreta infirma o próprio fundamento da obrigatoriedade, autorizando a derrotabilidade da regra.¹⁰⁶

É importante observar que a maior parte das decisões em que o compartilhamento da guarda é afastado tem por fundamento a beligerância dos pais. Essa situação, em que é desaconselhada a guarda compartilhada, vai justamente de encontro ao que passou a enunciar o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a alteração que lhe deu a Lei nº 13.058/2014, no sentido de que, quando não houver acordo entre os pais e ambos estiverem aptos ao exercício da guarda, deve ser fixada a guarda compartilhada.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de embargos de declaração interpostos contra acórdão que decidiu dar parcial provimento a apelação de sentença que concedeu a guarda da menor à genitora.** Apelação cível nº 70070896642. J. I. V. A. F. S. e F. B. G.. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70070896642%26num_processo%3D70070896642%26codEmenta%3D7047387+70070896642++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70070896642&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=10/11/2016&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁰⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 226.

Veja-se, a fim de comprovar o recém-aduzido, um exemplo das reiteradas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que esposa entendimento já praticamente consolidado em suas câmaras:

APELAÇÃO CÍVEL. REVERSÃO DE GUARDA VISITAS. ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. 1. A guarda compartilhada, na prática, tem se mostrado de difícil sucesso. Seu êxito - de prognóstico muito reservado - somente pode ter alguma chance de viabilidade quando resulta de consenso entre o par, jamais devendo ser imposta pelo Poder Judiciário. 2. No presente caso, verifica-se não haver uma relação harmoniosa e tranquila entre os genitores, a qual pudesse sustentar uma guarda compartilhada exitosa. 3. De acordo com a avaliação social, o infante parece ter vínculos afetivos mais profundos com o pai, sendo a guarda unilateral paterna a medida que melhor atende aos interesses do menor. 4. Tendo em vista que o menino está em processo de resgate e fortalecimento progressivo dos vínculos afetivos com a mãe, a fixação de visitas maternas quinzenais, com o acréscimo de um pernoite semanal, atende mais adequadamente aos interesses do infante. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME.¹⁰⁷

No que concerne à apelação supracolacionada, embora a Lei nº 13.058/2014 tenha estabelecido como regra a guarda compartilhada, não há como ser aplicada pelo Estado-Juiz. Pelo entendimento da corte, somente deverá ocorrer quando houver diálogo e civilidade entre os pais.

Ainda, da apelação nº 70068090372 consta que, na prática, não é possível aplicar a guarda compartilhada, posto que ex-casais que vivem brigando e que não conseguem dialogar dificilmente estarão aptos a adotar esse tipo de guarda.

Por oportuno, colaciona-se trecho do julgado cuja ementa foi transcrita acima:

O ideal seria que a filha pudesse conviver com ambos os genitores sob o mesmo teto, numa relação harmônica, num ambiente de respeito e repleto de afeto. Mas isso não é possível. E, quando ocorre a separação dos pais, apenas um pode exercer a guarda, pois a filha tem o direito de ter um lar certo e também uma rotina de vida definida, sendo inadmissível que ela seja tratada como um objeto, ora de uso paterno, ora materno. A filha é titular de direitos, que devem ser protegidos sempre. E, por essa razão, a guarda

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença que julgou parcialmente procedente ação de reversão de guarda c/c alimentos e visitas, fixando o regime de guarda compartilhada do menor.** Apelação cível nº 70068090372. R. P., A. P. e C. P. D. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. 31 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068090372%26num_processo%3D70068090372%26codEmenta%3D6708646+70068090372++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068090372&comarca=Comarca%20de%20Farroupilha&dtJulg=31/03/2016&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 21 jun. 2016.

deve ser definida sempre no interesse da filha. Isto é, não é o interesse ou a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda. E no ambiente de disputas, a filha não pode ser transformada em troféu.

Com efeito, Sérgio Gischkow Pereira, leciona que “é indiscutível que a guarda conjunta só pode ser adotada quando comprovado que os pais apresentam condições de equilíbrio psíquico para este belíssimo mas complexo mister”¹⁰⁸.

O entendimento foi o mesmo que a jurisprudência vem gradativamente adotando, como demonstrado, e idêntico ao que prega a doutrina majoritária. Assim, corrobora-se o que foi afirmado antes, por vários autores consagrados, de que só é possível a guarda compartilhada se houver harmonia entre os pais.

A propósito, é oportuno transcrever outro exemplo de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho, na mesma esteira da acima aludida:

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ACÇÃO DE DECLARAÇÃO DE ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAÍS. DESCABIMENTO. AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. PERNOITE. VIAGENS. VISITAÇÃO PELOS AVÓS. PERÍODO DE CONVIVÊNCIA MARITAL. PARTILHA DAS DESPESAS COM O VEÍCULO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Se é acirrada a beligerância existente entre as partes e considerando que o genitor atualmente reside em outro Estado, inviável o estabelecimento da guarda compartilhada, mormente por se tratar de inovação recursal. 5. Tendo em vista a idade da criança e a necessidade de aproximação com o pai, é conveniente instituir a visitação com pernoite nos finais de semana alternados, até mesmo para evitar os atritos entre os genitores nas buscas e entregas da menor. 6. O autor é parte ilegítima para pleitear a fixação de visitas para o avós paternos, podendo promover a aproximação deles com a menor quando ela estiver na sua companhia. 7. Não restou comprovada nos autos a prática de atos de alienação parental pela ré, ficando evidenciado apenas um acirrado conflito entre os litigantes, que ainda não conseguiram superar as questões relativas ao relacionamento e à separação. 8. Carece o autor de interesse recursal com relação ao período da união estável, pois foi reconhecido na sentença exatamente aquele por ele apontado na inicial. 9. Mostra-se descabido o pedido de ressarcimento de despesas com a manutenção do veículo que está na posse da ré, quando o bem foi partilhado igualmente entre as partes e o autor utilizou-o por ocasião

¹⁰⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.138.

de algumas visitas, além de configurar inovação em sede recursal. Recurso provido em parte.¹⁰⁹

Ficou evidenciado, a partir do julgado acima, que é o interesse da criança ou do adolescente que, na questão da guarda, deve nortear a decisão judicial, sobrepondo-se até mesmo à convivência dos pais e à previsão legal. Como ficou consignado na ementa do acórdão, se a relação entre os genitores é marcada por conflitos, não se mostra cabível a fixação da guarda compartilhada.

No mesmo sentido, segue outro exemplo:

APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. ALIMENTOS. REDUÇÃO. CABIMENTO. Toda regra tem por objetivo proteger ou assegurar um "princípio" ou "valor". A aplicação da regra é, portanto, uma forma de assegurar o princípio ou valor que a regra protege. Por via reversa, a literalidade da regra não pode ser aplicada se, no caso concreto, tal aplicação ensejar ofensa ou prejuízo ao valor ou princípio que ela busca proteger. A regra que fixa a guarda compartilhada é geral e abstrata, e não é regra de aplicação em todo e qualquer caso, independentemente de suas peculiaridades e especificidades. Tal regra tem por escopo assegurar o princípio constitucional do interesse prevalente da criança. Logo, mesmo em face da regra, é sempre a necessidade de proteger e resguardar o princípio do melhor interesse da criança o norte que deve direcionar toda e qualquer decisão sobre guarda. No caso concreto, as provas dos autos são inequívocas a demonstrar intenso conflito e beligerância entre os genitores, que não mantém qualquer espécie de contato pessoal entre si, e que não conseguem chegar a um consenso sobre o que fazer em relação à filha, desde as questões mais graves até as questões menores (como fazer curso de inglês ou fazer o tema de casa, por exemplo). O contexto probatório demonstra sem qualquer sombra de dúvida que os genitores não guardam, ao menos neste momento, um mínimo de harmonia entre si, a ponto de serem capazes de compartilhar o exercício da guarda comum. Justificada a fixação de guarda unilateral para a mãe, na esteira da conclusão do laudo de avaliação social. Mantida a guarda unilateral com a mãe, mantém-se também a obrigação do pai em pagar alimentos à filha. Apenas, cabe redução no valor. Com efeito, 30% sobre rendimentos é percentual excessivo quando se trata de pensionamento para apenas uma filha, sem

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença que julgou improcedente o pedido incidental de declaração de alienação parental e parcialmente procedente a ação de dissolução de união estável com pedido de regulamentação de visitas e partilha de bens**. Apelação cível nº 70067529057. J. M. G. R. e E. F. Desembargador: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 18 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067529057%26num_processo%3D70067529057%26codEmenta%3D6764464+70067529057++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067529057&comarca=Comarca%20de%20Sapiranga&dtJulg=18/05/2016&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris>. Acesso em: 21 jun. 2016.

necessidades especiais ou extraordinárias. Precedentes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.¹¹⁰

Da decisão acima, é possível observar que a dificuldade do exercício da guarda compartilhada é notada no cotidiano da criança, mais especificamente no que concerne às decisões mais simples a ela relacionadas, como por exemplo, a sua inscrição ou não em curso de inglês ou se ela fez ou não seus temas de casa. São especialmente nesses pontos que reside a impossibilidade de se estabelecer a guarda compartilhada quando não há consenso entre os pais, pois é aí que o filho sentirá os reflexos mais concretos derivados da falta de harmonia entre eles.

Ademais, outro ponto que impossibilita a fixação de guarda compartilhada é o fato de os pais residirem em cidades ou países diferentes. Veja-se:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. Situação dos autos que não autoriza a guarda compartilhada, já que os pais moram em cidades diferentes. Ausência de relação harmoniosa entre os pais a permitir dividir decisões relacionadas ao cotidiano do filho, o que poderá acarretar prejuízo ao desenvolvimento físico e emocional do menor. Precedente do STJ. ALIMENTOS. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. Em ação que envolve pedido de alimentos, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor pleiteado. Para a redução de tal verba, é necessário comprovar a impossibilidade de arcar com o montante estabelecido. OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO NO PLANO DE SAÚDE. Em não tendo sido reconhecida a dependência econômica da ex-esposa e demonstrada a impossibilidade de manutenção dela no plano empresarial, inviável obrigar o varão a pagar plano de saúde. Apelações desprovidas.¹¹¹

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de apelação contra sentença que estabeleceu a guarda unilateral de menor em favor da genitora.** Apelação cível nº 70069728566. C. A. M. N. e R. F. M. Desembargador: Rui Portanova. 07 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069728566%26num_processo%3D70069728566%26codEmenta%3D6850287+afif+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069728566&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Maria&dtJulg=07/07/2016&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 10 nov. 2016.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença em processo de divórcio que, dentre outras decisões, concedeu a guarda da filha comum à genitora.** Apelação cível nº 70069429264. S. P. S. e V. F. S. Desembargador: Jorge Luís Dall'agnol. 31 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069429264%26num_processo%3D70069429264%26codEmenta%3D6941706+70069429264++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069429264&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=31/08/2016&relator=Jorge%20Lu%20C%20ADs%20Dall%27Agnol&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Nessa decisão, o que se pode verificar é que, além do conflito entre os genitores, já mencionado como o maior obstáculo para a fixação da guarda compartilhada, e que, por si só, inviabiliza essa modalidade de custódia, tem-se, como outro impedimento, a distância entre as cidades em que residem cada um dos pais. Essa situação certamente dificulta a tomada conjunta entre os pais de decisões relacionadas ao filho.

Colaciona-se outro exemplo a seguir:

APELAÇÕES CÍVEIS. GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DE VISITAS. REVISÃO DE ALIMENTOS. 1. É inviável o deferimento da guarda compartilhada no caso concreto, considerando a incontroversa animosidade existente entre os genitores e o fato de residirem em países diferentes. 2. É entendimento pacificado nesta Corte, quanto ao direito de visitas, a preponderância do interesse do menor, além da presunção de que é salutar o convívio familiar, contribuindo para o seu desenvolvimento psíquico e emocional. O bem-estar do infante deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro. Situação específica em que o arranjo de visitas estipulado no ano de 2008 deve ser mantido, primeiro, porque preserva o contato do pai com o filho; segundo, por solucionar, de forma aceitável, as dificuldades geográficas enfrentadas pelos envolvidos. 3. O Código Civil, em seu artigo 1.694, dispõe que os parentes, os cônjuges ou companheiros podem 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 educação (caput). A obrigação deve ser fixada na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (§ 1º), o que significa dizer, por outras palavras, que os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, visando à satisfação das necessidades básicas dos filhos sem onerar, excessivamente, os genitores. O encargo alimentar incide sobre todas as verbas remuneratórias, dentre elas o décimo terceiro, terço constitucional de férias e eventuais prêmios pelo fato de integrarem a remuneração do alimentante. 4. Observadas as peculiaridades do caso concreto, impõe-se manter os alimentos fixados em espécie no ano de 2008, atribuindo também ao genitor o pagamento de alimentos in natura, representados pela mensalidade escolar da instituição de ensino freqüentada pelo infante por opção do genitor. 5. Ônus sucumbenciais redimensionados e suportados exclusivamente pelo demandante, porquanto sucumbente. Sentença reformada em parte. APELO DO AUTOR DESPROVIDO, PROVIDO EM PARTE O RECURSO DA RÉ.¹¹²

Nesse ponto, observe-se o comentário de Ana Maria Milano Silva:

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença que fixou a guarda compartilhada do filho comum das partes, estipulando a residência na casa materna.** Apelação cível nº 70068300599. M. S. R. e A. T. Desembargador: Sandra Brisolara Medeiros. 26 de outubro de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068300599%26num_processo%3D70068300599%26codEmenta%3D7036771+70068300599++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068300599&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=26/10/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

[...] quando um dos genitores não tem condições operacionais adequadas, certamente a guarda conjunta é desaconselhável. Nos casos, por exemplo, de não possuir acomodação apropriada para receber os filhos, morar muito longe da escola que os filhos frequentam há tempo, ter de se ausentar por longos períodos, a trabalho ou por outro motivo [...].¹¹³

A celebrada autora continua:

Finalmente, sem dúvida, o maior argumento contrário à guarda compartilhada é o que levanta a questão de que, na prática, a guarda conjunta só funciona quando pais e mães se entendem. E, dizem seus opositores, não há o que se fazer a fim de que casais traumatizados por longos e dolorosos processos judiciais possam, de repente, conversar amigavelmente sobre os problemas dos filhos. Muitos advogados e magistrados ainda veem a tese do compartilhamento com desconfiança, pois entendem que esse tipo de guarda dividirá o mundo das crianças, principalmente quando os pais não morrem de amores, mas de ódio, um pelo outro.¹¹⁴

Rafael Madaleno e Rolf Madaleno, a seu turno, asseveram:

A proximidade geográfica das diferentes residências dos pais, se não adotarem como ponto de referência uma moradia exclusiva dos filhos, na qual se intercalam os genitores, mas cuja opção demanda elevados custos e situações de impraticável implementação, é pressuposto de fundamental importância, dado ao fato de que a distância dos espaços físicos pode causar evidentes prejuízos para a prole que precisa ter os seus pontos de referência, identificados pelos filhos, por seus amigos, pelo colégio, por suas atividades extracurriculares e por determinados locais de lazer, que podem interferir na determinação da guarda compartilhada física, considerando ser contraproduutivo distanciar o filho de seu universo de atribuições.¹¹⁵

Portanto, é necessário que cada caso concreto seja analisado com suas particularidades e peculiaridades, devendo o juiz, antes de qualquer coisa, examinar se estão presentes todos os requisitos necessários à concessão da guarda compartilhada. Só então, se for esta a medida mais vantajosa ao menor, é que deverá aplicá-la.

¹¹³ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015, p. 159.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 160.

¹¹⁵ MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.058/2014, ou Lei da Guarda Compartilhada, alterou o Código Civil para tornar obrigatória a aplicação da guarda compartilhada entre os pais de seu filho menor, se não houver acordo e estiverem ambos aptos a exercer os cuidados dele.

Porém, essa medida não se mostra a mais recomendável em razão de diversos fatores, sendo o mais relevante deles o fato de que deixa de observar o princípio do melhor interesse do menor, esmiuçado no primeiro capítulo do presente trabalho, que se cuida de princípio basilar do direito de família.

Isso se deve ao fato de que o compartilhamento da guarda, para que seja satisfatório e atenda às necessidades da criança ou do adolescente, deve ser decidido de forma consensual entre pais que consigam conviver de forma harmônica entre si. Aliás, ficou claro no segundo capítulo desta pesquisa que a modalidade compartilhada de guarda, em relação a todas as demais (unilateral, alternada, etc.), é a que mais demanda um bom diálogo entre os genitores, na medida em que devem ser decididas em conjunto as questões cotidianas relacionadas ao filho.

A propósito, como constou do terceiro capítulo da presente monografia, a doutrina exige o preenchimento de alguns pressupostos para que possa a guarda ser exercida na forma compartilhada entre os pais, dentre os quais se destacam a afinidade e a boa relação entre os genitores.

Tanto é assim que ficou evidenciado, também no terceiro capítulo, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por sua posição vanguardista em diversas questões, resiste fortemente em aplicar a guarda compartilhada na situação enunciada na Lei da Guarda Compartilhada, justamente porque, como dito, essa medida não atende ao princípio do melhor interesse do menor e pode prejudicá-lo mais do que beneficiá-lo.

Assim, tendo em vista o exposto neste trabalho, foi possível constatar que o caminho trilhado pela corte gaúcha, no que tange à não aplicação da guarda compartilhada estando os pais em desacordo, é o mais acertado, já que, do contrário, embora observando a lei, estar-se-ia atentando contra o melhor interesse da criança ou do adolescente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

ASSEMBLEIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos da criança**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>> Acesso em 02 out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jan. 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm> Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3200, de 19 de abril de 1941**. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 abr. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm> Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 03 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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/l10406.htm> Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 26 set. 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de apelação contra sentença que estabeleceu a guarda unilateral de menor em favor da genitora.**

Apelação cível nº 70069728566. C. A. M. N. e R. F. M. Desembargador: Rui Portanova. 07 de julho de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069728566%26num_processo%3D70069728566%26codEmenta%3D6850287+afif+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069728566&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Maria&dtJulg=07/07/2016&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de embargos de declaração interpostos contra acórdão que decidiu dar parcial provimento a apelação de sentença que concedeu a guarda da menor à genitora.** Apelação cível nº 70070896642. J. I. V. A. F. S. e F. B. G.. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. 10 de novembro de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70070896642%26num_processo%3D70070896642%26codEmenta%3D7047387+70070896642++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70070896642&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=10/11/2016&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença que julgou parcialmente procedente ação de reversão de guarda c/c alimentos e visitas, fixando o regime de guarda compartilhada do menor.** Apelação cível nº 70068090372. R. P., A. P. e C. P. D. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. 31 de março de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068090372%26num_processo%3D70068090372%26codEmenta%3D6708646+70068090372++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068090372&comarca=Comarca%20de%20Farroupilha&dtJulg=31/03/2016&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença que julgou improcedente o pedido incidental de declaração de alienação parental e parcialmente procedente a ação de dissolução de união estável com pedido de regulamentação de visitas e partilha de bens.** Apelação cível nº 70067529057. J. M. G. R. e E. F. Desembargador: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 18 de maio de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067529057%26num_processo%3D70067529057%26codEmenta%3D6764464+70067529057++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70067529057&comarca=Comarca%20de%20Sapiranga&dtJulg=18/05/2016&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris> Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença em processo de divórcio que, dentre outras decisões, concedeu a guarda da filha comum à genitora.** Apelação cível nº 70069429264. S. P. S. e V. F. S.

Desembargador: Jorge Luís Dall'agnol. 31 de agosto de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069429264%26num_processo%3D70069429264%26codEmenta%3D6941706+70069429264++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069429264&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=31/08/2016&relator=Jorge%20Lu%C3%ADs%20Dall%27Agnol&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de sentença que fixou a guarda compartilhada do filho comum das partes, estipulando a residência na casa materna.** Apelação cível nº 70068300599. M. S. R. e A. T.

Desembargador: Sandra Brisolara Medeiros. 26 de outubro de 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70068300599%26num_processo%3D70068300599%26codEmenta%3D7036771+70068300599++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70068300599&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=26/10/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio e separação jurídica: judicial e administrativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: LTr, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KAOTA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 927-945.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**: direito de família e das sucessões. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 2, p. 103-134.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais**. Barueri: Manole, 2003.

MADALENO, Rafael e MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (orgs.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, cap. 6, p. 277-342

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2006, cap. 40, p. 843-851.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei de guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Led, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.