

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ARTHUR DA SILVA SIMON

**A GUARDA COMPARTILHADA APÓS A LEI N. 13.058/2014: ASPECTOS
TEÓRICOS, PRÁTICOS E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**

Florianópolis

2015

ARTHUR DA SILVA SIMON

**A GUARDA COMPARTILHADA APÓS A LEI N. 13.058/2014: ASPECTOS
TEÓRICOS, PRÁTICOS E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2015



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE

CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC

TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815

E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado A Guarda Compartilhada Após a Lei N. 13.058/2014: As
pectos teóricos, práticos, e análise da jurisprudência
catarinense, elaborado pelo(a)
acadêmico(a) Arthur da Silva Simon defendido nesta data e aprovado pela
Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota
10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10
da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa
Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 27 / 11 / 2015

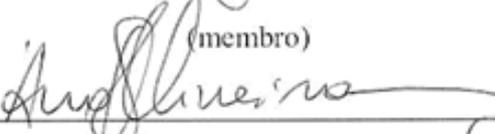


(orientador)

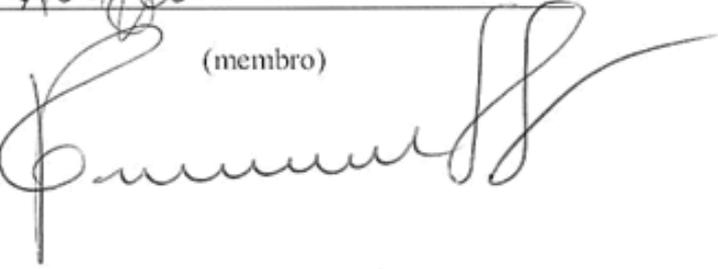
(coorientador)

Carla Luiza Pinim

(membro)



(membro)



(membro)



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): ARTHUR DA SILVA SIMON

RG: 464605-6

CPF: 041.605.899-01

Matricula: 11203866

Título do TCC: A GUARDA COMPARTILHADA APÓS A LEI N.
13.058/2014 : ASPECTOS TEÓRICOS, PRÁTICOS E ANÁLISE DA
JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Orientador (a): PROF^ª RENATA PAUPP GOMES

Eu, Arthur da Silva Simon

acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC 27 de NOVEMBRO de 2015.

Arthur da Silva Simon
(nome do aluno)

Aos meus pais, por serem os melhores do mundo, e isso
ainda ser um eufemismo perto do que realmente são;
À Sarah, minha alma gêmea, meu paraíso na terra;
Aos meus avós, minha madrinha, minha família, meus
amigos, meus mestres e ídolos.

Ted: O problema é que eu e a tua mãe queremos morar contigo. Fomos ver aquela pessoa que eu te disse, o juiz. Nós o deixamos decidir porque ele entende muito dessas coisas. Conversamos uns dias com ele, e daí perguntamos o que ele achava. Sabe o que ele disse? Concordou com a mamãe. Achou ótima ideia você ir morar com ela agora. E sou muito sortudo. Vou jantar com você uma vez por semana! E duas vezes por mês passamos o fim de semana juntos!

Bobby: Onde minha cama vai ficar? Onde eu vou dormir?

Ted: A mamãe já resolveu tudo isso. Terá seu quarto na casa dela.

Bobby: Onde todos os meus brinquedos vão estar?

Ted: Na mamãe. Vamos levá-los para lá. Se for bonzinho, aposto que ela te compra uns novos.

Bobby: Quem vai ler histórias pra mim à noite?

Ted: A mamãe vai.

Bobby, já chorando: Você não vai mais me dar meu beijo de boa noite, vai?

Ted: Não, não vou mais poder. Mas vou poder te visitar... Vai dar tudo certo... Juro.

Bobby: Posso voltar para casa se eu não gostar?

Ted: Como assim não gostar? Você vai se divertir muito com a mamãe.

Bobby: Papai, não se esqueça de me ligar nenhuma vez, tá?

(Kramer vs. Kramer, 1979)

RESUMO

SIMON, Arthur da Silva. **A Guarda Compartilhada após a lei n. 13.058/2014: aspectos teóricos, práticos e análise da jurisprudência catarinense.** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito das Famílias) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objetivo estudar a aplicação da guarda compartilhada como regra, a partir da vigência da Lei n. 13.058/2014, como garantia da igualdade parental. Utiliza-se o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Apresenta-se, inicialmente, os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Após, trata-se especificamente da Lei n. 13.058/14, delimitando quais os princípios constitucionais que ela efetivamente assegura e as principais reflexões quanto à alienação parental e aos alimentos. Em seguida, analisa-se o compartilhamento de guarda como sendo necessariamente instituto de aplicação casuística. Por fim, fez-se pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça catarinense com análise de como a referida lei foi recepcionada, verificando se foram observados os parâmetros da doutrina especializada.

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

ABSTRACT

This monograph aims to study the application of the joint custody/shared parenting as rule, after the Law n. 13.058/2014 came into force guaranteeing parental equality. It uses the method of monographic procedure, the inductive approach method and the indirect research technique, with bibliography, documentary and jurisprudential study. Initially, it presents the custody types existint in brazilian law. Afterwards, the study relies specifcly on Law n. 13.058/2014, specifying which constitucionals principles are assured by its arrival and the most important reflexions that it brings: parental alienation and obligation of maintenance. Following, the joint custody/shared parenting is examined as being necessarily applied casuistically. At last, it was delved how Santa Catarina's Court was applying the new law, verifying if the lessons of the very best researchers were respected.

Keyword: Joint custody/Shared parenting. Parental equality. Rule. Parental Alienation. Obligation of Maintenance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCRETIZADOS PELA LEI 13.058/2014	11
1.1 O instituto da guarda.....	11
1.1.1 Aspectos históricos.....	11
1.1.2 Espécies de Guarda	15
1.1.3 Cenário jurisprudencial da guarda até o advento da Lei n. 13.058/14.....	26
1.2 Princípios constitucionais concretizados na Lei 13.058/14	29
1.2.1 Igualdade entre genitores.....	31
1.2.2 Melhor interesse da criança e adolescente.....	36
1.2.3 Proteção integral.....	39
2 REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA GUARDA COMPARTILHADA	45
2.1 Examinando a igualdade parental e o benefício à prole na perspectiva da nova lei..	45
2.1.1 Prevenção à alienação parental	54
2.1.2 Fixação dos alimentos na guarda compartilhada	60
2.2 A construção do compartilhamento da guarda caso a caso.....	66
3 PESQUISA ANALÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE	71
3.1 Análise da jurisprudência catarinense.....	71
3.1.1 Reconhecimento da Lei 13.058/14 e aplicação da guarda compartilhada.....	71
3.1.2 Os alimentos nas decisões catarinenses do compartilhamento de guarda.....	82
3.1.3 A alienação parental nas decisões catarinenses	84
3.1.4 Análise dissecada do processo n. 2015.034356-6.....	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

O rompimento da relação dos genitores não é e não pode ser significado de separação entre pais e filhos. Existe ex-marido, ex-mulher, ex-companheiro, mas não existe ex-filho. Entretanto, no berço da legislação previa-se sistema em que a preocupação com os infantes era apenas com quem ficaria sua guarda e não se pensava propriamente no seu bem estar; o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a para o centro da questão, modificando esse entendimento retrógrado.

Isso porque, sob o viés psicológico, é claro que à criança deve ser assegurado o direito de ter contato com ambos os pais, podendo usufruir das diferentes culturas, religiões e posições sociais. Foi nesse cenário que se viu a necessidade da criação de espécie de guarda que atendesse a todas estas demandas: tal concepção é a guarda compartilhada.

É da reflexão da aplicação deste instituto como regra que nasceu o interesse por esta pesquisa.

A guarda compartilhada é considerada pela expressiva maioria dos doutrinadores como a que mais tem possibilidades de salvaguardar interesses do infante; ela é reconhecida mundialmente, sendo importante ferramenta em países como França, Inglaterra, Canadá e, principalmente, Estados Unidos.

Com a promulgação sorrateira da Lei n. 13.058/14, dita Lei da Igualdade Parental, por definir o compartilhamento de guarda como regra, muitas questões foram levantadas. Como pode o legislador optar por essa modalidade no dissenso? Por que é a melhor? Quais benefícios tal guarda produz? Quais os efeitos da referida lei nos alimentos e na alienação parental? Tais questionamentos impulsionaram a presente pesquisa.

Far-se-á análise do histórico da guarda no Brasil, para então estudar-se os institutos vigentes e aplicáveis no ordenamento jurídico, a fim de sanar confusões comumente geradas inclusive por juristas. Também definir-se-á qual era o cenário de aplicação da guarda antes do advento da lei em estudo.

Para se entender a importância da Lei n. 13.058/2014 é necessário um estudo dos princípios constitucionais que legalmente serão garantidos: tanto para os genitores, pela igualdade, quanto para a prole, como a proteção integral e o melhor interesse do infanto-juvenil. Assim, estudar-se-ão os dispositivos legais a partir do viés da igualdade de gêneros, com suas principais reflexões: na alienação parental e nos alimentos. E, sempre sob a perspectiva casuística que é natural do Direito das Famílias e, mais intrínseca ainda, do sistema de guardas.

Ao final, far-se-á pesquisa analítica dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça após a vigência da lei, a fim de saber como foi a adesão dos tribunais quanto à matéria, especificamente ao reconhecimento da lei, aplicação de alimentos e o tratamento da alienação parental.

1 O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCRETIZADOS PELA LEI 13.058/2014

1.1 O instituto da guarda

O presente trabalho trata de analisar a Lei n. 13.058/14 enquanto supremacia da igualdade parental, refletindo sobre os alimentos e a alienação parental frente a nova legislação.

Inicialmente, entretanto, faz-se necessário o estudo do instituto da guarda, com suas evoluções históricas.

O termo "guarda" possui inúmeras aplicações. No direito das famílias o conceito é ainda mais complexo, pois não se refere à guarda de coisas, como nas outras searas jurídicas, mas sim de pessoas. Como afirmam ASSIS e RIBEIRO, as circunstâncias presentes no âmbito do direito das famílias envolvem emoções, sentimentos e paixões de todos os atores desse processo, e não o mero ato de cuidar e vigiar.¹

Impende ressaltar que a guarda de que trata esta monografia não é a medida de colocação em família substituta prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente², mas sim o instituto derivado da autoridade parental e após a dissolução conjugal dos genitores.

Quando há a dissolução do núcleo familiar, o ato de guardar surge como um direito-dever natural dos pais, consistindo na possibilidade de convivência e assistência de seus filhos. É o pressuposto que permite a concretização das funções parentais. Suas evoluções são extensas, pelo que se dedica subcapítulo exclusivo deste trabalho para seu estudo.

1.1.1 Aspectos históricos

O Código de 1916 utilizava-se de critério bastante repressivo para determinar a guarda, pois delimitava que o filho menor ficaria sob os cuidados do cônjuge inocente, em

¹ ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Wesley Carlos. *A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para a análise da (im)propriedade da expressão "guarda de filhos" quando do rompimento da conjugalidade dos genitores*. Revista IOB Direito de Família, v. 71, abr./maio 2012, p. 88.

² Arts. 28, 33, 34 e 35 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

hipótese de dissolução culposa da relação conjugal dos genitores. Restava ao filho servir de prêmio e de método punitivo.

BERENICE leciona que:

Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, isso se o juiz verificasse que ela não lhes acarretaria prejuízo de ordem moral. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.³

A Lei do Divórcio, n. 6.515/1977, seguia o mesmo raciocínio, pois regia em seu artigo 10 que os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa ao divórcio. Contudo, importante salientar que essa mesma lei já previa a faculdade de o juiz decidir diferentemente nos casos em que houvesse motivos graves, relevando-se o bem dos filhos.⁴

Com o advento da Constituição Cidadã, de 1988, promulgando a igualdade sexual em todos os aspectos possíveis, bem como colocando-se no vértice das preocupações constitucionais o melhor interesse da criança e do adolescente, extinguiu-se a possibilidade da culpabilidade como critério para designar guarda.

LÔBO leciona que é assim que o paradigma igualitário da família constitucionalizada se distingue do modelo autoritário da legislação civilista anterior. O marco que a Constituição de 1988 trouxe, principalmente nos artigos 226 e 230, tem fundamento no consenso, na solidariedade e no respeito à dignidade humana.⁵

Mas principalmente com o advento do ECA, que transformou as crianças e os adolescentes em sujeitos de direitos, enaltecendo seus direitos fundamentais e, acima de tudo, salvaguardando o princípio da proteção integral aos menores de dezoito anos.

O Código Civil de 2002 olvidando-se de incorporar o melhor interesse da criança, estabeleceu, inicialmente, algumas diretrizes em relação à guarda, que era unilateral - regulando o mero regime de visitas para o genitor não guardião.⁶

Como ensina DIAS, a educação machista perpetrada por tantos anos, ainda não extinta por completo, gerou um ciclo vicioso. A divisão clara, estigmatizada e estereotipada

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 519

⁴ Art. 13 da Lei 6.515/1977: Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17

⁶ DIAS, M. B., 2015, p. 519.

das brincadeiras e dos ensinamentos para as crianças refletia diretamente nos adultos que se tornavam.

Os homens nunca puderam brincar de boneca, nem entrar na cozinha e nem chorar. Tinham que ser fortes e competitivos. Seus brinquedos eram bolas, armas e carros. Já os das meninas, eram justamente itens de cozinha, bonecas e bebês. Eram criados e criadas para suas devidas funções: eles para serem os provedores da casa e elas para serem donas de casa e mães.⁷ Tal cultura tem reflexos até os dias atuais; cada vez menor, entretanto.

Com a mudança dos tempos, que contém como pivô a ascensão merecida das mulheres, elas passaram a ingressar no mercado de trabalho, ocupar os bancos acadêmicos, ascender profissionalmente e, por consequência, ficaram cada vez mais ocupadas.⁸ Os pais foram obrigados a encarar essa nova realidade e tornar-se aquilo que não tinham sido preparados para ser. Como afirma Maria Berenice Dias, "ao descobrirem as delícias da paternidade, passaram a reivindicar um convívio maior com a prole".⁹

Destarte, quando da separação, não se contentavam em apenas pagar alimentos e serem meros visitantes. Os filhos passaram a ser utilizados como objetos de vingança, pois aliados aos conflitos do término de um relacionamento, agora havia mais um - a guarda. E a realidade é que o pai via-se como refém do poder materno, pois a ela estava garantida, na imensa maioria das vezes, a guarda.

Nesse contexto que pais e, em raros casos, mães criaram associações e organizações não governamentais, a fim de institucionalizar um movimento que pudesse dar visibilidade à sua causa: de ter seu direito de concorrer em igualdade com o ex-cônjuge pela guarda do filho.

O primeiro avanço foi bastante recente, em 2008, com a instituição da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 11.698/08 deveria ter sido motivo de mudança radical na realidade familiar brasileira, pois instituiu como prioridade o modelo de corresponsabilidade. Extrai-se de sua redação:

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

⁷ DIAS, M. B., 2015, p. 518.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 519.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 519.

§ 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda 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.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

Mesmo sendo essa lei bastante clara, ao afirmar que "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada", o sistema judiciário brasileiro desenvolveu a tese de que só poderia se aplicar tal modalidade de guarda nos casos em que não houvesse dissenso entre os pais.¹⁰ Na prática, o dissenso era sinônimo de aplicação da guarda unilateral.

O que "permitiu" tal interpretação foi a expressão utilizada pelo legislador "sempre que possível". Entretanto, como Amaral leciona, "óbvio que o 'sempre que possível' não se refere à ausência de acordo ou consenso entre pai e mãe, já que, segundo o próprio texto da Lei, a guarda compartilhada deverá ser aplicada - decretada pelo juiz - exatamente nesses casos".¹¹ A vontade de quem não desejava manter a guarda era perpetuada: bastava instaurar conflito com o outro genitor.¹²

A Lei da Síndrome da Alienação Parental¹³ por duas vezes menciona ser a guarda compartilhada a opção prioritária (nos seus arts. 6, V, e 7). Mas também não realizou mudança significativa no cenário familiar.

Frente a inexistência de mudanças, a luta dos pais continuou, resultando na Lei n. 13.058/14, objeto do presente trabalho. Tal diploma legal, dentre outras modificações, alterou o artigo 1.584, nos seguintes termos: "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**

¹⁰ GUAZZELLI, Mônica. *A Nova Lei da Guarda Compartilhada*. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister, v. 04, jan./fev., 2015, p. 6.

¹¹ AMARAL, Paulo André. *Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil - uma análise das interpretações da lei*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 14, fev/mar., 2013, p. 42.

¹² DIAS, M. B., 2015, p. 520

¹³ Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor" (grifo nosso).¹⁴

Tais mudanças serão estudadas e pormenorizadas nos capítulos que se seguem. Por ora, estudar-se-á as espécies de guarda e o cenário jurisprudencial de sua aplicação até o advento da Lei 13.058/14.

1.1.2 Espécies de Guarda

A existência de filhos em uma dissolução da relação afetiva dos genitores implica em complexidade. Isso se dá pela impossibilidade de cada genitor simplesmente decidir seu próximo rumo, inconsequentemente. Existe ex-esposa, existe ex-companheira, mas não existe "ex-filho".

A noção de unidade familiar continua, ou deveria continuar, mesmo depois da separação dos seus genitores. Finda a convivência dos pais, há uma inevitável fragmentação da autoridade parental, embora ambos continuem detentores do poder familiar (ou função familiar, como explica Conrado Paulino da Rosa)¹⁵. O divórcio é uma experiência desgastante para todos os participantes, mas sabidamente pior para os filhos, quando perdem seu norte, seu conforto - sua estrutura familiar.¹⁶

Nesse contexto, CARBONERA define guarda da seguinte forma:

(é o) instituto jurídico através do 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 que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.¹⁷

Sobre a guarda, Maria Berenice Dias leciona:

A lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.616), não dá a mínima atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA dita sobre o melhor interesse de crianças e adolescentes. Ao tratar da proteção dos filhos (CC 1.583 a 1.590), de forma didática, define o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e o eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 §2).

¹⁴ Art. 1.584, § 2 do Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

¹⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17

¹⁶ DIAS, M. B., 2015, p. 522

¹⁷ CARBONERA, Maria Silvana. *Guarda de Filhos – Na família constitucionalizada*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612).¹⁸

Assim, o critério eleito pelo Código Civil para a definição da guarda é a deliberação dos pais. Entretanto, depende da homologação judicial (dado o período conturbado para todos os envolvidos) - e isso só ocorre após o parecer do Ministério Público.

Ressalte-se que a prática de oitiva dos filhos como meio de aferir a melhor resolução para definir a guarda é possível e já adentra o rol de práticas de alguns juízes. Inclusive, há o respaldo da Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, em seu art. 12¹⁹. Mister frisar que ouvir é permitido, exigir que escolha, nunca²⁰.

Do estabelecimento da guarda - seja por acordo ou por sentença judicial - a consequência processual é a coisa julgada. Entretanto, esta não implica na imutabilidade da sentença. Enquanto o princípio da proteção do melhor interesse da criança for o protagonista das decisões (e espera-se que seja *ad eternum*) a situação fática é tão importante que possui o condão de, sempre que necessário, poder mudar as decisões, podendo recorrer ao judiciário novamente. Isso porque o melhor interesse da criança deve sobrepujar a coisa julgada.

MADALENO leciona que a condição de imutabilidade só pode durar enquanto a situação fática à época da decisão durar²¹. Ou seja, ainda que se refira à guarda como definitiva, ela jamais será assim no estrito significado da palavra (e nem juridicamente).

1.1.2.1 Guarda unilateral

A Lei n. 13.058/14 modificou o artigo 1.583 do Código Civil. Hoje, em seu §1º, conceitua a guarda unilateral da seguinte forma "*compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua*". A fixação dessa modalidade pode ser dada pelo consenso dos genitores, quando um declarar que não quer a guarda ou quando não pode exercer a contento o múnus.

¹⁸ DIAS, M. B., 2015, p. 523.

¹⁹ DECRETO No 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 12 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acessado em 28 de novembro de 2015.

²⁰ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre a guarda compartilhada*. 4 ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 54.

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 423.

As previsões anteriores à lei ora estudada declaravam que o múnus devia ser atribuído ao genitor que possuísse melhores condições de proporcionar aos filhos²²: I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II) saúde e segurança; e III) educação. O rol era qualitativo, prestigiando mais do primeiro inciso para o último, mesmo que interdependentes, pois, de fato, o melhor interesse da criança pressupõe a observância de todos eles.²³

SILVA ressalta que esse dispositivo jamais poderia ser interpretado pelo viés econômico²⁴, sob pena de ser decisão completamente inconstitucional - violando o princípio da igualdade e, principalmente, o do melhor interesse da criança - que muito mais tem a ver com o amor e afeto do que questões financeiras (embora importantes, mas resolúveis de outra forma, como, por exemplo, pela fixação de alimentos).

No presente, notadamente após a vigência da lei em estudo, a guarda compartilhada passou a ser a regra, restando para a guarda unilateral ser, por óbvio, a exceção.

ROSA comenta os casos em que um genitor não deseja a guarda:

Mesmo com a nova previsão legislativa, comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse. Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificado em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.²⁵

O guardião que for detentor da guarda unilateral possuirá a custódia física, bem como o poder exclusivo de decisão quanto ao cotidiano dos filhos, assumindo pessoalmente todos os direitos e deveres (sem prejuízo, contudo, do direito do outro genitor de comunicação livre com o filho e de supervisionar sua educação).²⁶ Por isso, agiu bem o legislador ao defini-la como exceção.

²² No antigo art. 1.583, §2 do CC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

²³ ROSA, C. P., 2015, p. 56

²⁴ SILVA, A. M. M., 2015, p. 47.

²⁵ ROSA, C. P., 2015, p. 56

²⁶ ROSA, C. P., 2015, p. 57

Isso porque ao definir a guarda unilateral, o genitor não detentor da guarda fica restrito ao sistema de visitas, que é a concretização de modelo que transforma o pai (ou a mãe, em raros casos) em mero visitante, e posteriormente, em um verdadeiro estranho ao filho.²⁷

É nesse cenário que se concebeu a denominação do fenômeno: *sunday dads* (pais de domingo). Tal expressão foi tratada pelo Recurso Especial n. 1.251.000 MG, nesses termos:

Da guarda compartilhada como o ideal de relacionamento parental, pós-separação.

Ultrapassando essa visão estanque das relações de parentalidade, o art. art. 1.583, 1º, in fine, do CC-02 definiu a guarda compartilhada como sendo 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. Com essa definição, deu-se ênfase ao exercício do Poder Familiar de forma conjunta, mesmo após o fim do casamento ou da união estável, porque, embora cediço que a separação ou divórcio não fragilizavam, legalmente, o exercício do Poder Familiar, na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa.x

A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado *Sunday dads* (pais de domingo).

Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda usualmente o pai tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, **distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação.**

Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo.

Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio visita demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda.²⁸

E é por medo de virar "pai de domingo" que a guarda unilateral se tornou o maior vilão dos pais e, em raros casos, mães²⁹. O relato pessoal do jornalista britânico do *The Telegraph*, Tim Lott, atesta isso:

Meu casamento terminou em 2000, quando minhas duas filhas, Ruby e Cissy, tinham 5 e 7 anos, respectivamente, e eu me mantive perto delas desde então. Agora elas tem mais duas irmãs, por parte de pai (pelo meu segundo casamento), a quem elas amam tanto quanto se fossem irmãs "por inteiro".

Ainda assim, eu me lembro do medo terrível que senti quando eu e mãe delas nos separamos: como se eu fosse perder contato com a Ruby e a Cisse. E se minha ex-

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Prospecções no direito das famílias: aventando hipóteses*. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira. (coord.). *Família e sucessões: sob um olhar prático*. Porto Alegre. IBDFAM, Letra & Vida, 2013, p. 23.

²⁸ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 16 de setembro de 2015.

²⁹ DIAS, M. B., 2015, p. 521.

esposa conhecesse alguém e se mudasse para um lugar novo e distante? E se, por alguma briguinha, ela quisesse fazer minha vida difícil e obstruir o acesso? E se, Deus não permita, minhas crianças se virassem contra mim e não quisessem mais me ver?

Nenhuma dessas coisas aconteceu, pelo que sou profundamente grato. Alguém pode dizer, pateticamente grato. Porque um pai separado é de alguma forma patético, por conta da sua impotência perante a lei. (tradução livre)³⁰

É nesse contexto que a guarda compartilhada enquanto ideal para a criança, é também o ideal para salvaguardar o princípio constitucional da igualdade.

Por fim, importante ressaltar que de acordo com a nova redação do art. 1.583, §5º (dada pela Lei n. 13.058/14) do Código Civil, existe a obrigação de o genitor não guardião supervisionar os interesses da prole. Tal artigo lhe confere legitimidade para solicitar informações e até prestação de contas (objetivas ou subjetivas) em todos os assuntos que perfaçam a vida dos filhos³¹. Ou seja, ainda que o detentor da guarda unilateral tenha o direito de exclusivamente decidir sobre os aspectos do dia-a-dia do filho, existe a prerrogativa do não detentor da guarda de ser informado.³²

1.1.2.2 Guarda alternada

É modalidade de guarda comumente confundida com a guarda compartilhada, embora distintas entre si.

Importante destacar que não há previsão legal para sua aplicação, a despeito de figurar jurisprudencialmente como solução válida, ainda que de forma tímida.

A guarda alternada ocorre quando os filhos passam tempos estancos com cada genitor. LEVY exemplifica como sendo o modelo pelo qual o filho ficaria uma semana com a genitora e, posteriormente, outra com o genitor.³³

Assim, cada genitor exerce exclusivamente e por totalidade os direitos-deveres advindos da posse da guarda. Implica, basicamente, na vivência dos filhos em duas casas

³⁰ Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/men/relationships/fatherhood/10469302/Dads-are-not-always-the-bad-guys-in-break-ups.html>>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

³¹ Art. 1.583, § 5º do Código Civil: 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

³² ROSA, C. P., 2015, p. 58.

³³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

diferentes, alimentando a possibilidade de que "passem a ter sua 'mochila' como o único objeto seguro da sua vida".³⁴

Enquanto um é o detentor da guarda e o outro não, há resguardado os direitos de visitas. Ainda assim, STOLZE afirma que "não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos".³⁵

Mostra-se, pois, modelo de guarda bastante questionável, apesar de se saber inexistir fórmula certa para estrutura familiar. Assim, o que funciona em uma família, não necessariamente funciona em outra. De toda sorte, acredita-se que o presente modelo é frio e objetivo demais. Quando se trata de relações familiares, onde tudo é banhado de emoções e sentimentos, difícil acreditar que um modelo estanque e inflexível seja o melhor.³⁶

LEVY assevera que a guarda alternada nada mais é do que fruto de egoísmo dos genitores, pensando nos filhos como objetos, que podem ter seu tempo e espaço divididos matematicamente³⁷, esquecendo que são pessoas em fase bastante vulnerável da vida, precisando do dobro de atenção e carinho.

Enfim, é modelo de guarda não muito popular entre os doutrinadores e pouco adotada pela jurisprudência pátria.³⁸ Analise-se raro caso de aplicação, advindo da jurisprudência mineira:

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

Ressalte-se que a presente modalidade foi aplicada no caso acima apenas por ser situação *suis generis*, que já consolidada, permitia a felicidade da criança e a observância do

³⁴ ROSA, C. P., 2015, p. 58.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil, vol. 6: direito de família*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 609.

³⁶ LEVY, F. R. L., 2015, p. 59.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 60.

³⁸ Por exemplo, o termo "guarda alternada" gera somente dez resultados na pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acesso em 24 de agosto de 2015.

melhor interesse dela. Assim, reforça-se a tese de que não há modelo certo, pré-definido, para que uma família dê certo.

1.1.2.3 Guarda nidal ou aninhamento

Trata de modalidade bastante cara, em que a casa em que a criança morava antes da separação continuará sendo seu lar. Assim, os pais é que devem se revezar. Justamente por isso que é excessivamente onerosa: os pais terão de manter a casa base (residência do filho) e mais suas próprias, particulares³⁹. ROSA leciona que "seu nome vem do latim 'nidus', que significa 'ninho'"⁴⁰.

É espécie pouco utilizada no ordenamento jurídico brasileiro (mais recorrente em países desenvolvidos)⁴¹, embora não haja restrições legais à ela.

A vantagem prometida é de que a criança terá mais estabilidade em sua rotina, por não ter que se mudar constantemente. Terá um espaço de lazer, um quarto, um guardarroupa, e assim por diante.⁴²

Os fatores que não são bem recebidos pela doutrina brasileira podem ser visualizados pela explanação de ROSA:

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicado. Famílias desestruturadas necessariamente formarão sociedades desestruturadas. Crianças abandonadas, à deriva - mesmo no convívio de suas famílias naturais -, vitimizadas por genitores negligentes ou encolerizados, não poderão devolver à sociedade nada além daquilo que viveram e (des)aprenderam, distanciando-se, assim, dia a dia, da realização de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Consequentemente, reproduzirão em sua vida adulta esses modelos, integrando um círculo vicioso que não terá fim, se nada for feito para modificar esse futuro sombrio tendente a se perpetuar por meio das gerações.⁴³

Entretanto, as críticas não são consenso. Em outros países, como mencionado, é mais utilizada, e inclusive há precedente para aplicação mesmo em situações que sequer houve pedido nesse sentido. Foi o caso *Greenough x Greenough*, no Canadá, em que o juiz J.W. Quinn julgou da seguinte forma:

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 609.

⁴⁰ ROSA, C. P., 2015, p. 59.

⁴¹ *Idem, Ibidem*.

⁴² *Idem, Ibidem*, p. 60.

⁴³ *Idem, ibidem*.

Em *Lamont x Lamont* (precedente que tratava de caso parecido) [...] a corte definiu que a guarda fosse a nidal, dispondo que as crianças (de 3 e 5 anos) ficariam na casa que já moravam, com a mãe vivendo com eles durante a semana, e o pai nos fins de semana. Acho que há benefícios nessa espécie de guarda, pois as crianças podem ficar na casa que já conhecem, especialmente se é aquela em que moravam com a família [...].

Não raro eu tenho visto casos (e esse é um) em que as crianças são tratadas como *frisbees*. No geral, o genitor não tende a apreciar a perturbação grave que as crianças são submetidas quando o outro pai tem acesso frequente. Nesse ínterim, eu não acredito que há necessidade de evidência de que as crianças estão sofrendo para a corte agir. Para mim, é um assunto de senso comum. Correndo o risco de ser vítima de generalidades simplistas, eu sou da opinião de que, se há a opção, não vejo porque qualquer pessoa selecionaria um modelo de vivência que tenha como pressuposto a mudança de casa para casa. (Tradução livre).⁴⁴

O caso tinha uma situação peculiar: a casa em que a família morava já havia sido vendida. Isso não foi empecilho para o juiz aplicar tal guarda. Decidiu que a casa-base seria a da mãe, e verdadeiramente optando pelo bem estar das crianças do que pela esfera privada, decidiu que a mãe deveria sair de sua própria casa aos fins de semana (e caso ela queira, o pai deve deixar sua própria casa a disposição para a mãe passar esses dias lá).

Assim, talvez venha a ser uma espécie de guarda que se popularize no Brasil, pois, como observado na jurisprudência canadense, de fato, possui fatores positivos relevantes.

1.1.2.4 Guarda compartilhada

Embora essa modalidade tenha sido inserida na legislação brasileira somente através da Lei n. 11.698/2008, já era realidade vivenciada por várias famílias e, inclusive, objeto de decisões judiciais anteriores à expressa previsão legal.

ROSA explica que ainda na constância da *vacatio legis* do Código Civil de 2002, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu a I Jornada de Direito Civil, momento no qual, oportunamente, foi desenvolvido o Enunciado 101, pregando que: "sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão 'guarda dos filhos', à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança".⁴⁵

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2003/2003canlii2363/2003canlii2363.html>>. Site da jurisprudência canadense, em inglês. Acesso em 26 de agosto de 2015.

⁴⁵ ROSA, C. P., 2015, p. 63.

E também atenta-se que na IV Jornada de Direito Civil, em 2006, houve a aprovação do Enunciado 335: "A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e a orientação da equipe multidisciplinar".

A lei de 2008, que introduziu a guarda compartilhada à legislação brasileira, já previa que essa deveria ser aplicada com preferência - art. 1583, §2º, que declarava: "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada". Entretanto, a realidade jurisprudencial se mostrou outra, pois a grande maioria dos juízes passou a entender que não havia possibilidade de aplicar a guarda compartilhada no dissenso, já que isso prejudicaria o direito da criança, tornando a vida dela ainda mais turbulenta. Essa interpretação foi possível pela brecha legislativa da expressão "sempre que possível".

Entretanto, com advento da Lei n. 13.058/2014 percebe-se que o legislador achou por bem corrigir o erro cometido na Lei n. 11.698/2008, não deixando margem para interpretação e definiu que é a regra mesmo em casos de dissenso. Isso porque "garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole".⁴⁶

DIAS leciona que quando do rompimento do convívio com os pais acarreta clara desestrutura familiar, com a devida redefinição de papéis. A guarda compartilhada visa estabelecer uma base de corresponsabilidade parental, tentando minimizar ao máximo possível os efeitos malignos que a separação pode causar. Quer, por excelência, impetrar modelo mais completo para a figura parental que poderia ser apenas visitante.⁴⁷

A ex-desembargadora Maria Berenice Dias continua, ensinando que:

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

⁴⁶ DIAS, M. B., 2015, p. 525.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

Assim, percebe-se que o intuito legal é definir os pais como iguais detentores da autoridade familiar, consagrando o direito da criança, pois procura, incansavelmente, abrandar os efeitos da separação dos genitores.

Destarte, entende-se como a guarda compartilhada é unanimidade entre os doutrinadores, restando como celeuma apenas as situações nas quais se deveria ou não aplicar tal modalidade de guarda.

Ressalta-se, mais uma vez, que não se confunde guarda compartilhada com guarda alternada. Pode-se perceber a diferença no seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO DE "GUARDA ALTERNADA" - INCOVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE HARMONIA E RESPEITO ENTRE OS PAIS - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DO ALIMENTADO

A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança.

A guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor somente nas hipóteses em que os pais apresentam boa convivência, marcada por harmonia e respeito.⁴⁸

O fato é que, contrariamente ao que a maioria da população pensa, a guarda compartilhada não tem seu cerne de benefícios na divisão do tempo, mas justamente na corresponsabilidade, que implica decisões em conjunto das questões atinentes à vida da prole (provendo a certeza ao filho de que tem pai e mãe e de que não foi abandonado) e de uma participação efetiva. Isso pode ocorrer com o pai não ficando alheio aos filhos nos períodos em que não está com a tutela física dele, por exemplo, levando e buscando na aula, participando do eventos escolares e reuniões pedagógicas, levá-los às atividades extracurriculares. Importante é que esteja presente, educando mediante suas atitudes.⁴⁹

CARVALHO aponta as principais vantagens oferecidas pela guarda compartilhada, sendo elas: a) mantém e estreita os vínculos com os pais; b) dificulta a instalação de cenário de SAP (síndrome da alienação parental; tratado em subcapítulo próprio,

⁴⁸ TJ-MG - Apelação Cível : AC 10056092087396002, Relator Des. Fernando Caldeira Brant, publicado em 09/01/2014.

⁴⁹ ROSA, C. P., 2015, p. 67.

adiante); c) auxilia na criação do filho; d) propicia contato constante com a família toda; e e) mantém a referência materna e paterna intactas⁵⁰.

Por sua vez, GUAZZELI alerta que o simples fato de a guarda ser compartilhada não exime o genitor com mais condições de pagar alimentos, afinal esse se justifica no binômio alimentar e não na aplicação de guarda unilateral.⁵¹

LEITE leciona já em 2003, ressalvadas as nomenclaturas por ele utilizadas, já atualizadas hoje em dia para "guarda compartilhada", que:

[...] a guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum [...] facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores.⁵²

Maria Berenice Dias pontua aspectos práticos sobre a nova lei e sua aplicação. Chama atenção que: a) a guarda compartilhada poderá ser decretada por consenso ou por determinação judicial, quando ambos forem aptos para exercer o poder familiar; b) poderá ser definida na separação, no divórcio, ação de dissolução de união estável e ação autônoma; c) a definição da guarda pode ser alterada; d) não há necessidade de estabelecer uma residência base, mas cabe ao juiz estabelecer atribuições de cada um e qual o exato período de convivência, principalmente nos casos de dissenso; e) o regime de compartilhamento não pressupõe que cessem os alimentos (será tratado em subcapítulo próprio); f) quando um dos pais se manifestar expressamente que não deseja a guarda, o juiz não pode impor o compartilhamento; g) como existe a possibilidade de guarda ser definida a outra pessoa que não seja nenhum dos dois genitores (como não é raro com avós), nada impede a regulamentação de guarda compartilhada entre um ou dois e os avós.⁵³

Também é relevante notar como o tema é tratado em outros países como, por exemplo, os Estados Unidos e Inglaterra. No nome do instituto já há importantes reflexões: acompanhando o termo *joint custody* (guarda compartilhada) há o *shared parenting* (divisão parental, que remete à igualdade parental)⁵⁴. A definição de *shared parenting* pela

⁵⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71.

⁵¹ GUAZZELI, M., 2015, p. 8.

⁵² LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiros, e pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

⁵³ DIAS, M. B., 2015, p. 527.

⁵⁴ ROSA, C. P., 2015, p. 68.

organização governamental inglesa *Families Need Fathers*⁵⁵ (Famílias Precisam dos Pais, com o *slogan* de "porque ambos os pais importam") é dada por meio de objetivos que ela deve ajudar a cumprir:

- 1) Que a criança sinta que há de fato dois pais envolvidos;
- 2) Que um pai não seja capaz de dominar a vida da criança ao custo do outro, ou controlar o outro pai por meio da criança;
- 3) Que os pais tenham iguais "autoridades morais" sob a ótica da criança e que essa criança tenha acesso livre aos dois pais se existir problemas os afetando;
- 4) Que a criança seja livre para compartilhar a vida com os dois pais, por inteiro (por exemplo, não passando só o tempo de rotina com um e o de lazer com outro);
- 5) Que os pais estejam em igual posição legal e moral, sendo considerados pela criança e por amigos, vizinhos, professores, autoridades públicas, sendo isso aplicado na rotina e também em assuntos mais importantes;
- 6) Que não haja parte da vida da criança que seja segregada, como a vida na escola ou ter amigos, por conta da disposição da divisão de tempo e horários da guarda ou pela lei aplicada no caso quando da separação/divórcio;
- 7) Que a criança não seja excluída de qualquer parte da vida dos pais só pela disposição da divisão de tempo da guarda;
- 8) Que a criança passe tanto tempo com os dois pais que seja capaz de negar qualquer tentativa de alienação parental;
- 9) Que a criança não desenvolva ideias estereotipadas de seus pais a partir de seus papéis só pela análise de seu sexo (por exemplo que o papel do pai é ser o chefe da casa um presenteador e que a mãe tem a responsabilidade por todo o resto).(tradução livre)⁵⁶

Assim, percebe-se que os objetivos elencados pela organização são plenamente passíveis de serem utilizados aqui como paradigma a ser alcançado, a partir da guarda compartilhada.

1.1.3 Cenário jurisprudencial da guarda até o advento da Lei n. 13.058/14

Como já mencionado ao longo desse capítulo, a guarda unilateral fora a protagonista das decisões judiciais durante muito tempo, ainda que previstas outras modalidades de guarda.

É importante reiterar que, apesar de a legislação já eleger a guarda compartilhada como regra, a existência de uma "brecha legislativa" (a expressão "sempre que possível" do antigo art. 1.583 do Código Civil, instituído pela Lei n. 11.698/2008) os juízes tendiam a excluir a possibilidade de instituir guarda compartilhada quando houvesse litígio entre os pais.

Isso acontecia mesmo com o Superior Tribunal de Justiça decidindo e explicando o contrário. Observa-se isso no Recurso Especial n. 1.428.596 , RS, de relatoria da Ministra

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.fnf.org.uk/>>. Site da organização. Acesso em 26 de agosto de 2015.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.fnf.org.uk/law-information-2/what-is-shared-parenting#faqnoanchor>>. Tradução livre dos objetivos expostos no site da organização Families Need Parents. Acesso em 28 de agosto de 2015.

Nancy Andrichi, 3ª turma, julgado em 25/06/2014, que tratava do tema antes do advento da Lei 13.058/2014:

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

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

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

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

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

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

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

7. Recurso especial provido.

[...]

Talvez tenhamos que começar a olhar com mais atenção para os países de sangue frio, nos quais a guarda compartilhada é imposta independentemente da resistência ou contrariedade da concordância do outro genitor, no comum das vezes representado pela mãe, que vê no pai inimigo e coloca toda sorte de obstáculos para o estabelecimento de uma custódia repartida da prole. A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda responsável em um direito fundamental dos filhos menores e incapazes, que não pode ficar ao livre, insano e injustificado arbítrio de pais disfuncionais. A súbita e indesejada perda do convívio com os filhos não pode depender exclusivamente da decisão ou do conforto psicológico do genitor guardião, deslembrado-se que qualquer modalidade de guarda tem como escopo o interesse dos filhos e não o conforto ou a satisfação de um dos pais que fica com este poderoso poder de veto.

[...]

Forte em tais razões, **DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão, considerar possível a implementação da guarda compartilhada, mesmo na ausência de consenso entre os pais.** (grifo nosso).⁵⁷

Há outro julgado da mesma relatora, de 2011 (Recurso Especial 1251000 MG, publicado em 31/08/2011), que foi o responsável por dar publicidade ao posicionamento do

Superior Tribunal de Justiça, pois até então não se tinha apreciado a temática nessa intensidade e com esses pormenores no referido Tribunal.

Como já explanado, ainda assim a jurisprudência resistia na aplicação do instituto. Analise-se exemplos:

1) TJ/SC, AGRAVO DE INSTRUMENTO, Nº 2012.090695-0, RELATOR DES. MONTEIRO ROCHA, julgado em 23/05/2013
DIREITO CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DEFERIMENTO PROVISÓRIO DA GUARDA E ALIMENTOS - INCONFORMISMO DO GENITOR - 1) PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS GENITORES - 2) REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE PROVA - DECISÃO MANTIDA - PROVIMENTO NEGADO. **1. Inexistindo entre os genitores o consenso necessário ao exercício conjunto da guarda do filho, inviável é o deferimento liminar de guarda compartilhada.** 2. Ausente a prova de impossibilidade financeira do agravante e presumida a necessidade da alimentada, resta inexitosa a redução alimentar. (grifo nosso)

2) TJ/RS, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70008775827, RELATOR DES. RUI PORTANOVA, julgado em 13/08/2004
AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores.
[...]
Contudo, a guarda compartilhada requer a concordância de ambos os pais. Havendo divergência ou belicosidade entre os pais, não cabe compartilhar a guarda da criança. (grifo nosso)

3) TJ/RJ, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007280-29.2010.8.19.0208, RELATORA DES. PATRICIA SERRA VIEIRA, julgado em 16/04/2014
APELAÇÃO CÍVEL. Ação de guarda e regulamentação de visita ajuizada pelo apelado contra a apelante. [...] **Correta a sentença de primeiro grau ao indeferir o pedido de fixação de guarda compartilhada, eis que inviável tal modalidade ante a grande animosidade ainda existente entre as partes.** [...]. Visitação fixada de forma gradual que atende ao melhor interesse da criança, que somente se beneficiará do maior convívio com o pai e sua família, valendo destacar que os estudos psicológicos apontam a necessidade de impedir-se a alienação parental intentada pela ré. [...] RECURSO DO AUTOR A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO tão somente para determinar o rateio das despesas processuais e compensação dos honorários advocatícios, NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. (grifo nosso)

Restava, portanto, ao instituto da guarda compartilhada, ser aplicada apenas quando os genitores assim decidissem ou não estivessem em litígio.

Quanto ao assunto é importante analisar os dados trazidos por ZAMARIOLA, CAMARGO e OLIVEIRA à Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Afirmam que com dados referentes ao ano de 2012, 87,10% das guardas eram concedidas

unilateralmente às mães e 5,38% aos pais. Desse modo, 92,48% eram referentes à guarda unilateral. Quanto à guarda compartilhada, restou o módico percentual de 5,95%.⁵⁸

Desse cenário hostil, principalmente ao gênero masculino, nasceu a necessidade da criação de mecanismo legal que pudesse salvaguardar a igualdade e ao mesmo tempo ser o instituto que verdadeiramente preocupe-se com o melhor interesse da criança. Afinal, é cediço que nas correntes psicológicas a guarda compartilhada é a melhor para a criança.⁵⁹

Destarte, criou-se o Projeto de Lei n. 117/2013, proposto pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que, mais tarde, originou na Lei n. 13.058/2014, objeto do presente trabalho.

1.2 Princípios constitucionais concretizados na Lei 13.058/14

Neste subcapítulo será desenvolvido o estudo sobre a Lei 13.058/14 sob a ótica de ser essa verdadeiramente a legislação que concretiza os princípios constitucionais da igualdade parental e do melhor interesse dos menores.

A noção de princípio nasce nas "verdades primeiras" da linguagem geométrica. Assim, são os enunciados genéricos que permitem a existência de uma base valorativa, revestida de grande relevância por marcar todo o sistema jurídico. FARIAS e ROSENVALD lecionam que "enquanto valores fundamentais do sistema, os princípios presidem a ordem jurídica, em toda a sua extensão e substancialidade, evidenciando a sua indubitosa importância teórica e prática".⁶⁰

Nesse ínterim afirma-se que o ordenamento jurídico deve seguir as ordens constitucionais. *In casu*, percebe-se fortemente que o processo legislativo da lei em estudo definitivamente reuniu princípios constitucionais para criá-la, concretizados nas regras por ela impostas. É nesse sentido que se afirma que a Constituição Cidadã é um marco histórico sem tamanho, já que é a partir dela que o estudo constitucionalizado das outras matérias passou efetivamente a ocorrer.

Inclusive, nos dias de hoje não se questiona a superior hierarquia da Constituição, a qual impõe obediência formal e material sobre todos os outros diplomas normativos. Não

⁵⁸ ZEMARIOLA, Aldrin Teubl Sancher; CAMARGO, Daniela Romano Tavares e OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. *Análise da Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada e as Repercussões nas Famílias Brasileiras: a Lei nº 13.058/2014*, Porto Alegre: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, 2015, p. 26, vol. 4, jan./fev..

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 25

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil - Famílias*, Salvador: JusPODIVM, 4ª ed., 2012, p. 78.

respeitada tal premissa, há a inconstitucionalidade e sua conseqüente retirada do sistema jurídico.

Entretanto, não se nega o desrespeito histórico dos operadores jurídicos à norma constitucional, fruto da neutralidade das antigas Constituições e do positivismo tão presente na seara jurídica brasileira. Assim, há a necessidade de munir a presente Carta Magna de concretude, impedindo que se torne inócua.⁶¹

BARROSO leciona que:

[...] a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssimos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade - ou não - de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. **A constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.** (grifo nosso)⁶²

Destarte, afirma-se que a atual Carta Magna desenvolveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, reunificando o sistema e passando a se preocupar com as necessidades humanas reais ao cuidar dos direitos individuais e sociais.

Ressalta-se, ainda, que não se confunde princípios gerais de direito com princípios constitucionais sob pena de reputar estes inferiores à legislação junto com outras fontes do direito quando da omissão (analogia e costumes, por exemplo) enquanto, na verdade, a norma constitucionalizada é vértice do sistema.⁶³

Nesse cenário, percebe-se a necessidade da compreensão constitucionalizada também do Direito das Famílias. Isso porque as linhas-mestras traçadas pelo sistema na Constituição Cidadã sobrelevam todos os ramos da ciência jurídica, inclusive o familiar.

FARIAS e ROSENVALD afirmam que os valores mais humanitários e sociais previstos na Norma Superior produzem a necessidade de revisitar e reler os princípios gerais do Direito Civil, a fim de evitar incompatibilidade no sistema jurídico.⁶⁴ PEREIRA leciona

⁶¹ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 76.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª ed., 2002.

⁶³ DIAS, M. B., 2015, p. 42.

⁶⁴ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 81.

que caso não haja esse cuidado não é possível aplicar-se um direito próximo do ideal de justiça.⁶⁵

FARIAS e ROSENVALD demonstram reflexão de problemática do direito familiar com as devidas considerações principiológicas:

Interessante exemplo pode ser cogitado. Seriam devidos alimentos nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (denominadas uniões homoafetivas), apesar de aparente restrição contida no art. 1.694 no Código Civil, que afirma serem devidos alimentos entre cônjuges (por conta do casamento), companheiros (em razão da união estável) e parentes? **Ora, apesar da aparente resposta negativa, decorrente de uma interpretação imóvel e letárgica da norma civil, é inexorável afirmar a existência da obrigação alimentícia também nas uniões homoafetivas. É que, a partir da legalidade constitucional, há de se reconhecer a pluralidade das entidades familiares, conferindo proteção jurídica a toda e qualquer forma de manifestação de afeto (caput do art. 226, CF). Além disso, é a própria Lei Maior que afirma a igualdade substancial entre toda e qualquer pessoa humana, além de preservar a sua dignidade e assegurar a busca da solidariedade social (CF, arts. 1º, 3º e 5º).** Diante disso, é fácil asseverar a existência de obrigação alimentar também nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, respeitando a cidadania alvitrada constitucionalmente, a partir da verdadeira latitude da norma civil (CC, art. 1694), compreendida à luz da legalidade constitucional. Enfim, é o Direito das Famílias que tem de ser compreendido pela norma constitucional, e não o inverso. Bem captando essa tendência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo por ocasião do julgamento da ADIn 4277/DF, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, colocando pá de cal sobre eventuais discussões. (grifo nosso)⁶⁶

Ainda assim, alguns dos princípios previstos na Constituição de 1988 não foram totalmente realizados na prática social e jurídica pelo Direito das Famílias. Alguns só serão verdadeiramente considerados com o advento da Lei 13.058/14 e sua efetiva aplicação; são eles: princípio da proteção integral, do melhor interesse da criança e da igualdade entre genitores. É sobre essa matéria que o presente subcapítulo se debruça.

1.2.1 Igualdade entre genitores

LÔBO afirma que nenhum princípio promoveu tanta mudança no Direito das Famílias quanto o da igualdade dos sexos.⁶⁷ Todos os fundamentos que estavam assentados no papel submisso da mulher tiveram que ser repensados.

A Constituição Federal de 1988 foi tão enfática que prescreveu a igualdade dos sexos em mais de uma ocasião. No *caput* do art. 5º proclamou que "*todos são iguais perante a*

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2006, p. 36.

⁶⁶ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 81-82.

⁶⁷ LÔBO, P., 2011. p. 65.

lei"; no inciso I do mesmo artigo foi mais específico e afirmou que "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*" e ao tratar da proteção jurídica da família, no art. 226, deliberou que "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*". Assim, consagrou-se a igualdade substancial excluindo qualquer tipo de discriminação sexual.⁶⁸

FARIAS E ROSENVALD chamam a atenção para o fato de que a Norma Superior não igualou física ou psicologicamente os homens e as mulheres; apenas proibiu o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação, possibilitando tratamento desigual para situações em que homens e mulheres estão em diferentes patamares.

BARBOSA explicitou a situação magistralmente:

Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar, tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocío na relva dos prados.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. **Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.** Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

[...]

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho. (grifo nosso)⁶⁹

O tratamento desigual, então, deve ser exercido de acordo com a situação fática. Por exemplo, o inciso I do art. 100 do Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu foro privilegiado para a mulher em ações de divórcio e anulação de casamento, desconsiderando a regra geral. Sobre o assunto FARIAS e RESENVALD lecionam:

Se considerarmos que, outrora, em tempos passados e pouco saudosos, a mulher não exercia atividade remunerada, ocupando-se dos afazeres domésticos e da criação dos filhos, certamente a conclusão será pela compatibilidade da regra do foro privilegiado com a isonomia. **Todavia, mirando a mulher dos tempos atuais que exerce atividades profissionais em igualdade de condições com homem, a solução é outra, já não mais se justificando o privilégio de foro, na medida em**

⁶⁸ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 118.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Discurso de Rui Barbosa enquanto paraninfo em 1920 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Acesso em 1 de outubro de 2015.

que cessou a situação fática subjacente de desigualdade. Trata-se, pois, de uma interpretação do dispositivo legal conforme a igualdade. (grifo nosso)⁷⁰

Tanto é assim que no CPC de 2015, já aprovado, aguardando apenas para entrar em vigor, a regra foi modificada, passando a ser redigida da seguinte forma:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

- a) de domicílio do guardião de filho incapaz;
- b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;
- c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;

Nesse caso, andou bem o legislador ao se preocupar com o homem e a mulher igualmente, uma vez que nesse quesito a igualdade fática já foi assegurada.

Ressalta-se, entretanto, que não é assim em todas as situações. Se uma mulher exerceu o papel clássico patriarcal, tendo se dedicado exclusivamente para a casa e o cuidado da prole e não exercendo trabalho remunerado, é ululante a necessidade da fixação de alimentos após a ruptura do casamento, sob risco de quebra da igualdade jurídica substancial. Já é diferente o caso de mulher que optou por caminho diferente e labora remuneradamente - além de não precisar, não quer ser sustentada pelo ex-cônjuge.⁷¹

Assim se pronunciou o Tribunal gaúcho:

TJ/RS, APELAÇÃO CÍVEL, Nº 596038307, RELATOR DES. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, julgado em 02/05/1996

Alimentos. Igualdade dos cônjuges. Hipótese em que a mulher não pode ficar totalmente sem alimentos, pois que os princípios grandiosos da igualdade jurídica entre os cônjuges e entre homem e mulher não podem se transformar, em casos concretos, em fatos de destruição da mulher. O tema da igualdade não pode ser tratado apenas no plano genérico e abstrato.

Existem, ainda, os casos de fixação de alimentos "transitórios" (compensatórios) para equivaler o estilo de vida dos cônjuges antes do divórcio e até o fim da partilha, não servindo para garantir subsistência (1) e outros em que os alimentos são definidos por quantidade determinada de tempo, apenas para dar oportunidade de a mulher, e em raríssimos casos o homem, se restabelecer e se inserir no mercado de trabalho (2). Observe-se:

1) TJ/SC, APELAÇÃO CÍVEL, Nº 2014.042711-3, RELATOR DES. GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA, julgado em 27/08/2015

⁷⁰ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 120.

⁷¹ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 123.

ALIMENTOS "TRANSITÓRIOS". PROCEDÊNCIA. APELO DO ALIMENTANTE.

[...]

ALIMENTOS DENOMINADOS TRANSITÓRIOS QUE NA VERDADE CONSTITUEM ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E QUE SÃO DEVIDOS À AUTORA.

Os alimentos compensatórios visam, como o próprio nome indica, a compensação do cônjuge meeiro que não detém a administração do patrimônio comum e não auferem os respectivos frutos, até que ultimada a partilha de bens.

QUANTUM FIXADO QUE SE MOSTRA APROPRIADO PARA ATENUAR A DISCREPÂNCIA DO PADRÃO DE VIDA DESFRUTADO PELAS PARTES, UMA VEZ QUE O PENSIONAMENTO EM TELA NÃO SE DESTINA À MANUTENÇÃO DA SUBSISTÊNCIA DA APELADA.

O valor do pensionamento, em caso de alimentos compensatórios, deve ser suficiente para equilibrar ou ao menos atenuar a discrepância financeira havida entre o cônjuge prejudicado durante a tramitação da ação em que é feita a partilha de bens, mediante obrigação a ser prestada por aquele que permanece na administração do patrimônio comum, com benefício exclusivo dos frutos. **Não se presta o instituto, pois, a suprir as necessidades de subsistência do alimentando.** APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (grifo nosso)

2) TJ/SC, APELAÇÃO CÍVEL, Nº 2015.015000-2, RELATOR DES. MARCUS TULLIO SARTORATO, julgado em 22/09/2015

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS C/C ALIMENTOS PROVISIONAIS E ARROLAMENTO DE BENS. INTERLOCUTÓRIO QUE DEFERIU A LIMINAR DE ALIMENTOS EM FAVOR DAS DUAS FILHAS MENORES, E INDEFERIU EM RELAÇÃO À EX-ESPOSA SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO DEMONSTROU SUA INCAPACIDADE. IRRESIGNAÇÃO NESTE PONTO. **SUBSISTÊNCIA. AGRAVANTE QUE, APESAR DE POSSUIR FORMAÇÃO COMO PEDAGOGA, ESTAVA DEDICANDO-SE EXCLUSIVAMENTE AO LAR NOS ÚLTIMOS ANOS. AGRAVADO QUE POSSUI EXCELENTE PADRÃO DE VIDA E, DURANTE ESTE PERÍODO, FOI O ÚNICO PROVEDOR DA CASA. NECESSIDADE EVIDENCIADA. PENSIONAMENTO DEVIDO DURANTE O PERÍODO DE UM ANO A FIM DE POSSIBILITAR A REINserÇÃO DA AGRAVANTE NO MERCADO DE TRABALHO. PRAZO DETERMINADO EM RAZÃO DE SER A AGRAVANTE JOVEM (39 ANOS), SAUDÁVEL E APTA AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL.** TERMO INICIAL A CONTAR DA DATA DESTA JULGAMENTO. QUANTUM FIXADO EM QUATRO SALÁRIOS MÍNIMOS TENDO EM VISTA A CAPACIDADE ECONÔMICA DO AGRAVADO. POSSIBILIDADE COMPROVADA (ART. 1.694 DO CC). FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA VERIFICADOS NA HIPÓTESE. ARROLAMENTO DE BENS. LIMINAR INDEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE O RÉU ESTEJA COM INTENÇÃO DE DILAPIDAR O PATRIMÔNIO COMUM. AGRAVANTE QUE DEMONSTROU CIÊNCIA DOS BENS DO CASAL ACOSTANDO AOS AUTOS CÓPIA DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA. DESNECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA CONCESSÃO. DECISÃO MANTIDA NESTE PONTO. INTERLOCUTÓRIO REFORMADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "A liminar em medida cautelar deve ser deferida quando comprovados os requisitos legais: fumus boni juris e periculum in mora. Inexistente um deles, negada deve ser a liminar". (AI n. 2003.022636-2, da Capital, Des. Mazoni Ferreira). (grifo nosso).

Destarte, percebe-se que não fica apenas o legislador compulsoriamente vinculado à igualdade, mas também o intérprete. DIAS leciona que assim como a lei não pode ser

preconceituosa gerando normas que estabeleçam privilégios sem razão, menos direito para isso tem o juiz.⁷²

Mas a esse cenário de discussão da igualdade entre os sexos LÔBO insere importante questão: "Por que será que o juiz brasileiro, na quase totalidade dos casos de separação de casais, prefere a mãe ao pai para guardião dos filhos?".⁷³ Como já mencionado no capítulo anterior, em 2012 constatou-se que 87,10% das guardas eram concedidas unilateralmente às mães.

É claro: como já mencionado, a sociedade tende a atribuir à mulher papel de dona de casa e responsável por "cuidar da família" e ao homem o de provedor, por juízo de valor negativo da mulher. É discriminação, muito menos visível nos dias de hoje - mas ainda existente.⁷⁴

E essa discriminação é uma das poucas, se não a única, situação em que a mulher poderia levar vantagem, sendo uma das raras vezes em que o preconceito que impõe papéis e gera estereótipos poderia jogar a favor da mulher. Ao vivenciar caso de divórcio a mulher era imediatamente beneficiada com a presunção de ser necessariamente a melhor para exercer a guarda; e nesses casos, havendo dissenso, a guarda compartilhada não era aplicada, restando para o pai ficar com o papel de mero visitante. Para conseguir a guarda em uma disputa com a mãe precisava desconstruí-la, desrespeitando por completo o princípio da igualdade entre os sexos.

Um grande exemplo, ainda que ficcional, é do clássico filme *Kramer vs. Kramer*⁷⁵, onde a mãe abandonou a família. Após terem o pai e filho se acostumado com a situação e se ajustado à nova vida, ela achou por bem voltar e requerer a guarda do filho. E mesmo demonstrando instabilidade e com o filho, Billy, não querendo deixar seu amado pai, a guarda unilateral foi deferida à ela.

E é assim que a Lei n. 13.058/14, nomeada por Maria Berenice Dias de "a Lei da Igualdade Parental"⁷⁶ abarcou o princípio constitucional da igualdade, determinando a guarda compartilhada como regra.

⁷² DIAS, M. B., 2015, p. 48.

⁷³ LÔBO, P., 2011, p. 69.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 69.

⁷⁵ *Kramer vs. Kramer*, 1979, dirigido por Robert Benton, protagonizado por Dustin Hoffman e Meryl Streep; Informações técnicas disponíveis em: <<http://www.imdb.com/title/tt0079417/>>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

⁷⁶ DIAS, M. B., 2015, p. 521.

1.2.2 Melhor interesse da criança e adolescente

O presente princípio quando foi incorporado à legislação brasileira trouxe grandes mudanças. DINIZ afirma que é "a diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita etc."⁷⁷

É isso e muito mais.

LÔBO leciona que o princípio foi protagonista de verdadeira inversão de prioridades nas relações entre pais e filhos: "o pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho".⁷⁸ Antes da aplicação compulsória desse princípio, o interesse do filho era secundário ou irrelevante e hoje as decisões devem, necessariamente, ser tomadas considerando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nas lições de PEREIRA, observa-se que a origem desse princípio está na jurisprudência norte-americana, no caso *Commonwealth x Addicks*.⁷⁹ Avram Rosen explica que:

"O melhor interesse da criança" tem sido o princípio norteador na Pensilvânia em questões de guarda desde 1812. Antes disso, a regra é que as crianças eram propriedades de seu pai. Isso porque, mães são pessoas "por inteiro" na visão da lei. O pêndulo estava emperrado em favor dos pais.

Mas no caso *Commonwealth x Addicks*, a Corte Suprema da Pensilvânia proveu a guarda de duas meninas para a mãe (adúltera) no entendimento de que isso é que era melhor para as filhas, dadas suas idades. Interessantemente, a mesma Corte Suprema⁸⁰ transferiu depois a custódia das meninas de volta para o pai tão logo as meninas tinham idade suficiente para entender o adultério de sua mãe. De novo, o melhor interesse das meninas foi a chave.

O melhor interesse da criança assim foi evoluindo, sendo codificado em 1895. (tradução livre)

POCAR e RONFANI fazem metáfora bastante interessante: se antes as decisões dos litígios familiares eram pautadas na construção da ordem parental enquanto uma pirâmide, hoje é um círculo, no qual no centro estão os filhos e no perímetro as recíprocas relações com seus genitores, girando em torno do centro.⁸¹

Assim, tal princípio é conclusão dos direitos da criança e do adolescente com a doutrina dos direitos humanos em geral. E sendo princípio não propaga a supremacia de um

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 23ª ed., 2008, p. 23.

⁷⁸ LÔBO, P., 2011, p. 75.

⁷⁹ PEREIRA, Tânia da Silva, *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.avramrosen.com/Pennsylvania-Family-Law-Blog/2011/May/A-brief-history-of-best-interests-.aspx>>. Acesso em 08 de outubro de 2015.

⁸¹ POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 2001, p. 207.

sobre os outros, sendo a colisão deste com outros princípios resolvido pelo sopesamento no caso concreto.

No Brasil, tal princípio está previsto na Constituição Federal, art. 227:

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

Também não poderia ser diferente: a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que tem *status* de lei desde 1990, estabeleceu no artigo 3, tópico 1, que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".

Nesse cenário, LÔBO leciona que esse "princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado".⁸²

Ressalta-se que ele é amplamente reconhecido no sistema jurídico brasileiro sendo utilizado diariamente nas decisões. Exemplifica-se com pesquisa no sistema de busca de jurisprudência do Tribunal catarinense pelo termo "melhor interesse da criança", que produz 638 resultados aplicando tal princípio. Ainda, com decisão recentíssima do Supremo Tribunal de Justiça:

STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, Nº 2014/0208511-2, RELATOR MINISTRO RAUL ARAÚJO, julgado em 16/06/2015 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **RESTABELECIMENTO DE VISITAS. MUDANÇA DE DOMICÍLIO DA CRIANÇA. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DA AÇÃO NO JUÍZO ORIGINAL. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AO ART. 475-P DO CPC. DISPOSITIVO NÃO PREQUESTIONADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.** 1. Na hipótese dos autos, a Corte de origem entendeu que "o julgamento do pedido de restabelecimento de visitas pelo mesmo magistrado que acompanha o núcleo familiar desde o início da ação de reconhecimento e dissolução da união estável é preferível, tendo em vista o contato com as partes e as provas desde então produzidas, além da celeridade com que ele pode decidir, em detrimento de outro julgado que tomará contato com os autos já em fase adiantada de execução". (grifo nosso)

⁸² LÔBO, P., 2011, p. 69.

Outro caso claro da superação de paradigmas que a utilização do princípio pode promover é observado no caso citado por TARTUCE, em que uma nulidade foi relevada face o interesse da criança⁸³:

STJ, REsp 847.597/SC, RELATOR MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, julgado em 06/03/2008
 Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Adoção. Intimação do Ministério Público para audiência. Art. 166 da Lei 8.069/1990. Fim social da lei. Interesse do menor preservado. Direito ao convívio familiar. Ausência de prejuízo. Nulidade inexistente. **Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se – a teor do acórdão recorrido – o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido.** O art. 166 da Lei 8.069/1990 deve ser interpretado à luz do art. 6.º da mesma lei. (grifo nosso)

Entretanto, VIEIRA e VERONESE afirmam que existem diversas decisões que aplicam o princípio sem qualquer outra deliberação ou argumento que embase e demonstre que o princípio esteja, de fato, sendo observado. Resulta, destarte, em alguns casos, na fragilização e desvalorização jurídico-normativa do princípio.⁸⁴

Assim, percebe-se que não há critério objetivo e de fácil observação para aplicação do princípio. Exemplo é o já clássico caso Sean Goldman: ele foi fruto de relação de uma brasileira (Bruna) e um norte-americano (David) e moraram quatro anos nos Estados Unidos. A mãe de Sean tirou férias para passar com ele duas semanas no Brasil. Chegando aqui ela promoveu ação de divórcio e não retornou aos EUA, mantendo o filho consigo. Após quase cinco anos, quando Sean e ela haviam se inserido em nova realidade de vida, formando inclusive nova família, em novo casamento, Bruna morreu após o parto da segunda filha. Foi nesse cenário que a lide judicial entre o pai biológico e o pai afetivo pela guarda de Sean se iniciou. A justiça brasileira concedeu a guarda para o padrasto, e David recorreu. Em dezembro de 2009 foi prolatada a decisão de Gilmar Mendes que concedia a guarda para o pai biológico.⁸⁵

Sobre o caso o veículo de notícias G1 publicou:

O Supremo Tribunal Federal (STF) negou nesta quinta-feira (7) recursos apresentados pela avó materna do garoto Sean Goldman, Silvana Bianchi, que pediam que fosse considerada ilegal a decisão provisória do próprio tribunal que ordenou a entrega dele ao pai biológico, o americano David Goldman.

⁸³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: Direito de Família*, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 85 da versão digital.

⁸⁴ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral Vieira e VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças Encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 141.

⁸⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/02/stf-recusa-anular-decisao-que-ordenou-entrega-de-sean-ao-pai.html>> Acesso em 8 de outubro de 2015.

Por maioria, os magistrados concluíram que o habeas corpus não é um instrumento válido para discutir na Suprema Corte sobre a guarda de uma criança.

Em 2009, o então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, rejeitou durante o plantão judiciário habeas corpus ajuizado pela família brasileira do menino que solicitava a suspensão da entrega de Sean ao pai. Com a decisão, o menino embarcou com David, em 24 de dezembro de 2009, para os Estados Unidos e não retornou mais ao país.

Na ação judicial, **os advogados de Silvana Bianchi alegaram que o menino foi enviado aos EUA sem que a Justiça brasileira tivesse consultado se ele preferia permanecer no Brasil ou ir viver com David na América do Norte.** (grifo nosso)⁸⁶

A dúvida sobre a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no presente caso ultrapassa a decisão da guarda, pois, de fato, é bastante claro que as nuances da história de Sean promovem bastante dificuldade para o julgamento, não havendo como objetivamente afirmar se o princípio em análise foi ou não aplicado. Mas o que é categoricamente bastante questionável é ter se optado por não ouvir o infante. Afinal, como visto, ele é sujeito de direitos, não mais podendo ser tratado como objeto e embora seu relato e preferência não fossem suficientes para definir a guarda, dependendo de tantos outros fatores, sua opinião definitivamente tem valor.

Além de casos extraordinários como o de Sean, tal princípio pode não ser observado em ocasiões muito mais simples e comuns. Como por exemplo quando da concessão de guarda unilateral à mãe (que como já visto eram a grande maioria esmagadora dos casos, chegando perto da marca de 90% das decisões) e transformando os pais em meros visitantes, afastando do filho a presença do pai que é necessariamente figura de suma importância para o crescimento integral da criança.

Assim, esse é mais um dos vértices que a lei 13.058/14 vem corrigir, garantindo uma aplicação do presente princípio de forma muito mais eficaz e contundente.

1.2.3 Proteção integral

O presente princípio tudo tem a ver com o acima abordado. É que não tem como haver a proteção integral da criança e do adolescente sem a observância do melhor interesse desses sujeitos de direitos.

A proteção integral significa que a criança e o adolescente devem ter tratamento prioritário pelo Estado, pela sociedade e pela família. Essa preocupação abrange tanto o momento da elaboração das leis quanto o de aplicação dos direitos que lhes são garantidos (ou

⁸⁶ *Idem.*

deveriam ser). Basicamente, é reconhecê-los como pessoas dotadas de dignidade e que, por estarem em desenvolvimento, necessitam de mais cuidado. São observados, então, como sujeitos de direito e não como meros objetos de intervenção - como quando na legislação anterior eram tratados apenas como "menores".⁸⁷ É verdadeiro contraponto ao antigo sistema em que a criança ou adolescente só era percebida quando não estava integrada em uma família (a dita "situação irregular") e que, assim, tornava-se problema do Estado.

Ressalta-se que há duas conotações que derivam do mesmo princípio. Uma é a que trata especificamente do protecionismo direcionado às crianças e aos adolescentes com um viés do direito criminal, que procura afastar a penalização e legitimar a responsabilidade estatutária. A outra diz mais respeito à presente monografia e é dessa que será discorrida no presente subcapítulo - é a da visão da proteção integral diretamente relacionada com as decisões e institutos do direito das famílias.

A Doutrina da Proteção Integral passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro de forma bastante tardia. A professora VILAS-BÔAS afirma que em 1959 houve a Declaração dos Direitos das Crianças pela ONU, e que no cenário internacional isso significou a implementação e origem da doutrina supracitada.⁸⁸ Como, no Brasil, tal princípio foi introduzido só na Constituição Cidadã, no art. 227, são 29 anos de atraso.

Ainda que tarde, aconteceu. A doutrina foi primeiro consagrada na Constituição Federal, depois no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção sobre os Direitos da Criança. Como afirma LÔBO, "de objeto a sujeito chega-se à responsabilidade e aos deveres fundamentais".⁸⁹

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi importante marco, em 20 de novembro de 1989, toda construída nos alicerces de ser a família um instituto democrático que reconhece a necessidade de proteção às crianças e aos adolescentes. VIEIRA e VERONESE explicam que a Convenção sobre os Direitos da Criança foi integralmente ratificada pelo presidente Fernando Collor de Melo em 1990. Afirmam que por ter ocorrido antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 (que conferiu mecanismo para que tratados que versem de direitos humanos equivalham a emendas constitucionais, se aprovados em dois turnos, por três quintos em cada Casa do Congresso Nacional) há extenso debate sobre qual o *status* da Convenção no ordenamento jurídico pátrio. Lecionam que a tese por ora vencedora é

⁸⁷ DIAS, M. B., 2015, p. 50.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 9 de outubro de 2015.

⁸⁹ LÔBO, P., 2011, p. 52.

a do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal de Federal, que deu a interpretação de ser supralegal. Assim, existem dois textos regulando os direitos das crianças e adolescentes: um de caráter legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e outro de caráter supralegal, a Convenção sobre os Direitos da Criança.⁹⁰

E é importante ressaltar que a Convenção não foi a causa do interesse da sociedade e do governo para regulamentar os direitos das crianças. COSTA destaca que 1980 foi uma década marcada por diversos movimentos sociais que buscavam a construção e respeito desses direitos, citando: o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa dos Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudo ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasil de Proteção à Infância e à Adolescência e a Ordem dos Advogados do Brasil.⁹¹ É nesse cenário que o Estatuto nasceu, adotando a Doutrina da Proteção Integral ainda antes da ratificação da Convenção sobre o Direito das Crianças.

Quanto à implementação do princípio no Brasil, DIAS comenta que:

A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF 227 § 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação.[...] **A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. 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.** [...].

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no ECA (L 8. 069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioria de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais. (grifo nosso)⁹²

É nesse cenário que VIEIRA e VERONESE afirmam que existe determinação rigorosa da aplicação dos direitos da criança e do adolescente, advinda diretamente da Constituição, vinculando o Estado, a sociedade e a família. Reputam, ainda, que é no Estatuto

⁹⁰ VIEIRA, C. M. C. A. V. e VERONESE., J. R. P., 2015, p. 110.

⁹¹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 19.

⁹² DIAS, M. B., 2015, p. 50.

da Criança e do Adolescente que se encontra essa delimitação de direitos tão rígida, "operando com excelência a sua função de dar segurança jurídica aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes trazidos à Constituição Federal, por força do acolhimento da Doutrina da Proteção Integral".⁹³ A norma constitucional cogente que delimita a prioridade de tratamento desses sujeitos de direito é repetida no art. 4º do Estatuto:

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

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

Obviamente, não quis a lei ser exaustiva, pois não poderia prever todas as situações em que tais sujeitos precisarão de preferência e proteção. Apenas quis exemplificar qual seu intuito.

Da adoção da Doutrina da Proteção Integral e sua aplicação prática decorrem várias consequências. DIAS cita, entre elas: igualdade obrigatória entre os filhos, não cabendo mais a distinção entre filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos; pela convivência familiar, a tendência de procurar, dentro do possível, sempre deixar a criança na família natural; o reconhecimento que mesmo com a existência da tentativa de garantia da convivência familiar, existem casos em que não é a melhor opção para a criança, colocando-a em família substituta.⁹⁴

É no âmbito dessas consequências que se pode observar a aplicação prática do princípio em caso já paradigmático no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reverberou a decisão, sendo citado em quase todos os processo de destituição do poder familiar (1) e em outra decisão, do mesmo tribunal, que lida com questão bastante difícil e se utiliza do princípio em estudo para elucidar a questão (2):

1) TJSC, Apelação Cível, Nº 2007.051284-3, RELATOR DES. FERNANDO CARIONI, julgado em 18/12/2007
 APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - AUTORIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESATENDIMENTO AO ART. 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DA PROLE -

⁹³ VIEIRA, C. M. C. A. V. e VERONESE., J. R. P., 2015, p. 135.

⁹⁴ DIAS, M. B., 2015, p. 50.

DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR - SITUAÇÃO DE RISCO VERIFICADA - PROVA TESTEMUNHAL E ESTUDO SOCIAL POSITIVOS À DESTITUIÇÃO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRECEDENTE - ARCABOUÇO PROBATÓRIO CONVINCENTE - **PERDA DO PODER FAMILIAR - MEDIDA NECESSÁRIA - RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À INTEGRIDADE DA PESSOA HUMANA EM FORMAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.** [...] **A destituição do poder familiar, um dos primados básicos que embasam a teoria da proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, não se destina a penalizar o genitor negligente, mas, sim, salvaguardar os interesses da criança e do adolescente no que diz respeito ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, dignos de pessoa em formação.** (TJSC, Apelação Cível n. 2007.051284-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Fernando Carioni, j. 18-12-2007).

2) TJSC, Agravo de Instrumento, N. 2013.022625-7, RELATOR DES. RONEI DANIELLI, julgado dia 04/07/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE SUSPENDE O PODER FAMILIAR DA GENITORA, DETERMINANDO O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DO MENOR. INSURGÊNCIA DA MÃE. ARGUMENTO DE ENFERMIDADE MENTAL - TRANSTORNO BIPOLAR, RESPONSÁVEL PELAS ENTREGAS ESPONTÂNEAS ANTERIORES AO CONSELHO TUTELAR. SINAIS DE REMORSO E DESEJO DE MANTER O FILHO CONSIGO. HISTÓRICO MARCADO POR ENTREGAS VOLUNTÁRIAS E ARREPENDIMENTOS. PRIORIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO MENOR A INDICAR O ACERTO DA INTERLOCUTÓRIA ATACADA. CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO PSICOLÓGICO, CONSTITUINDO O CONTEXTO DE DIVERSOS ACOLHIMENTOS, ATÉ ENTÃO POR INICIATIVA DA AGRAVANTE, MEIO DE CHANTAGEM EMOCIONAL PARA COM O PRÓPRIO FILHO. **INFANTE, DE APENAS QUATRO ANOS, QUE JÁ APRESENTA CONSEQUÊNCIAS COMPORTAMENTAIS DAS REITERADAS REJEIÇÕES MATEERNAS. ELEMENTOS SUFICIENTES A CORROBORAR A MEDIDA PROTETIVA, COMO FORMA DE ASSEGURAR A DIGNIDADE DA CRIANÇA, BEM COMO SUA SEGURANÇA FÍSICA E MENTAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** **A doutrina da proteção integral leva em conta que, por se tratar de ser humano ainda em processo de formação, deve a criança ser amparada, orientada, cuidada, guiada e preservada com absoluta prioridade, respeitando-se, ao máximo, sua especial dignidade e sua peculiar fase de desenvolvimento, com o primordial objetivo de permitir "o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, conforme a feliz redação do art. 3º da Lei 8069/90 - O Estatuto da Criança e do Adolescente"** (GAMA, Guilherme Calmon. Princípios Constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2008, pp.80-81).

As decisões têm mais do que a conclusão pela destituição do poder familiar em comum. Ambas se utilizaram de forma magistral do princípio da proteção integral, demonstrando como efetivamente devem ser observadas as necessidades das crianças e adolescentes, respeitando-os e colocando-os em posição de prioridade.

E é assim que se acredita que o direito deve evoluir. Destarte, como explicado no subcapítulo anterior, sob a ótica de que o princípio do melhor interesse não era observado quando a maior parte do judiciário, por completa omissão, escolhia a guarda unilateral na maioria esmagadora dos casos, indiscriminadamente; não acontece diferente quando se analisa a Doutrina da Proteção Integral.

Não há como imaginar que estaria sendo cumprido tal princípio enquanto se está afastando, sem motivo aparente, o pai, e em raros casos a mãe, por completo, tornando-os meros visitantes. Sobre o tema, GUAZELLI afirma:

Dessa feita, a lei que determina ser a regra a adoção da guarda compartilhada em vez da guarda unilateral vem ao encontro dos princípios constitucionais e, especialmente, pelo menos em tese, **tende a assegurar uma melhor proteção aos filhos menores**, porque possibilita a participação ativa de ambos os genitores na sua formação e, por outro lado, atende à igualdade de gêneros e à igualdade entre os pais.⁹⁵ (grifo nosso)

É nesse contexto que diz-se ser a Lei 13.058/14 verdadeira asseguradora dos três princípios acima comentados.

⁹⁵ GUAZELLI, M. 2015, p. 9.

2 REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA GUARDA COMPARTILHADA

O presente capítulo pretende observar quais as principais reflexões da guarda compartilhada, principalmente após o advento da Lei 13.058/2014 e sob a ótica da igualdade parental.

2.1 Examinando a igualdade parental e o benefício à prole na perspectiva da nova lei

Como visto, o melhor interesse da criança e a proteção integral são para garantir direitos aos filhos e não aos genitores. Embora a lei 13.048/14 seja uma grande conquista para os pais (do gênero masculino) - e algumas mães -, uma vez que para eles representa a segurança jurídica de que terão efetivo contato com o filho, por diversas vezes já foi pincelado nessa monografia que a guarda compartilhada é, em tese, a melhor escolha principalmente para os filhos. O presente subcapítulo pretende se aprofundar no porquê disso, debruçando-se sobre a presente lei.

A referida legislação veio em um contexto bastante peculiar: ela foi aprovada dia 22 de dezembro de 2014 e entrou em vigor no mesmo dia. Como já visto, veio corrigir a Lei n. 11.698/08, que por uma expressão mal interpretada teve seu foco desvirtuado; não se observavam as regras básicas de hermenêutica, em que as exceções devem ser interpretadas restritivamente e não de forma extensiva.⁹⁶

É importante salientar que a lei em estudo não modificou as definições de guarda compartilhada e unilateral, apenas alterou a regra. Assim, o dispositivo com nova redação que mais apresenta consequências é o art. 1.584, §2º:

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. (grifo nosso).

A presente redação apresenta tantos avanços que foi apelidada por DIAS como a Lei da Igualdade Parental.⁹⁷ Ela afirma que pelo fato de o legislador acreditar que a convivência com os dois pais é muito mais saudável que apenas um visitante na vida da criança, foi escolhida como a modalidade regra.⁹⁸ Isso se dá justamente porque o

⁹⁶ ZAMARIOLA, T. S. Z., CAMARGO, D. R. T. e OLIVEIRA, G. V. V. de, 2015, p.31.

⁹⁷ DIAS, M. B., 2015, p. 528.

⁹⁸ *Idem*.

"compartilhamento deixou de depender da relação harmônica dos pais. As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda.".⁹⁹

A própria existência do instituto da guarda compartilhada é fundada na garantia de direitos principalmente às crianças, mas também aos pais que ficavam como meros visitantes. Assim explica ROSA:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciososa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o filho), e de garantir o melhor interesse do filho, especialmente as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, quer do ponto de vista jurídico, quer do psicológico, enfatizam essas duas considerações. De um lado, revalorizam o papel da paternidade; por outro, trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o infante ou adolescente, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino. (grifo nosso)¹⁰⁰

De início, esclareça-se algo: quanto à legislação hoje vigente, é importante ressaltar que claramente não foi o intuito do legislador de regulamentar a guarda alternada e muito menos a definir como regra. Alguns doutrinadores, como Pablo Stolze, que em seu livro de 2015, reputavam que o instituto regulado e tornado regra era o da guarda alternada. Embora ele ainda tratasse da lei enquanto projeto de lei (mesmo que já aprovada e em vigor em dezembro de 2014), e como o projeto foi aprovado sem alterações, suas considerações podem ser analisadas como constatações da lei propriamente dita. Ele afirma que:

Não poderíamos, todavia, deixar de tecer, de já, algumas considerações sobre ele [o projeto], especialmente porque o seu teor nos causou profunda preocupação.

Não temos dúvida de que a guarda compartilhada é o melhor modelo de custódia filial, na perspectiva do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

O que não concebemos é este Projeto obrigar o juiz a impor este modelo de guarda conjunta, em caso de ausência de acordo.

Note-se que, conforme o §2º do art. 1.587 do Código Civil, na redação dada pela Lei n. 11.698/2008, o juiz poderia determinar o compartilhamento "em sendo possível", o que na prática, não havendo consenso, afigura-se difícilíssimo.

O que o Projeto pretende, todavia, é obrigar o compartilhamento da guarda, caso não houvesse acordo e se um dos pais não renunciasse à guarda do menor.

Como sabemos, na guarda compartilhada, o casal, conjuntamente, decide e conduz o dia a dia dos filhos, em todos os seus aspectos.

Ora, há casais que, infelizmente, dividem apenas ódio e ressentimento não partilhando uma única palavra entre si. Como, então, nestas situações compartilhar a guarda de uma criança?

O resultado disso poderá sério agravamento do dano psicológico - existencial - experimentado pelo menor, que já sofre pela desconstrução do seu núcleo familiar.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ ROSA, C. P., 2015, p. 73

Por isso, invocando os princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana, temos que uma interpretação conforme a Constituição conduz-nos à firme conclusão de que o juiz não está adstrito à imposição do compartilhamento, quando verificar provável dano à existencial da criança ou do adolescente.

Raciocínio contrário, aliás, resultaria, arriscamos dizer, em uma excessiva "judicialização" de questões mínimas, na medida em que, pela manifesta ausência de diálogo, o casal, submetido a um modelo obrigatório de guarda conjunta com potencial dano ao próprio filho, submeteria ao juiz a decisão da cor do sapato da criança.

Ademais, a leitura da justificativa do Projeto sugere que, em verdade, o legislador, posto estivesse cuidando da guarda compartilhada, **pretendeu tratar de "guarda alternada"** modelo diverso de custódia, em que os pais revezem períodos exclusivos em companhia do menor.¹⁰¹ (grifo nosso)

DIAS contrapõe a conclusão acima, afirmando que não houve consagração da guarda alternada pela nova lei. Como já visto, a alternância de guarda é modalidade bastante distinta da guarda compartilhada.¹⁰² Aliás, a grande diferença, como já visto, é que esta se preocupa principalmente com o melhor interesse da criança, enquanto aquela é fruto de egoísmo sendo apenas melhor para os genitores.¹⁰³

Mas ainda assim, as questões levantadas por Stolze são úteis para reflexão. Grande parte da sua crítica reside no fato de que quando dois pais se divorciam "dividem apenas ódio". Mas não é verdade, eles dividem muito mais: têm um filho em comum. É assim que nasce a necessidade de maturidade para entender que agora que terão a guarda compartilhada, para o filho viver bem é preciso que superem seu ódio, pelo menos em respeito ao filho. GUAZELLI, nessa linha de pensamento, declara que a partir da nova lei é necessário que os pais aprendam a superar as divergências em benefício da prole; afirma, ainda, que nem toda discussão e discordância é maléfica. Além de não serem motivo suficiente para afastar o instituto da guarda compartilhada, podem ter um caráter positivo quanto à construção do filho - pois a vida é assim: cheia de percalços. Alerta que sempre que não houver como superar discordância em alguma questão, o judiciário estará pronto para dirimir.¹⁰⁴ AMARAL é enfático:

De fato, entre os casais não separados, se ambos participaram ativamente da criação dos filhos, como é caso na maioria das famílias contemporâneas, é normal que haja divergências eventuais. A própria vida e as relações em geral apresentam pluralidade de influências e visões, dissensos e desentendimentos, a criança vai conviver com isso a vida toda.¹⁰⁵

¹⁰¹ GAGLIANO, P. S., 2015, p. 614/615.

¹⁰² DIAS, M. B., 2015, p. 528.

¹⁰³ ROSA, C. P., 2015, p. 59.

¹⁰⁴ GUAZELLI, M. 2015, p. 13.

¹⁰⁵ AMARAL, Paulo André. *Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil - uma análise das interpretações da lei*, Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões, 2012, n. 32, p. 47.

E é nesse contexto que uma das preocupações de Stolze poderia fazer sentido: a da banalização da judicialização. E, de fato, poderia ocorrer. O trabalhoso será achar um meio termo, e não se nega isso. Mas, é de suma importância que o judiciário, nessa fase de transição, suporte a questão, uma vez que a guarda compartilhada pode ser a resposta para o melhor interesse da criança. Isso porque, como afirma GUAZELLI, "sabidamente, o universo da criança e seu desenvolvimento serão mais ricos se ela tiver oportunidade de conviver e vivenciar a dupla parentalidade".¹⁰⁶

Mas é importante salientar a grande vitória que a presente lei representa para os pais. AMARAL é da opinião de que a Lei n. 11.698/08 já possuía o condão para aplicar a guarda compartilhada como regra. Sobre o assunto, declarou:

Antes dessa mudança na legislação, em caso de separação dos pais, os filhos deveriam ficar sob a custódia daquele que tivesse “melhores condições” de exercê-la, dando margem ao surgimento de uma doutrina e a interpretações sobre o que seriam essas “melhores condições”. **Entretanto, as varas de família, por meio de suas decisões, estabeleceram na prática a interpretação que, caso pai e mãe sejam ambos “cidadãos de bem”, sem nada grave a desabonar sua conduta, a mãe é quem detém as tais “melhores condições”.**

[...]

Essa situação socialmente produzida chegou a gerar um mito de que as mães fossem naturalmente mais aptas a criarem os filhos.

[...]

De qualquer forma, ainda que as mães tivessem alguma aptidão substancialmente superior aos pais para cuidar dos filhos, o que não tem base científica, isso não justificaria restringir o convívio entre pais e filhos, isso pode apenas atender aos interesses de mães motivadas por ressentimentos contra os pais, não aos interesses dos filhos.

A humanidade em geral e a sociedade brasileira em particular caminham para um novo tempo de igualdade entre homens e mulheres em todos os campos da vida social, porque somente nos papéis parentais dos casais separados, definidos muitas vezes sob a tutela da Justiça, a desigualdade deve permanecer?

[...]. **Atualmente 50% da população economicamente ativa do Brasil são mulheres, isto quer dizer que a quantidade de mulheres que trabalham fora é igual à de homens, demandando a divisão entre mãe e pai das tarefas atinentes à criação dos filhos na maioria das famílias.**

[...]

Conviver com os filhos apenas em fins de semana alternados, às vezes acrescido de mais um dia durante a semana, é muito pouco para uma convivência saudável, de qualidade, entre uma criança e qualquer dos seus genitores.

Os juízes, ao assegurarem um “direito de visitas”, produzem também uma “proibição de convívio” em todo o tempo fora daquele horário fixado para as visitas. Nas famílias com divisão tradicional de papéis, que hoje são minoria, ou para os pais ou mães que já eram ausentes ou pouco participativos, essa proibição geralmente não causa grande sofrimento. Dificilmente enveredam por uma sofrida e onerosa disputa de guarda na Justiça. (grifo nosso)¹⁰⁷

¹⁰⁶ GUAZELLI, M. 2015, p. 13.

¹⁰⁷ AMARAL, P. A., 2012, p. 43.

Embora a Lei n. 11.698/2008, que regulou a guarda compartilhada no nosso ordenamento, tenha tido claramente o intuito de a definir como regra como já visto¹⁰⁸, não foi o que aconteceu.¹⁰⁹ Mas a Lei n. 13.058/14 o fez, e é por isso que é uma ode à igualdade de gêneros, fazendo com que esses pais que tinham o interesse de ter os filhos presentes em suas vidas não observados possam respirar tranquilos. Até porque, como afirma GIMENEZ, "exerce visita pessoa conhecida, amiga ou parente distante e não o pai ou a mãe que, pelo estreito parentesco, detém o direito à convivência com seus descendentes."¹¹⁰

E a *contratio sensu* do que Stolze afirmou, não é tão simples deixar de observar a nova regra. JUNIOR e NERY comentam magistralmente sobre o assunto, afirmando que o juiz está obrigado a aplicar a lei ao caso concreto, não podendo fazer as vezes de legislador, afirmando que o *judge made law* (em tradução literal, "o juiz fez a lei") não pode ser aplicado no nosso ordenamento jurídico, sendo completamente incompatível.¹¹¹ Ainda, sobre o assunto, "O juiz deve aplicar a lei e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça" (RTJ 103/1262).¹¹² Neste tópico, o professor BERMUDES comenta:

A criação da lei não é função do juiz, preso ao "dever formal de obrar, que está à base da sua função específica", como ensina Pontes de Miranda, o maior jurista do Brasil, acentuando, em comentário ao citado artigo 126, que "o juiz é o funcionário que não tem o direito de duvidar ou de, ainda diante da mais monstruosa incorreção do texto legal, escusar-se de despachar ou sentenciar no processo". Eis por que, atuando fora da lei ou contra ela, para cortejar a opinião pública, o juiz a desobedece, fazendo ilícita a função jurisdicional. **Não se concebe possa ele, no estado democrático, desobedecer à lei, regularmente elaborada segundo as regras de criação da norma,** para sobrepor-lhe a opinião da rua. A compreensão disto dará razão à máxima romana: "Somos servos da lei para que possamos ser livres".¹¹³ (grifo nosso)

Ou seja, caso se conclua pela inconstitucionalidade da lei, por ferir princípios expressamente lá previstos, deveria passar a lei por um processo que a efetivamente reconhecesse inconstitucional. Em próprio artigo no *site* do Planalto, explica-se que a constitucionalidade é a verificação entre dois termos: a lei (ou omissão dela) e a Constituição.

¹⁰⁸ Art. 1.584, §2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Já revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

¹⁰⁹ GUAZELLI, M. 2015, p. 6.

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/995/A+guarda+compartilhada+e+a+igualdade+parental>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

¹¹¹ JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, ed. 13, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 471.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-25/juiz-nao-desobedecer-lei-favor-opinio-ruas>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

Assim, deve passar pelo controle de constitucionalidade que tem como fim " a manutenção da unidade do ordenamento jurídico" para somente então, deixar de aplicar a lei.¹¹⁴

Quanto à aplicação da lei, como visto, compulsória aos juízes, Cristiano Chaves de Farias, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito, com bastante propriedade afirma que é justamente nos casos de litígio que deve ser aplicada; afirma, ainda, que o dia-a-dia das varas de famílias demonstra cabalmente essa conclusão. Complementa afirmando que o instituto que verdadeiramente acirra o dissenso é a guarda unilateral, que muitas vezes é utilizada como forma de chantagem pelo guardião contra o não-guardião; isso porque afasta o genitor fazendo-o viver em uma angústia de só poder ver o filho de quinze em quinze dias e por meras quarenta e oito horas. "É a pavimentação de um caminho que começa como um mero visitante e termina como um verdadeiro estranho ao filho". Ele declara, ainda, que "nas demandas litigiosas estão as cores, tons e matizes mais nítidos e vibrantes da guarda compartilhada".¹¹⁵

ROSA inclusive afirma que a Lei n. 13.058/14 pode vir a ter caráter de mudança comportamental, como foi a da Maria da Penha, de uso obrigatório do cinto de segurança e a do preconceito racial; enfim, entende que a médio prazo a legislação em estudo mudará o pensamento daqueles que terminarem relacionamentos afetivos. Isso porque, por certo, já houve confiança e ajuda nessa relação, pode voltar a ter, pelo menos nas questões que dizem respeito aos filhos.¹¹⁶

Não obstante a legislação em estudo seja ótima para o pai que antes seria não guardião, ela é ainda melhor para a prole. Como FARIAS aponta, "não custa refletir sobre a ansiedade que toma o filho para contar ao pai visitante um resultado positivo na escola, no esporte ou mesmo, simplesmente, sentir o conforto revigorante do carinho paterno...".¹¹⁷

É nesse contexto que GIMENEZ afirma que a guarda compartilhada deve ser considerada, sob critérios humanistas e democráticos, a mais eficaz para o alcance do melhor

¹¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas*. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/caocif/artigos/artigo_guarda_compartilhada_cristiano_chaves.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

¹¹⁶ ROSA, C. P., 2015, p. 59.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas*. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/caocif/artigos/artigo_guarda_compartilhada_cristiano_chaves.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

interesse da criança, seja sob o ponto de vista médico, jurídico, psicológico, filosófico, sociológico, entre outros.¹¹⁸

A psicóloga e psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte afirma que as crianças sofrem muito com a separação, sentindo-se impotentes, pois tendem a querer os pais juntos. Ela explica que a guarda unilateral tende a fazê-los tomar partido de um dos pais; sem contar os incontáveis casos de filhos que se sentem diretamente responsáveis pelo divórcio. Como ambos os pais são importantes para o desenvolvimento psíquico do filho, "salvo a presença de impedimentos e outros motivos que venham prejudicá-lo, por exemplo, casos de violência física e emocional e abuso sexual", é imensurável a grande contribuição positiva que a guarda compartilhada como regra produz para o crescimento da criança.¹¹⁹

A lei em discussão alterou, ainda, a redação de outros dispositivos que merecem nota. É o caso dos artigos e parágrafos que procuram regular como vai ser feita a divisão de tempo e responsabilidades:

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.

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

Art. 1.584

§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.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

Quanto à "cidade base de moradia" há bastante receio que as decisões continuem a dar preferência às mães. Embora a guarda compartilhada não tenha a ver com a tutela física, mas sim jurídica, o ideal é que as cidades base de moradias fossem definidas efetivamente com critérios sérios e não eivados do mito materno¹²⁰ - sempre observando o melhor interesse da criança e proteção integral. Mas é certo que é muito melhor que a guarda unilateral. Isso porque, como SANTOS e SANTOS lecionam, agora será estabelecido regime de convivência (e não de visitas) que implicará no poder-dever de ter suas atividades regulamentadas "com

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos, Revista IBDFAM, v. 7 (jan/fev), 2015, p. 41.

¹²⁰ AMARAL, P. A., 2012, p. 43.

fixação detalhada de suas responsabilidades, tais como levar o filho na aula de inglês e ao médico, frequentar reuniões escolares e almoçar ou jantar com regularidade com o filho." ¹²¹

Os autores supracitados ainda afirmam que não se pode achar que a resolução deve ser dada pela divisão da semana entre um e outro pai; isso seria perpetuar a guarda alternada. A promotora e o professor declaram que "jamais poderá implicar na imposição ao menor de constante adaptação de sua rotina, em decorrência da alternância constante de residências, por se tratar de sobrecarga contrária aos seus interesses e preservação de sua identidade." ¹²²

Assim, não se confunde "convivência equilibrada" com "convivência dividida" ¹²³; a previsão busca apenas reduzir a diferença entre a presença do pai que com a inexistência da Lei n. 13.048/2014 certamente seria enorme entre o não guardião e a que seria guardiã (e coloca-se nos respectivos gêneros masculinos e femininos pois era assim em 90% dos casos).

O planejamento da rotina é ideal pois garante segurança a todos da relação, isso não quer dizer que com as particularidades naturais da vida não possam ser abertas exceções (como, por exemplo, festa em que só um dos genitores comparecerá).

Assim, os pais poderão, em conjunto, apresentar plano de convivência por meio do auxílio de equipe interdisciplinar ou ambiente mediativo. Não havendo essa proatividade, poderá o juiz por ofício ou a requerimento de apenas uma ou das duas partes, bem como requerimento do Ministério Público, definir o plano de convivência, sempre levando em consideração o tempo equilibrado e, caso deseje, em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

É nesse cenário que GUAZELLI expõe alternativa bastante interessante, já aplicada em caso concreto com sucesso. A advogada participante do Instituto Brasileiro de Direito de Família afirma que almejando diálogo entre os genitores que estejam reticentes e contrariados, seria ideal aplicar um período de experiência. No caso concreto por ela citado, marcou-se audiência para três meses, com intuito que o casal exercitasse e relatasse os resultados da coparentalidade; na audiência demonstraram quais foram os problemas presentes no dia-a-dia. Após alguns ajustes no acordo foi proposto novo tempo de experimentação; marcou-se nova audiência, convocando presença de psicóloga e assistente social. Neste encontro, com a colaboração desses profissionais, ajudando a definir os papéis e

¹²¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Promotora) *Guarda compartilhada não é o mesmo que alternância de residências*. Disponível em: <2015 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/mp-debate-guarda-compartilhada-nao-mesmo-alternancia-residencias>>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

¹²² *Idem*.

¹²³ ROSA, C. P., 2015, p. 123

ressaltando a importância e responsabilidade dos pais no crescimento e vida dos filhos, houve êxito na realização de um acordo mais simples e ajustado à realidade do casal.¹²⁴ Ou seja, a aplicação do instituto previsto na lei vai ser complexo e vai dar trabalho, mas traz a possibilidade da construção de nova era para os filhos de pais separados.

Com efeito, o §4º do art. 1.584¹²⁵ buscar trazer efetividade à lei e, por consequência, a igualdade parental. ROSA sobre o assunto faz uma série de afirmações interessantes: a) o descumprimento do plano de convivência que enseja a penalidade é aquele não justificado; b) o descumprimento injustificado e reiterado pode ser objeto de medidas judiciais - no interesse de um direito que é do filho; c) a prova pode ser ata notarial junto a um Tabelionato de Notas, servindo também diversos tipos de mídias como SMS, *whatsapp*, e-mail, entre outros, sem esquecer das testemunhas; d) a medida de busca e apreensão pode ser utilizada, mas deve ser a exceção já que submete a criança à situação traumática; e) embora houvesse discussão jurisprudencial sobre a possibilidade de *astreintes* no direitos das famílias é possível sim, uma vez que o interesse a ser protegido é da criança - não se falando em enriquecimento ilícito.¹²⁶

Ainda sobre o assunto, o autor afirma:

Quem labora nas lides familiares, reiteradamente, já ouviu afirmações como "**não sou eu que não deixo, ele que não quer ir**". O que precisa estar na consciência de ambos os genitores é que os filhos, considerando esse momento peculiar da vida, ainda não conseguem fazer sozinhos as melhores escolhas. Por isso, de forma insistente e diuturna, os cuidados com higiene, estudo e alimentação para com eles.

Assim como os cuidados básicos com a prole, é imprescindível que ambos os pais reconheçam sua importância no bom desenvolvimento dos filhos. A efetividade do direito de convivência, ainda que de forma impositiva, é, por certo, a garantia da afetividade a uma categoria a quem nosso ordenamento jurídico reserva proteção integral. (grifo nosso)¹²⁷

Enfim, é assim que se observa que compartilhar a guarda de um filho é a situação ideal tanto para o crescimento do filho quanto para o genitor que não seria guardião.

A única ressalva feita e que, em verdade, só o tempo poderá comprovar, é que acredita-se que a base de moradia será fixada em favor das mães na mesma proporção e mesmos termos que eram definidas as guardas unilaterais. Ainda assim, a Lei 13.058/14 é um

¹²⁴ GUAZELLI, M. 2015, p. 12/13.

¹²⁵ Art. 1,584, §4º: A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

¹²⁶ ROSA, C. P., 2015, p. 131-134.

¹²⁷ ROSA, C. P., 2015, p. 131-134.

ganho tanto para prole quanto para os pais que não tinham seu direito de exercer a paternidade assegurados a se comemorar.

2.1.1 Prevenção à alienação parental

O conceito da Síndrome de Alienação Parental nasceu nos Estados Unidos em 1987, por Richard Gardner. Ele a definiu da seguinte forma:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a ‘lavagem cerebral, programação, doutrinação’) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.¹²⁸

Destarte, o conceito é bastante simples: é transtorno psicológico, caracterizado pela existência de duas figuras: o genitor alienador e o genitor alienado. O primeiro tenta por meio de diversas táticas dissimuladas obstaculizar e até destruir a relação da criança com o outro cônjuge, não existindo motivos reais para tanto. "Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor".¹²⁹

O conceito foi difundido na Europa por Podevyn a partir de 2001, despertando especial interesse nas áreas do direito e da psicologia. A união desses dois saberes é necessária para a compreensão dos fenômenos comportamentais gerados e quais os melhores modos de isso ser combatido.¹³⁰ Assim, embora seja prática comum e já antiga, só recentemente é estudada e regulada.¹³¹

A necessidade de um dos cônjuges passar a praticar a alienação parental nasce de um relacionamento mal resolvido, em que o luto do término deste é tão grande e tão intenso que acaba tomando proporções indesejáveis. DIAS em suas lições comenta que "sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir

¹²⁸ GARDNER, Richard. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?* Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmFhbnGillbmFjYW9wYXJlbnRhbHxneDo3NWEzNjZiZTFjY2JjOWVl>>. Acesso em: 16 ago. 2010

¹²⁹ TRINDADE, Jorge. *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*, Maria Berenice Dias, coordenação - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

¹³⁰ Trindade, Jorge, 2015, p. 101.

¹³¹ DIAS, M. B., 2015, p. 545.

impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal." ¹³² Afirma-se que é mais comum no ambiente da mãe, já que esta geralmente era a guardiã; mas deixa-se claro a possibilidade ser praticada por qualquer dos cônjuges. ¹³³ Chama-se a atenção de que embora a maioria esmagadora dos casos seja da prática pelos genitores, podem ser outras pessoas como tios, avós ou qualquer outro adulto que tenha autoridade e responsabilidade pela criança ou adolescente.

DIAS informa que os resultados são viciosos, apresentando tendências antissociais, violentas, criminosas, quadro de depressão, suicídio e "na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos." ¹³⁴

Quanto às ações aplicadas pelo alienador, TRINDADE explica que as estratégias são variadas e alcançam todos os níveis que a mente humana é capaz; sendo todas as ideias convergentes para um único objetivo - o de desmoralizar o outro cônjuge. Dentro dessas práticas a mais grave é a inserção de memórias falsas para fazer a criança acreditar que sofreu abuso sexual ou de maus tratos. ¹³⁵

O mesmo autor constrói rol de condutas clássicas do alienador. São elas:

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

¹³² *Idem, ibidem*, p. 545.

¹³³ Trindade, Jorge, 2015, p. 102.

¹³⁴ DIAS, M. B., 2015, p. 545.

¹³⁵ Trindade, Jorge, 2015, p. 102.

Outros comportamentos do alienador

- obstrução a todo contato;
- falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual;
- deterioração da relação após a separação;
- reação de medo da parte dos filhos.¹³⁶

Ele alerta, ainda, que não há critérios objetivos que caracterizem o alienador, mas que na grande maioria dos casos existem características comuns nos que incorrem na prática da Síndrome da Alienação Parental. São elas: a) dependência; b) baixa auto-estima; c) prática de não respeitar regras; d) ataque frequente às decisões judiciais; e) litigar a fim de não terminar todas as relações com o outro cônjuge em forma de negação; f) sedução; g) manipulação; h) dominância; i) imposição; j) queixumes; k) histórias de desamparo ou de vitórias afetivas; l) resistência a ser analisado; m) resistência, recusa ou falso interesse pelo tratamento.¹³⁷

A assistente social Carmem Lima afirma que o cônjuge alienado sem dúvida sofre imensamente, pois além de presenciar sua imagem denegrida, ainda tem como consequência o afastamento (quando não o ódio também) do filho. Mas, sem dúvida, a mais prejudicada é a criança, pois vive um mundo de mentiras, pressões e angústias.¹³⁸ DIAS afirma que é efetivamente "lavagem cerebral".¹³⁹

É possível ter a completa noção disso pelo documentário "Morte Inventada"¹⁴⁰ que trata especificamente da alienação parental. Segue excerto de um dos relatos emocionados:

[...] Tive uma mãe muito maravilhosa, mas essa mãe muito maravilhosa falava muito mal do meu pai, então eu cresci e tive consciência do quanto ela atrapalhou minha relação com meu pai - **e que se ela tivesse percebido que ele não deu certo como homem pra ela, e não como pai para gente... poderia estar sendo muito mais saudável. Hoje nem falo mais com meu irmão e nem com ela, coisa que me faz muita falta...** olhando assim pra trás tive uma mãe ótima, mas depois que eu comecei a me entender por meio da terapia eu **vi que pra eu conseguir caminhar tinha que dar uma cortada; e cortar minha mãe na minha vida foi muito complicado**, mas ela não acha que está errada, acha que fez o melhor que ela pode, e não acha que teve nenhuma influência na gente odiar meu pai... (grifo nosso)

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 106/107.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 106.

¹³⁸ Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11079&revista_caderno=12>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

¹³⁹ DIAS, M. B., 2015, p. 545.

¹⁴⁰ Documentário dirigido por Alan Minas, da Caraminhola Produções, de 2009. Site da produção disponível em: < <http://www.amorteinventada.com.br/>>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

Ressalta, ainda, que quando se divertia com seu pai, sentia-se como se estivesse traindo sua mãe. E com o tempo ela passou a acreditar nas mentiras contadas, até que, finalmente, passou a odiar seu pai.

No Brasil, a questão foi regulamentada pela Lei 12.318 em 2010. Tal lei definiu o que é a alienação parental no ordenamento pátrio, além de reconhecer ser uma prática bastante danosa à criança e ao adolescente, inserindo modelo preventivo. Primeiramente, verifica-se a definição do legislador:

Art. 2.º 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.

Oportuno citar, ainda, o art. 3º da Lei supramencionada, o qual enfatiza a seriedade da prática, ressaltando que fere direito fundamental da criança ou adolescente envolvidos.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Estima-se que no Brasil cerca de 80% dos filhos de pais separados já tenham sofrido alguma espécie de alienação parental¹⁴¹, razão pela qual nasce a necessidade de uma forte regulamentação e de práticas preventivas para não alcançar estágios de danos profundos.

Tendo como prioridade a proteção das crianças e adolescentes, o legislador instituiu modelo em que mero indício já é suficiente para se tomar providências, vide art. 4º da supracitada lei. E sempre com a ideia do melhor interesse da criança e não como forma punitiva.

DIAS afirma que com base na proteção integral é necessário que haja uma responsabilização efetiva para o alienador para que seja punido.¹⁴² Entretanto, sabe-se que ao levar-se ao judiciário tal questão diversos efeitos são gerados e devem ser considerados. A autora leciona que nos casos em que a/o alienador/a leva ao judiciário com intuito de afastar

¹⁴¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=T1BnTdKuCgc>>. STJ Cidadão #280 - A síndrome da alienação parental. Acesso em 12 de outubro de 2015.

¹⁴² Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_aliena%20parental_e_a_perda_do_poder_familiar.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

judicialmente o outro genitor, embora o juiz deva tomar imediatamente uma atitude, a fim de proteger a criança, há o verdadeiro receio que as alegações sejam completamente infundadas e faça a prole envolvida passar por processo de afastamento de genitor que possa ter excelente convívio.¹⁴³

Assim, muito comum é que o juiz suspenda as visitas ou reverta a guarda, determinando a realização de estudos sociais e psicológicos sobre a família. E o frustrante é que diversas vezes - mesmo em estudos que durem anos - acaba não havendo resultado conclusivo. "Mais uma vez, depara-se o juiz com um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar. Enfim, deve preservar o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo?"¹⁴⁴ Mas o que se deve ter em mente é que independente de reais ou não as acusações, a criança já está sendo abusada. Se verdadeira, terá consequências devastadoras que em muito lhe prejudicará por o resto da vida e se falsas também, pois é utilizada indiscriminadamente como ferramenta de vingança.¹⁴⁵

Em casos também bastante graves mas que não envolvam invenção de abuso sexual, o requerente poderá ser o alienado, e é nesse caso que declarado mero indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso (art. 4º da Lei. n. 12.318).

As medidas cabíveis estão previstas no art. 6º da referida lei, *in verbis*:

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

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

¹⁴³ DIAS, M. B., 2015, p. 545

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p; 545.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 545.

Sobre essa questão procedimental, DIAS faz apontamentos: a) permite-se seja requerida antecipação de tutela; b) o Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que o foro competente é aquele do domicílio do pai guardião e já foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado 383, c) como uma das práticas de alienação é a mudança de domicílio para obstaculizar o contato com o pai não guardião poderá ser fixado o domicílio, de ofício ou por requerimento das partes; d) determinada a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, o laudo deve ser apresentado em 90 dias; e) como a lei é omissa quanto a parte recursal, utiliza-se o CPC.¹⁴⁶

E é nesse cenário que a lei da igualdade parental contribui tanto no assunto, pois ao determinar que a guarda compartilhada é regra, quanto em outras previsões inibe a prática. Por exemplo, o art. 1.584 passou a ter sua redação modificada no parágrafo 6º, preceituando que "§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação."

Assim, existia a prática de estabelecimentos de ensino negarem o acesso das informações do não guardião que, inclusive, muitas vezes era o responsável financeiro. Em 2009 a Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional foi alterada pela Lei n. 12.013 obrigando as escolas a informar pai, mãe e conviventes a frequência, rendimento e execução da proposta pedagógica da escola. A regra agora é também compulsória pelo Código Civil e como acima observado, constituía uma das condutas típicas de alienação parental (prevista no art. 2, parágrafo único, V da Lei n. 12.318/2010).¹⁴⁷

Mas a forma mais contundente de combate à alienação parental que a Lei n. 13.058/14 ofereceu foi, sem dúvida, a fixação da guarda compartilhada como regra. Isso porque, com o comportamento vicioso, maligno e constante do alienador, que busca ser o único detentor da guarda, fica mais fácil fazer a prole acreditar na mentira, já que na guarda unilateral a primeira consequência é a exclusão e afastamento de um dos genitores.

Com o compartilhamento da guarda, a igualdade entre os genitores volta a imperar, estando aquele que não seria guardião conseqüentemente mais presente na vida do filho. Assim, a criança tem a oportunidade de atestar aquilo que é falado, construindo opinião própria. Se, hipoteticamente, a mãe reiteradamente afirma que o pai desistiu dos filhos ou não tem interesse (no documentário citado anteriormente, pode-se perceber que é bastante comum) e o filho passa a ver seu pai buscando-lhe na escola, levando para almoçar, enfim,

¹⁴⁶ DIAS, M. B., 2015, p. 545

¹⁴⁷ ROSA, C. P., 2015, p. 131-134.

participando da rotina, é impossível que não comece a questionar se o que a mãe diz é verdade. Passará a construir a imagem do pai na sua cabeça independentemente do que a mãe diz.

Não é sem propósito que a Lei n. 12.318/10 por duas vezes menciona ser a guarda compartilhada a opção prioritária (nos seus arts. 6, V, e 7).

É nesse diapasão que ROSA afirma que "a utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral representa, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental".¹⁴⁸

2.1.2 Fixação dos alimentos na guarda compartilhada

De início, ressalta-se que os alimentos que importam para a presente monografia são aqueles devidos em decorrência do laço parental.

Da mesma forma, como na confusão que se faz com as definições de guarda compartilhada e alternada, muitos presumem que no compartilhamento da guarda inexistam a obrigação de pagar alimentos. Não é verdade.

O dever de alimentar é expressão clara e lógica da solidariedade social e familiar, construída a partir de sentimentos humanitários - e que agora é constitucionalmente imposto.¹⁴⁹ É nesse sentido que COELHO afirma que a família deve "prover o sustento, educação, lazer e cultura de seus membros compatíveis com a sua condição econômica".¹⁵⁰

Com efeito, não é à toa que a Emenda Constitucional incluiu a alimentação como direito social no art. 6º¹⁵¹:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Sendo assim, fica mais evidenciada a importância do assunto.

Orlando Gomes lecionava que "alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si".¹⁵² Assim, compreende-se que os alimentos nada mais são do que o "conjunto de meios materiais necessários para a existência

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 64.

¹⁴⁹ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 758.

¹⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 195.

¹⁵¹ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 760.

¹⁵² GOMES, Orlando. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 427.

das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual".¹⁵³ Assim, fala-se em vida digna e não apenas subsistência, embora a palavra além de sugerir isso ser, de fato, a primeira parte a ser assegurada. Sobre o assunto, FARIAS e ROSENVALD lecionam:

Percebe-se, assim, que, juridicamente, a expressão alimentos tem sentido evidentemente amplo, abrangendo mais do que alimentação. Cuida-se de expressão plurívoca, não unívoca, designando diferentes medidas e possibilidades. De um lado, o vocábulo significa a própria obrigação de sustento de outra pessoa. A outro giro, com a expressão alimentos, designa-se também o próprio conteúdo da obrigação. **Ou seja, sob a referida expressão estão envolvidos todo o qualquer bem necessário preservação da dignidade humana, como habitação, saúde, a assistência médica, a educação, a moradia, o vestuário e, é claro, também cultura e o lazer.**¹⁵⁴ (grifo nosso)

Até porque da separação entre os genitores pode haver discrepância entre a vida financeira tão grande que passe a ser prejudicial para a prole. Com efeito, se, por exemplo, a mãe tem situação financeira menos favorável que o pai e este passa a proporcionar passeios, viagens e presentes mais interessantes e atrativos que a mãe, definitivamente não há situação de igualdade parental garantida, devendo o juiz além de observar esse cenário, cuidar para não recair em enriquecimento sem causa ao fixar alimentos em nível alto que mude mais a vida do outro genitor do que a do filho.

Ademais, os alimentos estão regulados no art. 1.694 do Código Civil, preceituado em seu *caput* que:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Quanto às características do instituto, DIAS leciona: a) Direitos personalíssimos, pois não podem ser transferidos a outrem, já que tem correlação com o *status* de vida da pessoa. Assim sendo, não podem ser objeto de cessão e, no geral, não se sujeitam à compensação; b) Solidariedade, como o legislador é silente e a solidariedade não se presume, incumbiu-se a doutrina de afirmar que é subsidiário e de caráter complementar. Entretanto, o Estatuto do Idoso dispôs contrariamente, e como se trata igualmente os iguais (e criança e adolescente são dependentes e por isso comparáveis aos idosos), é indiscutível a qualidade de serem solidários, embora continue se entendendo que "a quantificação de tal dever está condicionada ao princípio da proporcionalidade"; c) Reciprocidade, e é daí que diz-se que se

¹⁵³ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 760.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 761.

"hoje és alimentado, amanhã poderás ter que alimentar". Lembra-se que deve sempre respeitar um critério ético, pois, por exemplo, o pai que negou assistência ao filho, não poderá, mais tarde, cobrar alimentos dele; d) Proximidade, em que define-se a ordem de preferência (art. 1.696 do Código Civil); e) Alternatividade, em que a regra é que são pagos em pecúnia, mas nada impede que sejam pagos *in natura*, com a hospedagem e o sustento, por exemplo; f) Periodicidade, a qual define que, em regra, o pagamento de alimentos se estende no tempo (durante a necessidade), é indispensável que se defina de quanto em quanto tempo deverão ser pagos os alimentos - o mais comum é mensal (já que é assim que a maioria da população costuma receber de seus labores); g) Anterioridade, como trata-se principalmente de garantia da subsistência, o vencimento é antecipado. Assim, "fixados os alimentos e não pagos imediatamente, possível o uso da via executória, mesmo antes de vencido o período da obrigação, pois já existe mora e a obrigação tornou-se exigível."; h) Atualidade, a qual define que não pode a inflação ser causa prejudicial da subsistência. O mecanismo mais eficiente para manter-se a atualidade dos valores é delimitar alimentos por percentual; i) Inalienabilidade, determinando que "o direito alimentar não pode ser transacionado, sob pena de prejudicar a subsistência"; j) Irrepetibilidade, como trata-se de verba destinada a subsistência é impossível que queira sua devolução. É um dos princípios mais importantes relativos aos alimentos, assim "a redução ou a extinção do encargo alimentar dispõe sempre de eficácia *ex nunc*" e k) Irrenunciabilidade, especificamente dos alimentos tratados nesse monografia, do vínculo parental.¹⁵⁵

Já a quantificação dos alimentos é dada pelo art. 1.694, §1º, nos seguintes termos: "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada". E esse é o binômio instituído pela lei. Entretanto, a doutrina mais especializada fala em trinômio. Observe-se lição de LÔBO:

A doutrina e diversas decisões dos tribunais acrescentaram terceiro requisito, que estabeleça um balanceamento equilibrado entre os dois requisitos tradicionais, ou seja, o da razoabilidade. Esse terceiro requisito é procedimental, pois submete ao seu crivo os dois outros. Alguns o denominam de proporcionalidade, com o mesmo propósito. Esses termos foram apropriados do desenvolvimento dos equivalentes princípios do direito constitucional, com larga aplicação pelo Supremo Tribunal Federal nesse campo. Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a "na proporção das necessidades". A proporção não é mera operação matemática, pois tanto o credor quanto o devedor de alimentos devem ter assegurada a possibilidade de "viver de modo compatível com a sua condição social" (art. 1.694).

¹⁵⁵ DIAS, M. B., 2015, p. 545

A razoabilidade está na fundamentação, por exemplo, da natureza complementar da obrigação alimentar dos avós, a saber, é razoável que estes apenas complementem os alimentos devidos pelos pais, quando estes não puderem provê-los integralmente, sem sacrifício de sua própria subsistência. Não é razoável que os avós sejam obrigados a pagar completamente os alimentos a seus netos, ainda quando tenham melhores condições financeiras que os pais.

ROSA leciona que embora a lei não fixe valores, grande parte da doutrina e jurisprudência fixa em, no máximo, 30% do rendimento do genitor. O professor apresenta a crítica de Eduardo de Oliveira Leite que não concorda com a fixação de um percentual indiscriminado, pois a complexidade da vida não comporta padrões.¹⁵⁶ Assim, mais uma vez ressalta-se a importância do tato do judiciário, devendo observar caso a caso.

No âmbito da quantificação e adimplência dos alimentos, ressalta-se que há facilidade de cobrança de trabalhadores celetistas ou estatutários, pois podem ser descontados em folha. Já os autônomos ou empregados com renda variáveis, resta a fixação por salários mínimos. Inclusive, é pacificado que em matéria de pensionamento não se observa a parte final do art. 7º, IV, da CF, que veda salário mínimo como unidade de valor. Nessa senda que a teoria da aparência é um forte aliado do judiciário. "O que os devedores compartilham com seus amigos, por exemplo, fotos de viagens, de *check-ins* em bons restaurantes, festas, ou até mesmo, dirigindo carros de luxo, poderá nortear o magistrado para a fixação da verba alimentar.".¹⁵⁷ Assim, é comum observar-se no judiciário decisões nos termos da seguinte: "... para fixar alimentos o juiz pode se valer da teoria da aparência, considerando em condições de alimentar aquele que, embora prove ganhar pouco, tem um padrão de vida elevado" (que, por sinal, comprova há quantos anos já é utilizada tal teoria nesse âmbito do direito das famílias).¹⁵⁸

Isso posto, as conjecturas daqueles que pensam que o compartilhamento da guarda exclui a obrigação de pagar alimentos não procedem. O mesmo autor supracitado leciona que é um erro pensar que a Lei 13.058/14 possuiria o condão de afastar a necessidade de prestação alimentícia e sequer fala-se em redução de encargos. "Tal ideia [...] não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e dos anseios sociais".¹⁵⁹

Isso porque, o compartilhamento de guardas, como se viu, é um compartilhamento de responsabilidades que visa a presença de ambos os pais na vida da prole. Assim, quando

¹⁵⁶ ROSA, C. P., 2015, p. 64.

¹⁵⁷ ROSA, C. P., 2015, p. 108.

¹⁵⁸ TJRS, Apelação Cível, Nº 596161034, RELATOR DES. JOÃO ADALBERTO MEDEIROS FERNANDES, julgado em 17/10/1996

¹⁵⁹ ROSA, C. P., 2015, p. 103.

escolhe-se a base de moradia (art. 1.583, §3º, CC), determinando quem terá a guarda física fixa, nasce a mesma lógica de obrigação alimentar que havia na guarda unilateral, pois este será aquele que cuidará dos gastos diretos e, muitas vezes, até gastando mais que o alimentante. Importante ressaltar que mesmo durante as férias, mesmo que o filho passe toda ela com o genitor que não ficou definido com base de residência, deve continuar pagando, pois as mensalidades escolares, geralmente de montante mais substanciais, continuam sendo cobradas.¹⁶⁰ Dr.^a Angela leciona, com propriedade, que "é lógico que, em sendo os gastos com os filhos, em grande parte, despesas fixas, os responsáveis partilharão o seu custeio, na proporção de suas forças, não gerando, a nova lei, em tese, grande modificação da situação definida."

Esclarece-se que nem mesmo na vigência da legislação anterior os tribunais deixavam de aplicar alimentos quando da guarda compartilhada, sendo considerado assunto bastante resolvido na jurisprudência. Por exemplo:

TJRS, Agravo de Instrumento, Nº 70053239927, RELATOR DES.^a LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, julgado em 14/02/2013
 AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR.
 Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada.

Assim, percebe-se a plena capacidade da concomitância da guarda compartilhada e a prestação de alimentos.

No contexto da Lei da Igualdade Parental, veio à tona antiga discussão sobre a possibilidade da exigência, por parte do alimentante, ação de prestação de contas. Imperioso ressaltar que o histórico do assunto não era favorável: considerando o caráter irrepitível da obrigação alimentar e a falta de positivação do legislador, a jurisprudência e doutrina majoritárias consideravam que fosse impossível.¹⁶¹

Ainda assim, parte da jurisprudência (Tribunal de Justiça de Santa Catarina isoladamente, como observar-se-á) e da doutrina já divergiam, sem poucos argumentos. FARIAS e ROSENVALD lecionam:

Ora, da aplicação desse vetor constitucional [melhor interesse infanto-juvenil] ao âmbito alimentício, resulta, inexoravelmente, que os alimentos devem garantir uma vida digna a quem os recebe (alimentando) e a quem os presta (alimentante). Por isso, fixá-los em percentual aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana. A verbe-se, então: toda e

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 103.

¹⁶¹ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 887.

qualquer decisão acerca de alimentos deve ser presidida pelo (fundamental) princípio da dignidade do homem, respeitando as personalidades do alimentante ou alimentando, pena de incompatibilidade com o Texto Magno. **Ademais, fixados os alimentos, a proteção integral infanto-juvenil implica em reconhecer uma necessidade constante, permanente, de fiscalização do emprego das verbas pecuniárias no atendimento daquelas necessidades elementares do alimentando, as quais justificaram a sua quantificação, para a garantia de sua dignidade.** Aliás, a proteção integral recomenda exatamente essa atuação fiscalizatória, de modo a não periclitare interesses indisponíveis.

Trilhando este caminho, vislumbra-se que há inescusável interesse (ou melhor, dever) do alimentante em fiscalizar a aplicação dos alimentos pagos, de modo a verificar o respeito à dignidade do alimentando-incapaz, constatando se a verba vem sendo aplicada no respeito à sua integridade física e psíquica e se estão sendo atendidos os seus pressupostos materiais básicos, fundamentais.¹⁶² (grifo nosso)

E quanto à jurisprudência catarinense nesse sentido, colhem-se exemplos:

1) TJSC, Apelação Cível, Nº 2007.028489-6, RELATOR. DES. TRINDADE DOS SANTOS, julgado em 26/06/2008).

PRESTAÇÃO DE CONTAS. ALIMENTOS. ACOLHIMENTO. CONTAS CONSIDERADAS BOAS. 'DECISUM' CORRETO. CONFIRMAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO APELATÓRIA DESATENDIDA.

I. O prestador de alimentos tem legitimação para ingressar com pedido de prestação de contas, na modalidade rendição de contas, não com o desiderato de obter uma apuração de débito ou de crédito, diante da irrepetibilidade da verba, mas, apenas, para fiscalizar a exatidão e a correteza das aplicações dos valores recebidos pela representante legal da alimentária. Isso porque, ainda que dissolvido o casamento dos litigantes, o pai não perde o poder familiar sobre a filha menor, poder esse do qual continua ele co-titular. É a compreensão que, segundo os intérpretes, resulta do art. 1.589 do CC/02, que confere aos pais que não tenham os filhos sob sua guarda o direito de fiscalizar a manutenção e a educação dos mesmos.

2) TJSC, Apelação Cível, Nº 2010.057483-6, RELATOR DES. MONTEIRO ROCHA, julgado em. 01/03/2012

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - ALIMENTOS DESTINADOS À FILHA - PRESTAÇÃO DE CONTAS - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E INTERESSE DE AGIR - INDEFERIMENTO DA INICIAL - INSURGÊNCIA - FISCALIZAÇÃO - DIREITO PROTETIVO DA MENOR - LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE PROCESSUAL DO PAI ALIMENTANTE - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA. Porque a má administração de numerário destinado à manutenção e educação de filho alimentando pode acarretar severas sanções legais ao mau administrador (arts. 1637 e 1638, IV, do CC), a lei assegura ao alimentante a fiscalização da respectiva verba alimentar. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.057483-6, da Capital - Continente, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 01-03-2012).

De qualquer modo, a Lei n. 13.058/14 veio para encerrar as discussões, pelo menos quanto ao presente caso dizendo aplicado à guarda unilateral. Observe-se a nova redação do art. 1.583, §5º:

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 888.

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.

Mas ainda que o artigo restrinja à guarda unilateral, seu fundamento é a proteção integral e o melhor interesse infanto-juvenil. Destarte, afirmar que não se faz paralelo aplicando-se no contexto do compartilhamento é, além de incongruência, afronta aos princípios constitucionais supramencionados. Como ROSA leciona:

Restringir essa possibilidade ao detentor da guarda unilateral, por certo, mostraria como contraditória a disposição constante no §1º do art. 1.583 de nossa codificação civil, na redação já existente desde a Lei n. 11.698/2008, que estabelece que a guarda compartilhada pressupõe a "responsabilização conjunta". Esse encargo, concernente ao poder familiar, é fundado no exercício igualitário de direitos e deveres do pai e da mãe.¹⁶³

Observa-se nas lições de CAHALI que "no direito de fiscalização da guarda, criação e educação da prole atribuída ao outro cônjuge, ou a terceiro, está ínsita a faculdade a reclamar em juízo a prestação de contas daqueles que exerce a guarda dos filhos."¹⁶⁴

2.2 A construção do compartilhamento da guarda caso a caso

Isto posto, é necessário que se chame a atenção para uma das mais importantes diretrizes no assunto dessa monografia. O direito das famílias é naturalmente uma seara jurídica complexa, justamente por tratar do afeto e de relações pessoais.¹⁶⁵ Não é difícil entender que as possibilidades de arranjos familiares são infinitas, nunca podendo ser exauridas em positivamente. Isso é bom, pois permite que as emoções e sentimentos sejam livres o suficiente para que o direito se adeque a eles e não o oposto - até porque seria, de fato, impossível.

O compartilhamento da guarda está inserido dentro de contextos plurais vários. Assim, afirma-se que a Lei n. 13.058/14 impõe esse modelo como regra, mas sempre observando e ressaltando que o judiciário deve se atentar para o caso concreto. É que embora a guarda compartilhada seja o modelo mais aconselhável, existem exceções, por óbvio. Isso pode ser observado na nova redação do art. 1.584, §2º e §5º do Código Civil:

Art. 1.584

¹⁶³ ROSA, C. P., 2015, p. 115.

¹⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, São Paulo: RT, 2002, p. 572.

¹⁶⁵ ROSA, C. P., 2015, 103.

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

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

E andou bem o legislador ao inserir o requisito de estarem ambos aptos. Como o princípio norteador da guarda é o do melhor interesse infanto-juvenil é impossível que se cogitasse deferi-la para genitor não apto, isto é, quando o genitor ou pessoa de sua convivência familiar (como, por exemplo, novos parceiros) não tratam convenientemente a prole.¹⁶⁶ Dentro dessa definição entram inúmeros casos e causas, como alcoolismo, abuso sexual, violência exacerbada, desídia, etc. Frise-se que, nesses casos, pode ser tanto averiguado de início, já deixando de aplicar, ou mais tarde, modificando a guarda. Observe-se decisão nesse sentido:

TJSC, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2014.003850-7, RELATOR DES.ª DENISE VOLPATO, julgado em 11/08/2015
 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA COM O GENITOR. ESTABELECIDO O DIREITO DE VISITAS DA MÃE, QUINZENALMENTE, DAS 9:00 ÀS 18:00 HORAS DE SÁBADO. RECURSO DA GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EM SEU FAVOR. INSUBSISTÊNCIA. GENITORA QUE, APÓS FIXADA A GUARDA JUDICIAL EM SEU FAVOR NOS AUTOS DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, DEIXOU O FILHO AOS CUIDADOS DOS PAIS SEM PRESTAR QUALQUER ASSISTÊNCIA À CRIANÇA. DESCASO E ABANDONO MATERNO EVIDENCIADO. AVÓS MATERNOS QUE POSTERIORMENTE ENTREGARAM O NETO AO GENITOR. CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA HÁ MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS COM O PAI. PRESTAÇÃO CONTÍNUA DE ATOS DE CUIDADO À CRIANÇA. TEMPO SUFICIENTE À FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO MÚTUO. **IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. CONJUNTO PROBATÓRIO ESCLARECEDOR E BASTANTE AMPLO, CONSUBSTANCIADO EM ESTUDO SOCIAL A DEMONSTRAR AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA GENITORA EM MANTER O MENOR SOB SUA RESPONSABILIDADE.** NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR O INTERESSE DA CRIANÇA MEDIANTE A REGULARIZAÇÃO JURÍDICA DA REALIDADE FÁTICA. DIREITO DE VISITAS DA GENITORA PRESERVADO. RECURSO DESPROVIDO. (grifo nosso)

Afinal, como lecionam FARIAS e ROSENVALD:

Em cada caso, exige-se a construção de soluções derivadas do melhor interesse infanto-juvenil, oxigenando clássicos institutos jurídicos (como a guarda, a filiação

¹⁶⁶ LÔBO, P., 201., p. 191.

e, é claro, o poder familiar e os alimentos). Todo e qualquer instituto concernente a interesse de criança ou adolescente precisa estar sintonizado na frequência da proteção integral constitucional, pena de incompatibilidade com o sistema constitucional.¹⁶⁷

Registre-se, por oportuno, que a aplicação caso a caso vai além de observar-se se o genitor é ou não apto. Afinal, mesmo quando ambos têm plenas condições de criação da prole, ainda assim deve a aplicação ser casuística.

É que como o compartilhamento de guarda trata de conjugação de responsabilidades, estabelecendo o exercício da autoridade parental em conjunto, sendo a guarda jurídica de ambos os genitores, muito há que se regular - e essa regulação deve, necessariamente, observar as particularidades do caso. As variáveis são infinitas, exemplificando-se com algumas: situação financeira, localidade de moradias dos genitores, existência de irmãos, avós, tios, atividades preferidas da prole, etc. A montagem do cenário em que a criança está inserida é fruto de pluralidades, lembre-se.

Assim, como exemplo do cuidado que se deve ter ao conceder a guarda, utiliza-se os subcapítulos 2.2.1 e 2.2.2. O primeiro, quando há a existência ou mesmo indícios de prática de alienação parental, deve-se observar a situação com cautela e tomando todos os cuidados necessários para afastar, diminuir e extinguir a possibilidade de danos para a criança. Como visto, a guarda compartilhada é uma excelente ferramenta para tanto, pois a criança poderá construir suas próprias opiniões estando em contato com o genitor alienado. Assim, o juiz, nesses casos, deve instituir mais contato com o genitor não alienante, procurando igualar ao máximo a quantidade de tempo ou deixar em maior quantidade.¹⁶⁸

E com os alimentos também não é diferente.¹⁶⁹ Por exemplo, observando-se que a criança vivia em padrão de vida muito superior ao que passou a viver na guarda física da mãe após a decretação da guarda compartilhada, por óbvio que devem ser instituídos alimentos que busquem igualar os níveis de vida. Até porque senão seria bastante provável que se instalasse quadro de preferência por parte da prole: "Lá na casa do pai tenho televisão grande, comida muito gostosa e ele sempre me leva pra viajar, enquanto com a mãe só fico em casa". Não pode ser aceitável; assim, é outro caso fácil de visualizar como a situação concreta deve ser norteadora. O juiz que trata dessas questões, por certo, deve ser figura com bastante sensibilidade.

¹⁶⁷ FARIAS, C. C. d.; ROSENVALD, N., 2012, p. 887.

¹⁶⁸ ROSA, C. P., 2015, 67.

¹⁶⁹ GUAZELLI, M. 2015, p. 8.

Não obstante os casos acima tratados, na guarda compartilhada, como já visto, é extremamente recomendável plano de convivência delimitando todas as incumbências dos genitores (quem é responsável pelo que), pois assim tende-se a haver mais respeito quanto às regras "impostas". E é justamente para montar esse plano de convivência que deve o juiz analisar minuciosamente caso a caso; pois as particularidades de cada família geram necessariamente cenários diferentes, os quais influem em obrigações diferentes, que com certeza resultarão em decisões distintas.

Observe-se a diferença de regulação nos seguintes casos:

1) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2015.034356-6, RELATOR DES. RONEI DANIELLI, julgamento em 29/09/2015

[...]

Assim, fixa-se inicialmente a guarda compartilhada da seguinte maneira: a) aniversário dos genitores com cada qual; b) aniversário do filho e dia das crianças em anos alternados, iniciando pela mãe; c) dia dos pais e das mães com os respectivos homenageados; e) Natal em anos alternados, começando pela genitora; f) Ano Novo e Páscoa, iniciando o rodízio pelo pai; g) metade das férias escolares do filho com o pai, outra metade com a mãe. Sem prejuízo dessas datas, o filho ficará com o pai de sexta-feira a segunda-feira, devendo o genitor apanhá-lo na escola na sexta e devolvê-lo na segunda-feira após as aulas, salvo posterior acordo entre as partes, sempre em prevalência do melhor interesse do menor, assegurada a ampla convivência com ambos os genitores.

[...]

2) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2015.050655-3, RELATOR DES.^a DENISE VOLPATO, julgamento em 29/09/2015

[...]

No caso em exame, infere-se da própria dinâmica estabelecida às visitas da mãe ao longo do exercício unilateral da guarda pelo pai, que as diferenças estabelecidas entre ambos com relação aos rumos educacionais da criança são mínimas, fazendo-se pernicioso a intervenção judicial no tocante. Dessarte, incumbe aos pais, em conjunto, fixar a rotina da criança da forma que se lhe propicie conforto e bem estar.

[...]

Deste modo, como ambos os pais vem propiciando ambiente saudável à criança, *in casu*, fixa-se desde já a guarda compartilhada.

[...]

3) TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2015.027842-7, RELATOR DES.^a EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR, julgamento em 14/07/2015

[...]

Ainda, em consulta aos autos digitais na origem, colhe-se do processo em apenso n. 0045605-55.2013.8.24.0038 a superveniência de novo relatório social a fls. 115-118, datado de 12-5-2015, no qual a assistente social relata que o infante não fica mais alternando de residência a cada sete dias, residindo atualmente com a mãe; que o genitor busca o filho todos os dias na escola e fica com ele até às 20:00 horas, havendo alternância da guarda apenas com relação aos finais de semana; que o genitor continua afirmando ter mais tempo que a mãe para ficar com o filho; a criança está contente de ver o pai todos os dias, tendo afirmado expressamente: "Acho melhor como está".

[...]

Observa-se claramente as diferentes conclusões de acordo com os casos apreciados pelo tribunal catarinense. Quanto à primeira decisão, em caso de evidente litígio, optou-se por rotina bastante regulamentada, acreditando-se que assim os litígios diminuirão e o respeito às decisões levarão à uma melhora nas multirrelações: pai e filho, mãe e filho e, claro, pai e mãe.

Na segunda, observa-se que devido a relação entre os pais ser mais evoluída e respeitosa, com pouca ou nenhuma divergência quanto aos objetivos para a prole ficou definida apenas a modalidade de guarda, confiando que os pais já estão aptos a também decidir como gerir o tempo e as decisões.

Por fim, na terceira, em que não há divergência quanto a aplicação do compartilhamento de guarda, mas apenas quanto à residência base (que ficou definida para a mãe), pode-se perceber peculiaridade bastante interessante já construída faticamente pelos genitores: o pai busca a criança na escola e fica todo dia com ele até às 20:00, atitude bastante louvável e, agora, com aval judicial.

Assim, fica patente a necessidade do judiciário ser minucioso e prestar atenção nos detalhes de cada caso, pois só assim o compartilhamento de guarda pode ser efetivo.

3 PESQUISA ANALÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

O presente capítulo tem por objetivo realizar pesquisa jurisprudencial para analisar de que modo o assunto foi recebido no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E, ainda, tinha por objetivo também examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo não há nenhuma decisão sobre o assunto depois da implementação da lei.

3.1 Análise da jurisprudência catarinense

Até a presente data¹⁷⁰ foram julgados 40 casos que envolvem o tema da guarda compartilhada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina desde a promulgação da Lei n. 13.058/2014. Destes, vinte e um casos foram Apelações Cíveis, dezoito Agravos de Instrumento e um Embargos Declaratórios em Agravo de Instrumento.

Tais números são expressivos, já que em 2014 foram julgados apenas vinte e em 2013 apenas vinte e quatro; crescimento de cerca de 100% e não desarrazoadamente - é patente que o advento da lei em estudo contribuiu para tal aumento.

3.1.1 Reconhecimento da Lei 13.058/14 e aplicação da guarda compartilhada

De maneira geral, pode-se afirmar que houve reconhecimento e aplicação da Lei 13.058/14, fixando-se a guarda compartilhada no dissenso por diversas vezes.

A primeira decisão envolvendo o compartilhamento de guarda após o advento da lei em estudo foi proferida na Apelação Cível n. 2014.045340-0, de relatoria do Des. Ronei Danielli, julgada em 03/02/2014, na qual o magistrado havia definido a guarda unilateral. Observe-se excerto do aresto:

Em seu parecer, o órgão ministerial opinou pela impossibilidade da fixação da guarda compartilhada, em razão da relação pouca amistosa entre o ex-par: "destaca-se, outrossim, que a situação fática retratada na hipótese permite concluir que há grande animosidade entre as partes (fl. 61), de modo que não se mostra prudente, tampouco recomendável, o acolhimento do pedido subsidiário formulado pelo insurgente, qual seja, o deferimento da guarda compartilhada" (fl. 143).

De início, convém destacar a promulgação da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual estabelece, no art. 1584, §2º, do Código Civil, a guarda compartilhada como regra, a saber: "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" (sem grifo no original).

¹⁷⁰ 26/10/2015.

[...]

Feitas essas considerações, **dá-se parcial provimento ao recurso do réu para estabelecer a guarda compartilhada dos filhos** (grifo nosso)

E esse é o caso ideal, em que o Judiciário, além de já consciente da tendência doutrinária de reconhecer a guarda compartilhada como a mais adequada para atender o melhor interesse infanto-juvenil, também compreendeu a recente mudança legislativa. Mas não são todos os casos que o fizeram, principalmente nos primeiros meses do advento da referida lei. Por exemplo, o processo n. 2014.072227-1 de relatoria do Des. Joel Dias Figueira Júnior embora tenha mantido a guarda compartilhada definida em primeira instância, o faz sob o argumento de que "não há informações que desabone a conduta dos genitores, nem notícias de que haja desentendimento entre eles que impossibilite a prática da guarda compartilhada" enquanto que, em verdade, o desentendimento não tem mais o condão de, sozinho, afastar o compartilhamento da guarda. No mesmo sentido o processo n. 2014.052435-2 de relatoria do Des. Jorge Luis Costa Beber que também condiciona a aplicação do compartilhamento ao consenso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. DECISÃO QUE CONCEDEU AOS LITIGANTES A GUARDA COMPARTILHADA DA FILHA E INDEFERIU O PEDIDO DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PARA SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. GUARDA UNILATERAL PRETENDIDA PELA GENITORA. DEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO AMIGÁVEL E CONSENSO ENTRE OS LITIGANTES. INFANTE QUE, ATUALMENTE COM POUCO MAIS DE UM ANO DE IDADE, NECESSITA DE CUIDADOS ESPECIAIS. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ACERCA DO INTERESSE DO GENITOR NO EXERCÍCIO DA GUARDA. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA JUNTO À MÃE QUE SE AFIGURA ADEQUADA. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS DO PAI.

"A guarda compartilhada pressupõe bom entendimento e convivência saudável dos pais, de modo que possam definir consensualmente os contornos diários da posse da prole, o que, especialmente em virtude da recente separação dos genitores, não se vislumbra na espécie. - Mister a concessão da guarda unilateral à genitora, mantendo-se o infante na residência do casal." (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.016618-1, de Criciúma, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 21-08-2014). ALIMENTOS. PRETENSÃO DE ARBITRAMENTO DA VERBA ALIMENTAR PARA A HIPÓTESE DE DESEMPREGO OU EXERCÍCIO DE ATIVIDADE AUTÔNOMA PELO AGRAVADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDICIONAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 460 DO CPC. DECISÃO ACERTADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

No caso supracitado o absurdo ocorre: a decisão de primeiro grau, acertada, foi modificada sob o seguinte argumento:

E nem se diga que tal entendimento conspira contra os dizeres do art. 1.584 do Código Civil, porque a norma é bastante clara ao estabelecer uma inequívoca

condição no seu § 2º, ou seja, "**sempre que possível**", quando não houver acordo entre o pai e mãe, no tocante à guarda do filho menor, será ela compartilhada.

Demonstra-se o absoluto desconhecimento da legislação em estudo, uma vez que utiliza a redação do Código Civil antiga e fora de vigência. Tal decisão não é a única a demonstrar insciência da lei em estudo ou de como aplicá-la, embora seja a única que expressamente use comandos legais não mais vigentes. Veja-se outros exemplos de casos que não a reconhecem:

1) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2013.037652-1, RELATOR DES. TRINDADE DOS SANTOS, julgamento em 26/03/2015

Evidenciando os autos a total animosidade entre os pais do menor em suas relações, uma vez que o próprio genitor relata no estudo social que as informações do menor são repassadas por ele mesmo pois inexistente diálogo com a ex-cônjuge, **inviável se faz a manutenção da decisão primária que deferiu aos pais a guarda compartilhada, visto que um de seus pressupostos é o convívio harmônico e pacífico entre os guardiões do infante.** (grifo nosso).

2) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.033737-1, RELATOR DES. JOÃO BATISTA GOÊS ULYSSES, julgamento em 09/04/2015

(Trecho da sentença)

1. ESTABELECEER a GUARDA COMPARTILHADA de P. R. G., FIXANDO a residência de referência na casa da requerida.

2. FACULTAR o DIREITO DE VISITAS ao autor, seguinte forma: [a] No primeiro e terceiro finais de semana de cada mês, das 18:00 horas de sexta até às 18:00 horas de domingo; [b] Natal: ano par com o pai, ímpar com a mãe; [c] Festividades de passagem de ano e Páscoa: ano par com a mãe, ímpar com o pai; [d] Dia dos pais e das mães: com os respectivos genitores; [e] Aniversário da criança: ano par com a mãe, ano ímpar com o pai; [f] Férias escolares: a primeira metade com o pai e a segunda metade com a mãe. (grifo nosso).

3) TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2011.087253-9, RELATOR DES. JAIRO FERNANDES GONÇALVES, julgamento em 07/03/2013

[...]

Aos genitores compete ter os filhos em sua companhia e guarda, a fim de se possibilitar estabelecer os vínculos de afeto e carinho necessários na formação da relação pais e filhos.

Portanto, é a vontade dos pais o critério norteador na definição da guarda dos filhos, já que são eles os responsáveis e maiores interessados na proteção da pessoa do filho, bem como no seu bem estar. Apenas na falta de concordância é que tal encargo recai sobre o Poder Judiciário.

[...]

Inicialmente, sabe-se que para se determinar a alteração da guarda é imprescindível haver elementos que evidenciem alguma situação de risco ou motivo grave que embase e justifique sua alteração. (grifo nosso).

4) TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2015.005531-7, RELATORA DES.^a ROSANE PORTELLA WOLFF, julgamento em 27/08/2015

[...]

Por outro lado, embora o Legislador tenha optado pelo exercício compartilhado dos deveres parentais, em vista da preponderância dos interesses das crianças sobre o seus genitores, a preferência legal pode dar lugar a outra modalidade de guarda que melhor proteja o infante. Na hipótese sub judice, os Pais do Menor residem em

idades diferentes — a Mãe em Itajaí e o Pai em Joinville — que distam entre si cerca de 100 Km (cem quilômetros).

Esse fator dificulta o exercício simultâneo do poder parental, que, como se viu, pressupõe a inalteração da rotina do menor resguardado.

Aliás, cumpre ressaltar que, embora o pedido recursal tenha sido identificado como o de guarda compartilhada, em verdade, muito mais se identifica com a alternância do poder familiar. Isso porque, propõe o Agravante os seguintes regramentos: 1. o menor teria como residência a maior parte do tempo o imóvel do casal em Itajaí, regularmente de segunda a sextas-feiras; 2. durante 2 finais de semana seguidos o menor seria buscado pelo agravante a partir das 18h de sexta-feira e entregue até 20h de domingo, intercalando com 1 final de semana da Agravada; 3. em quaisquer dias da semana o Agravante poderia visitar o menor na residência ou buscá-lo na escola; 4. durante as férias escolares o menor ficaria 1 semana com cada genitor, iniciando-se sempre pelo Agravante; 5. os aniversários seriam livres, garantindo-se a ambos os genitores ficar com o menor; (grifo nosso).

Todos os casos acima colacionados têm em comum o equívoco da aplicação do instituto em estudo. O número 1 colide expressamente com a Lei da Igualdade Parental, pois condiciona a aplicação do compartilhamento de guarda ao consenso entre genitores, o que é justamente o oposto do cerne da lei.

O número 2, por sua vez, chama atenção pela confusão de termos do primeiro grau: aplica regime de visitas em guarda compartilhada - que é justamente o que se tenta evitar (os pais de domingo) a fim de estabelecer um regime de convivência.

O caso 3 consegue violar dois grandes pressupostos máximos para a efetiva aplicação de guarda. Primeiro, afirma que a "vontade dos pais é o critério norteador na definição da guarda dos filhos" e já se observou anteriormente que o verdadeiro norteador tem de ser o melhor interesse da criança, afinal é a ela que se deve proteger. Não bastasse, ainda afirma que "inicialmente, sabe-se que para se determinar a alteração da guarda é imprescindível haver elementos que evidenciem alguma situação de risco ou motivo grave que embase e justifique sua alteração", o que também não pode ser tomado como verdade. A alteração da guarda pode se dar por vários motivos, entre eles os citados pelo relator, mas não só estes, sendo um dos grandes modificadores a mudança da situação fática. Se ao perceber-se que a guarda compartilhada é mais benéfica para a criança e para todos os envolvidos e deixa-se de aplicar apenas porque inexistente situação de risco há evidente contrassenso do judiciário, que afasta o bem da criança apenas por critério objetivo.

Já o caso 4 afirma que a aplicação da guarda "pressupõe a inalteração da rotina do menor resguardado.", o que não é verdade. A alteração de rotina comumente vai haver, mas isso não quer dizer que é para necessariamente para pior; ora, pode ser mudança para uma rotina melhor. E é justamente para isso que a guarda compartilhada tem que contribuir; para a rotina da criança ficar mais leve, por estar em contato com as duas pessoas que mais a amam

(na maioria dos casos). Além disso, afirma que o agravante confundiu o instituto da guarda compartilhada e da guarda alternada, o que também não é verdade: não é porque o agravante estava pleiteando regras que isso significa alternar guarda; apenas procurava estabelecer minuciosamente o regime de convivência, e não há problema nisso, como já visto. Em muitos casos é, inclusive, mais benéfico e sugerido que se faça isto. Além disso, o argumento de que por morarem em cidades diferentes não há como haver o compartilhamento de guardas é falacioso; além de que as cidades em questão distavam, como bem asseverado pelo juiz, apenas 100km, sendo possível a conciliação da situação: ademais, a guarda compartilhada é muito mais que a presença física.

Mas existem aqueles que efetivamente tentam perpetuar a confusão (guarda alternada x guarda compartilhada) acima aventada. Observa-se isso no processo n. 2015.024074-1 em que, embora oficialmente a guarda concebida fosse a unilateral, a prática mostrava que a compartilhada já era exercida; não obstante, o agravante confunde os conceitos, almejando alternar a guarda. Aqui, observa-se, é fundamental lembrar que as questões do direito das famílias vão além da regulamentação jurídica; o compartilhamento de guarda pode estar sendo exercido sem nem que as partes percebam. Vê-se:

Dos autos, verifica-se que as partes, após dissolverem o vínculo matrimonial, em Ação de Regulamentação de Visitas, aforada pelo ora agravante, **acordaram em estabelecer a guarda unilateral da filha, ficando a genitora como sua guardiã, assegurando ao genitor a permanência com a menor em finais de semana alternados, das 18:00 de sexta-feira até o início das atividades escolares na segunda-feira, além do pernoite de segunda para terça-feira nas semanas em que não ficar com a filha, além de metade das férias escolares e festas de Natal e Ano Novo também de forma alternadas (fl. 26).**

Percebe-se pelo consignado no acordo entabulado entre as partes, que foi garantido ao agravante o direito de, semanalmente, ter larga convivência com a filha menor, de forma a assegurar e preservar os vínculos de afeto e carinho existente entre ambos.

Não há, nos autos, quaisquer notícias de que o acordo de visitação esteja sendo descumprido, obstado ou sequer dificultado, a justificar a alegação de que a não conversão da guarda unilateral para compartilhada venha causar dano de difícil reparação tanto à menor como a si mesmo.

Ademais, da leitura das razões do recurso verifica-se, na realidade, que o agravante mistura os institutos da guarda compartilhada com a alternada, buscando a modificação da guarda unilateral para a alternada. (grifo nosso)

Ainda, chama-se atenção aos casos de Agravos de Instrumento. Há muitos casos em que as decisões *a quo* atacadas são as que negam a mudança de guarda pretendida em liminar. Por vezes, o judiciário catarinense respondeu que para mudar a guarda em sede de antecipação de tutela deveria ser feito apenas em situações muito excepcionais:

1) TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2015.021674-0, RELATOR DES. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA, julgamento em 23/07/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. INSURGÊNCIA DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.584 E 1.585 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **A modificação de guarda em sede de liminar é medida excepcional**, autorizada somente quando há provas suficientes de que o detentor não a está exercendo de forma condizente com os deveres inerentes a sua condição, agindo em prejuízo dos interesses do menor e colocando-o em situação de risco. A simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, é suficiente para a concessão do benefício da gratuidade de justiça, em conformidade com o art. 4º, da Lei 1.060/50. (grifo nosso)

2) TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2014.076552-5, RELATOR DES. LUIZ CESAR SCHWEITZER, julgamento n. 27/04/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS DE FILHA MENOR. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ANÁLISE POSTERGADA PARA APÓS A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA. INSURGIMENTO DA AUTORA. PRETENSE ALTERAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA OUTRORA AJUSTADA PARA UNILATERAL. AVENTADA MUDANÇA DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A MEDIDA ATENDE AOS SUPERIORES INTERESSES DA INFANTE. **REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC NÃO APERFEIÇADOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (grifo nosso)

Muitas vezes de fato não há *periculum in mora*, mas na hipótese abaixo há verdadeira incongruência quando o relator afirma que não pode modificar a guarda, mas modifica as visitas. Ora, se quer fazer mudança em sede de agravo onde não há perigo na demora e quer deixar a prole mais próxima dos pais, por que mudar o sistema de visitas e não a guarda? Observe-se:

TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2015.046800-2, REATOR. DES. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA, julgamento em 08/10/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PARA COMPARTILHADA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. INSURGÊNCIA DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.584 E 1.585 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A modificação de guarda em sede de liminar é medida excepcional, autorizada somente quando há provas suficientes de que o detentor não a está exercendo de forma condizente com os deveres inerentes a sua condição, agindo em prejuízo dos interesses do menor e colocando-o em situação de risco.

[...]

Não se descuida que com o advento da Lei n. 13.058/2014 alteraram-se os artigos do Código Civil que tratam do assunto, de modo que o compartilhamento da guarda que antes era uma opção passou a ser a regra.

[...]

As visitas fixadas à fl. 38, item 3, foram ajustadas de forma um tanto quanto restritiva e sem compromisso fixo, o que, de fato, pode gerar desentendimentos e desencontros entre os genitores, prejudicando a convivência entre pai e filho.

Dessa feita, acolhendo-se o parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça, amplia-se o direito de visitação entre pai e filho nos seguintes termos: "a) quinzenalmente, aos finais de semana, das 9h de sábado às 18h de domingo; b) alternadamente nas datas festivas; e c) por metade dos períodos de férias escolares" (fl. 58). (grifo nosso)

Pelo menos reconheceu a existência da Lei da Igualdade Parental; mas realmente acredita-se que se pode mudar o sistema de visitas, podendo efetivamente estabelecer o compartilhamento de guarda.

Além desses casos que se equivocaram quanto à aplicação do instituto, os outros parecem ter acertado. Veja-se:

1) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2015.050655-3, RELATORA DES.^a DENISE VOLPATO, julgamento em 29/09/2015
 APELAÇÃO CÍVEL. [...] RECURSO DA REQUERIDA/GENTORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DA FILHA. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERALMENTE EM SEU FAVOR OU, ALTERNATIVAMENTE, GUARDA COMPARTILHADA. SUBSISTÊNCIA. **APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** EXEGESE DO ARTIGO 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. ADEMAIS, **CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA (ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL). SENTENÇA REFORMADA.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. READEQUAÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PEDIDOS DO AUTOR ACOLHIDOS EM PARTE. RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA (ART. 21 DO CPC). (grifo nosso)

2) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.037397-5, RELATORA DES.^a DENISE VOLPATO, julgamento em 01/09/2015
 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DO ADOLESCENTE COM O GENITOR. RECURSO DA GENITORA. [...] MÉRITO. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. SUBSISTÊNCIA. **APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE. EXEGESE DO ARTIGO 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS.** ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA, EXERCIDA HÁ MAIS DE 15 (QUINZE) ANOS, PARA GARANTIR O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR POR AMBOS OS PAIS. FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA (ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM R\$ 1.000,00 (MIL REAIS). EXEGESE DO ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COBRANÇA

SOBRESTADA FRENTE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA (ART. 12 DA LEI N. 1.060/1950). (grifo nosso)

3) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2015.020844-4, RELATORA DES.^a DENISE VOLPATO, julgamento em 07/07/2015

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA COM O GENITOR. ESTABELECIDO O DIREITO DE VISITAS DA MÃE, QUINZENALMENTE, DAS 9:00 ÀS 18:00 HORAS DE SÁBADO E DAS 9:00 ÀS 18:00 DE DOMINGO, SEM PERNOITE. RECURSO DA GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL. INSUBSISTÊNCIA. **APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. EXEGESE DO ARTIGO 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS.** ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS GRAVES QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA GARANTIR O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR POR AMBOS OS PAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA (ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL) MEDIANTE ACOMPANHAMENTO PERIÓDICO DO NÚCLEO FAMILIAR POR NO MÍNIMO UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM R\$ 1.000,00 (MIL REAIS). EXEGESE DO ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COBRANÇA SOBRESTADA FRENTE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA (ART. 12 DA LEI N. 1.060/1950). (grifo nosso)

4) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.066271-7, RELATORA DES.^a ROSANE PORTELLA WOLFF, julgamento em 18/06/2015

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADO COM ALIMENTOS. JUÍZO A QUO QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS. INSURGÊNCIA DA AUTORA. CASO CONCRETO EM QUE AS PARTES FORAM CASADAS POR QUASE 18 (DEZOITO) ANOS, [...], DE CUJO RELACIONAMENTO NASCERAM DOIS FILHOS (UM ADOLESCENTE E OUTRO MAIOR). GUARDA DO FILHO ADOLESCENTE. CONTEXTO DOS AUTOS EM QUE SE ENCONTRAM PRESENTES TODAS AS CONDIÇÕES PARA A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM RESERVAS QUANTO À CONVIVÊNCIA E NÃO DIVERGEM QUANTO À AUTODETERMINAÇÃO DO FILHO, DEMONSTRANDO, EM AUDIÊNCIA, COMPREENSÃO PELO SEU MELHOR INTERESSE, COM RESPEITO À SUA LIBERDADE DE IR, VIR, EXPRESSAR-SE E PARTICIPAR DA VIDA FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 16, INCISOS I, II E V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA NO CASO, COADUNANDO-SE, **INCLUSIVE, COM A VONTADE DO FILHO MANIFESTADA PERANTE A ASSISTENTE SOCIAL. REGIME DA GUARDA COMPARTILHADA QUE HOJE É IMPOSTA COMO REGRA PELO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL.** RESPONSABILIZAÇÃO CONJUNTA QUE CONSERVA O PODER FAMILIAR DOS PAIS. HIGIDEZ DO ART. 1.583, § 1º, DO MESMO DIPLOMA. OBSERVÂNCIA, PRECIPUAMENTE, DO MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SITUAÇÃO QUE TORNA PRESCINDÍVEL DELIBERAR SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DAS VISITAS OU A FIXAÇÃO DE MORADIA. APLICAÇÃO DO ART. 1.583, § 2º, DO DIPLOMA CIVIL.

SENTENÇA REFORMADA PARA FIXAR A GUARDA COMPARTILHADA, MANTENDO O PODER FAMILIAR DE AMBOS OS GENITORES, INCUMBINDO A AMBOS DECIDIR, CONSENSUALMENTE, SOBRE TODOS OS ASSUNTOS DE INTERESSE DO FILHO, SEMPRE RESGUARDANDO SUA AUTONOMIA, LIBERDADE E PARTICIPAÇÃO DAS DECISÕES QUE LHE AFETE [...]

5) TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2013.004337-8, RELATORA DES.^a ROSANE PORTELLA WOLFF, julgamento em 11/06/2015).
 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. **TOGADO A QUO QUE DEFERE A GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR À SUA GENITORA. INSURGÊNCIA DO AUTOR.** AGRAVANTE QUE AFIRMA POSSUIR MELHORES CONDIÇÕES PARA PERMANECER COM A GUARDA UNILATERAL DO FILHO. LITIGANTES QUE PERMITEM QUE O LITÍGIO DA SEPARAÇÃO SOBRESSAIA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PROVAS QUE DEMONSTRAM QUE AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES PARA PERMANECER COM A GUARDA DO FILHO. **IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DE FORMA PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ALTERNATIVA JURÍDICA QUE VISA MINIMIZAR O SOFRIMENTO DA CRIANÇA EM DECORRÊNCIA A SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR QUE, SEMPRE QUE POSSÍVEL, DEVE SER MANTIDO E EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS, MESMO APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Bastante positivo o cenário, pois já frequente a aplicação correta, reconhecendo a existência da Lei n. 13.058/14 e os benefícios do compartilhamento de guarda. Mais gratificante ainda é perceber que nos quatro primeiros casos são decisões em Apelações Cíveis que reformaram a sentença para efetivar o princípio do melhor interesse da criança.

Chama-se atenção, ainda, para o caso acima de número 5 em que a *contrario sensu* da resposta que os Agravos de Instrumento vinham recebendo, concedeu a guarda compartilhada provisoriamente, reconhecendo que mesmo em decisão de caráter temporário e precário pode-se mudar a guarda a fim de garantir o melhor interesse da criança.

Além desses, houve correta consideração do instituto também nos casos abaixo, em que se deixa de aplicar o compartilhamento da guarda, mas por motivos efetivamente relevantes. Observa-se:

1) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.003850-7, RELATORA DES.^a DENISE VOLPATO, julgamento em 11/08/2015
 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA COM O GENITOR. ESTABELECIDO O DIREITO DE VISITAS DA MÃE, QUINZENALMENTE, DAS 9:00 ÀS 18:00 HORAS DE SÁBADO. RECURSO DA GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EM SEU FAVOR. INSUBSISTÊNCIA. **GENITORA QUE, APÓS FIXADA A GUARDA JUDICIAL EM SEU FAVOR NOS AUTOS DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, DEIXOU O FILHO AOS CUIDADOS DOS PAIS SEM PRESTAR QUALQUER ASSISTÊNCIA À CRIANÇA. DESCASO E**

ABANDONO MATERNO EVIDENCIADO. AVÓS MATERNOS QUE POSTERIORMENTE ENTREGARAM O NETO AO GENITOR. CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA HÁ MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS COM O PAI. PRESTAÇÃO CONTÍNUA DE ATOS DE CUIDADO À CRIANÇA. TEMPO SUFICIENTE À FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO MÚTUO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. CONJUNTO PROBATÓRIO ESCLARECEDOR E BASTANTE AMPLO, CONSUBSTANCIADO EM ESTUDO SOCIAL A DEMONSTRAR AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA GENITORA EM MANTER O MENOR SOB SUA RESPONSABILIDADE. NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR O INTERESSE DA CRIANÇA MEDIANTE A REGULARIZAÇÃO JURÍDICA DA REALIDADE FÁTICA. DIREITO DE VISITAS DA GENITORA PRESERVADO. RECURSO DESPROVIDO. (grifo nosso).

2) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.086702-5, RELATOR DES. ALEXANDRE D'IVANENKO, julgamento em 31/03/2015

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA E GUARDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. INSURGÊNCIA QUANTO À PARTILHA E À GUARDA DOS FILHOS. ALEGAÇÃO DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL EM SUB-ROGAÇÃO DE DINHEIRO OBTIDO COM VENDA DE BEM PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER PROVA DOCUMENTAL PARA COMPROVAR REFERIDA TESE. PROVA ORAL QUE NÃO CONTRIBUIU PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO QUE EXISTEM BENS A PARTILHAR. PRETENSÃO REFUTADA. PLEITO DE GUARDA DOS FILHOS EM SEU FAVOR. IMPOSSIBILIDADE. **FILHO QUE RESIDE COM AVÓS PATERNOS DESDE OS OITO MESES DE IDADE. FILHA QUE PASSAVA O DIA COM OS AVÓS. GENITOR QUE MORA ATUALMENTE COM OS FILHOS NA CASA DOS PAIS. VÍNCULO AFETIVO EVIDENTE. LAUDO SOCIAL QUE INDICA ADEQUADA ASSISTÊNCIA DOS AVÓS AOS NETOS. SITUAÇÃO FÁTICA QUE EVIDENCIA TER O GENITOR MELHORES CONDIÇÕES PARA ATENDER AOS INTERESSES DOS MENORES. GENITORA QUE NÃO POSSUI CONDIÇÕES DE ARCAR FINANCEIRAMENTE COM OS CUSTOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DOS FILHOS. VIDA PESSOAL DESORGANIZADA. ALUGUEL PAGO PELO GENITOR. EXISTÊNCIA DE DÍVIDA NÃO QUITADA. NÃO COMPROVAÇÃO DE EMPREGO FIXO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE DEMONSTRA A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DA GUARDA COM GENITOR, EM ATENÇÃO AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. PEDIDO AFASTADO. RECURSO DESPROVIDO. (grifo nosso)**

3) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2015.003149-6, RELATORA DES. RONEI DANIELLI, julgamento em 24/03/2015

DISPUTA DE GUARDA ENTRE GENITORA E AVÓS PATERNOS. SENTENÇA CONFERINDO O MUNUS À MÃE. RECURSO DOS AVÓS E PAI DO MENOR. CRIANÇA CUJA GUARDA FORA VOLUNTARIAMENTE ENTREGUE AOS ASCENDENTES PARA EFEITO DE INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE. CONSTATAÇÃO, JÁ NO PERÍODO DE GRAVIDEZ, DE SÉRIO PROBLEMA CARDÍACO CONGÊNITO. NECESSIDADE DE VÁRIAS CIRURGIAS CORRETIVAS. POSTERIOR SEPARAÇÃO DO CASAL E SAÍDA DA RECORRIDA DA CASA DOS SOGROS. RECUSA DOS GUARDIÕES JURÍDICOS A ENTREGAR O MENOR PARA A MÃE. CONFLITOS JUDICIAIS A INDICAR A ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES. CONDUTA DOS RECORRENTES DENOTANDO ALIENAÇÃO DA APELADA DA VIDA DO MENINO, INCLUSIVE DAS DECISÕES IMPORTANTES SOBRE SUA CONDIÇÃO FÍSICA. LAUDO PSQUIÁTRICO INDICANDO TRANSTORNO DE ANSIEDADE E QUADRO DEPRESSIVO PRECOCE DO INFANTE. **GUARDA QUE DEVE SER REVERTIDA EM ATENÇÃO AOS PRIORITÁRIOS INTERESSES DO MENOR. VÍNCULO MATERNO-**

FILIAL DE FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA PARA O EQUILÍBRIO E DESENVOLVIMENTO BIO-PSÍQUICO-SOCIAL DA CRIANÇA. POSTURA DA ATUAL GUARDIÃ A SINALIZAR A CONVIVÊNCIA PACÍFICA E O RESPEITO À RELAÇÃO DO FILHO COM O PAI E OS AVÓS. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE AVÓS E MÃE INCABÍVEL NA HIPÓTESE. DIREITO DE VISITAÇÃO INALTERADO, AO MENOS POR ORA. POSSIBILIDADE DE FUTURA REVISÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifo nosso)

Estes são casos em que se optou pela não aplicação do compartilhamento de guarda não porque há dissenso, mas efetivamente observando a Lei n. 13.058/14, pois claramente respeitam o pressuposto do art. 1.584, §2º: estarem ambos os genitores aptos para exercer o poder familiar.

Pode-se perceber que o caso n. 1, em que a criança tinha à época do *decisum* 5 anos, baseou-se em laudos para averiguar que houve descaso da mãe com a criação, educação, guarda, sustento e educação da prole. Os estudos apontaram ainda que a genitora não tinha a maturidade e a responsabilidade que pressupõe a maternidade e que, inclusive, abandonou a criança com os avós maternos que a entregaram para o pai, perpetuando a relação dos dois, consolidando-a.

Na mesma senda, no caso n. 2 fica demonstrado que a genitora não está apta para ter a guarda da prole, pelo menos por ora. As provas apontam que a mãe vive em quitinete e não possui condições financeiras de se manter, inclusive sendo pago o aluguel pelo genitor; além disso, ao sair para trabalhar teria que deixar a prole sob os cuidados de babá, enquanto que quando o pai labora ficam com os avós, muito mais recomendável. Além desses fatos, fica ainda demonstrado que a requerente está bastante desorganizada na vida pessoal, e embora o Des. Alexandre d'Ivanenko se mostre relutante em ver a guarda compartilhada como benefício quando há dissenso, fica patente que a não aplicação nesse caso se dá por motivos relevantes e permeados pela legislação: a genitora, de fato, não possuía condição de participar de compartilhamento de guarda.

O caso 3 tem suas peculiaridades quanto aos dois anteriores; trata-se de situação em que quem, em verdade, deseja compartilhar a guarda com a genitora são os avós. Como a importância de as crianças serem cuidadas efetivamente pelos seus pais é indelével, fica claro que a guarda, nesse caso, só não deve ser conferida à mãe caso ela também não fosse apta. Como os estudos sociais demonstraram que a genitora tem plenas condições de cuidar e educar é recomendado que ela possa exercer seu papel de mãe e que os avós exerçam papel de avós. E é neste diapasão que o decidido é claramente resultado da aplicação da nova legislação e que o compartilhamento de guardas é regra, mas ressalva que a solução de

conferir guarda em conjunto para avós e genitores é medida excepcional e que a regra instituída no art. 1.584, §2º, é para compartilhar a guarda entre genitores, o que não se vê *in casu*.

Assim, percebe-se que mesmo com alguns percalços, o caminho para a correta aplicação da lei vai aos poucos se pavimentando. É que numa análise minuciosa das datas de acertos e erros dos arestos percebe-se que os erros vão diminuindo com o passar do tempo. Ressalta-se que alguns desembargadores desde o início acertaram e perfeitamente aplicaram ou deixaram de instituir a guarda compartilhada em momentos corretos, valendo a citação, especificamente, dos Desembargadores Denise Volpato e Ronei Danielli.

3.1.2 Os alimentos nas decisões catarinenses do compartilhamento de guarda

Quanto à fixação de alimentos no tribunal catarinense também existem decisões controversas e outras acertadas. Observe-se:

1) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2015.050655-3, RELATORA DES.^a DENISE VOLPATO, julgamento em 29-09-2015

[...] Estabelecida a guarda compartilhada, e observada a capacidade financeira de ambos os pais (a despeito da diferença nos rendimentos), **desnecessária a fixação de alimentos.** [...]

2) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2015.041153-9, RELATOR. DES. JORGE LUIS COSTA BEBER, julgamento 24/09/2015

[...] **Alusivamente aos alimentos, apesar de a guarda compartilhada não impedir o pensionamento, não verifico, no caso, necessidade de continuidade da prestação alimentícia, tendo em vista que a filha do casal ficará sob a custódia física do pai na maior parte do tempo,** além do que ambos os genitores trabalham e ostentam condições de arcar com as despesas da menor enquanto esta estiver sob seus cuidados, ainda que bem demonstrado nos autos que o genitor apresenta melhores condições financeiras.

3) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.066271-7, RELATORA DES.^a ROSANE PORTELLA WOLFF, julgamento 18/06/2015

[...] Dessa forma, bem sopesadas essas variáveis, à luz do trinômio de necessidade (presumida no caso), capacidade e proporcionalidade, **os valores dos alimentos devidos devem ser rateados nas seguintes frações: 40% por parte da Recorrente e 60% à custa do Recorrido.** Como dito, entretanto, por inexistirem informações quanto às despesas, no momento, deixa-se de balizar a distribuição concreta do encargo, ficando dependente de diálogo e acordo, que decerto já vem ocorrendo, para a satisfação dos débitos dos filhos, sem prejuízo, naturalmente, de eventual execução seguindo os parâmetros fixados.

4) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.045340-0, RELATOR DES. RONEI DANIELLI, julgamento em 03/02/2015

[...]

Em que pese a fixação da guarda compartilhada, tendo em vista que os jovens permanecerão residindo com a mãe, cujos alimentos são prestados in natura, permanece o genitor com a obrigação alimentar nos termos fixados pelo julgador

primeiro grau (1 salário mínimo), em atendimento ao trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade

5) TJSC, APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.047067-1, da Capital, RELATOR DES. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA, julgamento em 26/02/2015.

[...]

A apelante em sua insurgência pugnou pela inversão da verba alimentar fixada na sentença, todavia aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. As crianças e adolescentes têm presumida sua necessidade alimentar, razão pela qual há que se considerar os diversos gastos com alimentação, vestuário, lazer, educação além de outros inerente a faixa etária. Desta forma, uma vez que a residência principal da menor é na casa do genitor a verba fixada para a mãe pagar em favor da filha é necessária para custear parte das despesas da infante.

Interessante perceber que no julgado n. 1 é reconhecida a discrepância entre os valores percebidos pelas partes e mesmo assim é reputada desnecessária a obrigação alimentar. Os pais podem saber e exercer a responsabilidade conjunta, entendendo e se organizando na questão dos pagamentos, independente de obrigação judicial. É o que acontece com muitos casos onde os pais são suficientemente maduros para tanto, mas não é que seja desnecessário o pagamento de alimentos como a decisão afirmou, apenas depende da situação. *In casu*, vê-se que o *decisum* por ter instituído guarda compartilhada sem plano de convivência regulado, também não dispôs sobre os alimentos, relegando tais decisões para o dia a dia dos genitores. Em casos que ambos os genitores se dão bem e tem diálogo desenvolvido pode ser uma opção viável e é o que parece ser nesse caso, com "poucas desavenças [...] [que] tendem a ser superadas com o encerramento da celeuma judicial".

No caso n. 2 percebe-se que o a residência base foi definida como a casa do genitor, e assim, este prestará alimentos *in natura*, e embora ambos afixaram monta relevante, não seria absurdo imaginar que ela devesse pagar alimentos, contribuindo diretamente para parte do custeio da educação ou alimentação.

Já no caso n. 3 percebe-se que há algo incomum, na decisão foi delimitado que os alimentos ficariam divididos entre 40% da genitora e 60% do genitor. É incomum, pois na verdade o que o Judiciário estava realizando era apenas resolução de como as contas deveriam ser divididas; embora seja prática interessante, não se rotula de alimentos, vez que não faria sentido nenhum o genitor pagar uma quantia à genitora e, após, a genitora pagar ao genitor outra quantia a título de mesmas verbas, já que o dinheiro é por natureza fungível, bastando que se compensasse; mas claramente esse não é o objetivo da decisão.

E nos casos de números 4 e 5 são exemplos de aplicação precisa dos alimentos quando do compartilhamento de guardas. Percebe-se que nesse quesito os parâmetros não mudam muito do que na guarda unilateral, principalmente porque o que deve efetivamente

mudar é a presença constante dos dois pais na vida da prole. Quanto às contas, deve haver organização para minimizar a chance de conflitos também nesse aspecto, sendo os alimentos bastante eficazes; aquele que está com a base de residência do infante e já gasta com toda essa estrutura deve (certamente nas situações em que o outro genitor tiver condições) receber alimentos para a ajuda de custo da criação da criança.

Além desses casos, há o processo de n. 2014.064263-6, sob relatoria do Des. Alexandre d'Ivanenko que tem por objeto especificamente a discussão de alimentos em compartilhamento de guardas, com explicação e conclusão plausíveis:

Quanto ao infante, **muito embora tenha sido estabelecida a guarda compartilhada, o magistrado singular determinou a manutenção da criança no lar anteriormente ocupado pela família, cuja administração é agora exercida exclusivamente pela genitora e os gastos por ela suportados.**

Por se tratar o **alimentante** de pessoa com **considerável rendimento**, vê-se que a família sempre gozou de excelente condição de vida, usufruindo de todo o conforto e facilidades cujo acesso restringe-se a uma camada privilegiada da população, podendo-se afirmar, inclusive, que **desfrutavam de certos luxos e extravagâncias.**
[...]

Assim, entendo que a quantia de 3 (três) salários mínimos mostra-se insuficiente para garantir a manutenção do infante em padrão próximo ao anteriormente sustentado.

Registro, em tempo, que não desconheço os motivos pelos quais a verba fora fixada neste patamar, entretanto **a guarda compartilhada deve ser pautada na manutenção do modo de vida do menor.**

Sem embargo da necessária e legal contribuição de ambos os pais, proporcionalmente, **o arranjo deve contemplar a forma como se dará efetivamente a divisão de tempo com o filho.**

[...]

Desta feita, entendo por bem a **majoração** da pensão alimentícia em favor do filho **para 5 (cinco) salários mínimos**, a menos enquanto sua genitora for também beneficiária da verba alimentar. Alterada tal situação fática, permite-se revisão. (grifo nosso)

Assim, percebe-se que neste tópico não há a negação expressa de que é indevido o pagamento de alimentos por conta da guarda compartilhada, mas ainda há certa confusão quanto os exatos termos do porquê e do quando devem ser pagos. Assim, parte do Judiciário catarinense precisa se sintonizar com o tema.

3.1.3 A alienação parental nas decisões catarinenses

A alienação parental foi tratada de diferentes formas pelas decisões. Em algumas se ignorou a alegação, em outras percebeu-se que se tratava apenas de artifício para tentar mudar a guarda e que não passava de falácia do acusador e, por fim, em outras caracterizou-se de fato, tendo sido tomadas medidas para afastar a prática.

No Agravo de Instrumento n. 2015.021674-0 sob relatoria do Des. Sebastião César Evangelista, percebe-se que houve alegação de alienação parental - e esse era o motivo pelo qual o genitor almejava modificação de guarda -, mas que foi plenamente ignorado na apreciação do mérito, apenas se considerando que em sede de liminar para haver modificação deve ser grave bastante grave, dizendo ser necessário o estudo técnico-profissional a fim de observar se é possível a implementação do compartilhamento de guarda. Ora, menciona-se a alienação parental apenas no relatório; deveria o Judiciário ter atentado a esse fato e ter requerido diligência de estudo social para averiguar se há alienação parental de fato. Meros indícios, como já visto, são suficientes para tomar-se medidas, dada a gravidade.

O processo de n. 2015.006229-5, sob relatoria do Des. Eládio Torret Rocha, é situação em que os dois genitores, bastante gravemente, passaram a reciprocamente se insultarem. Ele afirma que ela é alcoólica em depressão e que não dispensa cuidados necessários à criança e ela afirma que ele é "usuário contumaz de drogas" e perigoso. O caso já foi supracitado quando se expunha situações em que a guarda compartilhada definitivamente não poderia ser instituída; e esta é uma das hipóteses pois houve estudo social no qual comprovou-se estar a mãe em depressão. O infante tem 3 anos e portanto é bastante novo para compreender tudo que acontece a sua volta, mas mesmo assim a campanha de alienação parental é clara e indesejável; entretanto, o mecanismo do compartilhamento de guarda a fim de afastar a alienação não pode ser aplicado neste caso, já que um dos genitores não está apto. Fica claro que o melhor interesse da criança é efetivamente que aqueles que estejam a seu redor, em tão tenra idade, sejam completamente capazes de lhe criar. Destarte, a preocupação no *decisum* foi tanto de salvaguardar o bem estar da criança ao não deixar em contato com a mãe depressiva que a questão de alienação nem foi tratada como central. Há apenas um equívoco no voto, pois descreve a guarda compartilhada como se fosse alternada ("de semana em semana, tenha um infante de tão tenra idade — 03 (três) anos (fl. 30) — abruptamente alterado o seu ambiente doméstico"), reputando que nesse caso estaria propensa a instalação de alienação parental. Como já visto, tal informação é válida para a guarda alternada (que engessa as relações), mas não para a compartilhada (que busca união dos pais pela criança e não na divisão igualitária indiscriminada do tempo que cada um passará com a criança).

Nas Apelações Cíveis de números 2014.033737-1 e 2013.037652-1 são requeridas mudança da guarda, e em ambos os casos há alegação de prática de alienação parental; antes de as decisões entrarem nesse mérito, fizeram com que os autos voltassem ao primeiro grau como diligência, a fim de que se realizasse novos estudos, por aqueles estarem antigos. É de

suma importância que isso seja feito, mas com velocidade. A alienação parental, como já visto, é extremamente perigosa e o mero indício basta para que se deva agir. Destarte, acertadas as decisões ao aprofundarem a questão, tratando-a interdisciplinarmente.

Já na Apelação Cível de n. 2014.086702-5 o Judiciário detectou que não há qualquer indício de alienação parental e que foi alegação apenas para desvirtuar a atenção do judiciário. Veja-se:

Registro ainda que, em que pese alegação de alienação parental por parte da demandada, não há qualquer elemento nos autos que indique de fato a existência dessa conduta por parte do genitor e dos avós paternos. Assim, referida alegação não se mostra suficiente para retirar a guarda das crianças em favor do genitor.

Já no caso do processo de n. 2015.014161-8 percebe-se que embora o Judiciário não tenha afastado o compartilhamento de guarda por conta da alienação, o teria feito se mesmo assim a genitora se mostrasse apta. Examine-se:

Todavia, ainda que a apelante demonstrasse total aptidão para o exercício da guarda, esta dificilmente seria mantida sob sua responsabilidade, seja pelos indícios de alienação parental detectados pelas profissionais forenses, seja porque a vontade manifesta do adolescente, com idade e discernimento para ter seu desejo levado em consideração, apontou sempre no sentido de que sua preferência era residir com o pai. (grifo nosso)

É que a genitora foi considerada inapta para exercer guarda pelo cenário em que vivia (havia companheiro que agia com violência com a criança), o próprio filho não queria morar com ela e era privado de atividades naturais à sua idade por adquirir responsabilidades que não eram suas (por exemplo, cuidar dos seus irmãos). No entanto, o relator afirmou que mesmo se a mãe fosse apta, não poderia ser aplicado o compartilhamento de guardas, como pode ser conferido acima. Não se concorda com tal afirmativa, uma vez que estudos comprovam (como visto no capítulo dedicado ao tema) que a guarda compartilhada pode sim ser método de combate à prática de alienação parental.

Como se pode perceber, salvo a exceção apresentada no subcapítulo abaixo, o Judiciário catarinense não reconhece a guarda compartilhada como ferramenta de combate à alienação parental, a despeito das opiniões de psicólogos e juristas apresentadas no capítulo próprio.

3.1.4 Análise dissecada do processo n. 2015.034356-6

Dedica-se capítulo exclusivo para tal caso, na medida em que pode ser inclusive considerado como paradigma - como objetivo a se alcançar. Trata de todos os tópicos do capítulo de forma precisa e em consonância com a integralidade das pesquisas desta monografia. Explica-se.

É caso em que fica evidente o amor de ambos os genitores pelo filho, mas que após a dissolução da relação começaram a surgir problemas. De início, instituiu-se guarda alternada (apenas de fato, sem nada judicialmente regulado), em que cada dia o infante passava na casa de um genitor diferente. Isso foi exercido até que as brigas tornaram-se constantes, quando a mãe passou a exercer (também apenas faticamente) a guarda unilateral, obstando a presença do pai na vida do filho.

Foi nesse cenário que o genitor se viu precisando recorrer ao judiciário. Requereu guarda unilateral para si ou, sucessivamente, compartilhada. O sentenciante instalou guarda unilateral em favor da genitora, regulamentando sistemas de visitas para os avós paternos e o pai, pelo que houve Apelação Cível e da qual houve decisão, que ora é estudada.

Primeiramente, reproduz-se o parecer ministerial:

[...] certamente a fixação da guarda compartilhada não é a solução mais adequada ao caso em apreço, visto que é cediço **que essa modalidade de guarda pressupõe consenso entre as partes**, de forma que, amigável e conjuntamente, consigam tomar as decisões relativas à criança, circunstância esta que, a toda evidência, não se verifica, in casu. [...] (grifo nosso)

E nesse sentido foi a decisão de primeiro grau, que institui guarda unilateral à genitora.

Assim, a decisão é enfática: "no que tange à guarda do menor, cerne do recurso, evidencia-se o desacerto da decisão atacada.". E para isso o relator respondeu, informando da Lei n. 13.058/14 e explicando que ela regulariza o compartilhamento de guarda como regra. Veja-se o brilhante excerto:

De início, convém destacar a **promulgação da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual estabelece, no art. 1584, §2º, do Código Civil, a guarda compartilhada como regra**, a saber: "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".

Tal legislação apenas concretizou uma tendência judicial de fixação da guarda compartilhada, porquanto referido instituto objetiva garantir o melhor interesse da criança, possibilitando que os pais tenham uma participação efetiva na vida dos filhos ao responsabilizar ambos os genitores pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, de forma a minorar os efeitos acarretados por um divórcio, assegurando o direito da criança de "de conviver e ser formado por

ambos os pais, com igualdade de condições." (LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178).

Assim, percebem-se os pontos convergentes com a argumentação utilizada durante os capítulos anteriores desta monografia: reconhece que a guarda compartilhada é um direito de toda a família para, principalmente, assegurar o melhor interesse da criança. E claro, mostra domínio quanto ao assunto, estando completamente atualizado com a doutrina especializada e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (durante a fundamentação do porquê o compartilhamento deve ser prioritário o relator colacionou o acórdão da Min. Nancy Andrighi que demonstra o fenômeno dos pais de domingo e o acórdão da mesma Ministra que reconhece a guarda compartilhada como regra ainda antes da promulgação da Lei em estudo na presente monografia).¹⁷¹

Quanto ao tópico de alienação parental, primeiramente, ressalta-se que pelos estudos feitos em primeiro grau ficou evidente a prática de alienação parental por ambos. Observe-se:

"[...] M. F., 4 anos e 11 meses de idade, mostra-se comunicativo e com o desenvolvimento compatível com a sua faixa etária. Nas duas entrevistas, trouxe falas que apontam **a tentativa de interferência negativa por parte da genitora, como frases prontas** - "Eu quero morar com a minha mãe e minha irmãzinha e continuar visitando o meu pai" (sic), sem ao menos ter sido questionado sobre o assunto. Também apresentou, de forma desconexa e mecânica, discurso negativo com relação à família paterna, o que também indica a tentativa materna de influenciar a criança ("meu pai batia em mim quando eu era bebê"; "é mentira que minha mãe quebrou a loja do meu avô"; "não gosto de tudo lá na casa da vó Irene"; "foi minha mãe que me contou" (sic)). [...] "[...] Em conversa com a professora Daniele do colégio "mundo encantado", a mesma relatou que percebe o aluno bastante confuso e desorganizado em função do conflito entre os pais. Segundo ela, há ansiedade e **tentativas de influenciar o menino negativamente contra o outro genitor por ambas as partes**. [...]."

E é nesse sentido que o relator percebe a gravidade do caso, afirmando que "As circunstâncias dos autos são tão preocupantes a ponto de poder supor-se o enorme sofrimento enfrentado por esta criança."

E assim, o *decisum* demonstra a decisão de primeiro grau acertou ao determinar acompanhamento psicológico dos pais e da criança, com base no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, indica absoluto conhecimento sobre o assunto, por saber o quão preocupante é a temática e saber que, nestes casos, em que ambos os pais estão aptos, demonstram amor pelo genitor e, infelizmente, estão tendo dificuldade de entendimento, a

¹⁷¹ Ressalta-se que ambos os acórdãos citados já foram colacionados na presente monografia. O dos pais de domingo é o de Recurso Especial n. 1.251.000/MG e o que aplica a guarda compartilhada como regra antes da promulgação da Lei n. 13.058/14 é o 1.428.596/RS.

melhor solução é o compartilhamento da guarda. Tal conclusão está em consonância com todos os estudos jurídicos e psicológicos atuais, como demonstrado no capítulo 2 desta monografia.

E, ainda, demonstra pleno conhecimento da aplicação das medidas ao instituir alimentos, em perfeição técnica. Veja-se:

Em que pese a fixação da guarda compartilhada, tendo em vista que o menor residirá parcela considerável do tempo com a mãe, cujos alimentos são prestados in natura e que esta possui condição financeira inferior a do autor, permanece o genitor com a obrigação alimentar nos termos fixados pelo julgador de primeiro grau (autos n. 0017872-48.2012.8.24.0039), 30% dos rendimentos do apelante, em atendimento ao trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade. (grifo nosso)

E, por fim, percebe que o compartilhamento de guarda no dissenso precisa de regulamentação de plano de convivência, a fim de dar segurança e em clara prevenção de novos litígios:

Assim, fixa-se inicialmente a guarda compartilhada da seguinte maneira: a) aniversário dos genitores com cada qual; b) aniversário do filho e dia das crianças em anos alternados, iniciando pela mãe; c) dia dos pais e das mães com os respectivos homenageados; e) Natal em anos alternados, começando pela genitora; f) Ano Novo e Páscoa, iniciando o rodízio pelo pai; g) metade das férias escolares do filho com o pai, outra metade com a mãe. Sem prejuízo dessas datas, o filho ficará com o pai de sexta-feira a segunda-feira, devendo o genitor apanhá-lo na escola na sexta e devolvê-lo na segunda-feira após as aulas, salvo posterior acordo entre as partes, sempre em prevalência do melhor interesse do menor, assegurada a ampla convivência com ambos os genitores.

Fica-se bastante satisfeito ao perceber que há decisão nesse sentido, que abrange todas as maiores questões que permeiam a guarda compartilhada e a Lei n. 13.048/14, triunfando em todos os aspectos e em completa consonância com os mais profundos estudos do assunto. Produz a esperança de que o Judiciário, por completo, evolua para proferir mais decisões assim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho desenvolvido buscou analisar o instituto da guarda compartilhada após a vigência da Lei 13.058/2014, almejando o estudo sob o viés da igualdade parental e suas principais reflexões - os alimentos e a alienação parental.

No primeiro capítulo foram abordadas as espécies de guardas que existem expressamente no ordenamento jurídico, doutrinariamente ou apenas as aplicadas pelos tribunais. Buscou-se entender o contexto histórico no qual a guarda existiu e existe, além de perceber como se dava a sua aplicação até a vigência da lei em estudo, já que esta veio como possível marco.

Preocupou-se, principalmente, em dirimir a dúvida existente, inclusive por juristas, entre a guarda compartilhada e a guarda alternada. Isso porque a confusão é extremamente prejudicial para o assunto em todos os âmbitos, seja prático ou acadêmico. A primeira trata de responsabilidade em conjunto, da verdadeira preocupação do infante como sujeito de direitos e que merece e que precisa ter seu melhor interesse assegurado; enquanto a segunda, se bem analisada, percebe-se ser, na maioria dos casos, bastante prejudicial, já que considera a alternância da guarda física em visível egoísmo dos genitores ao não perceberem que dificilmente a criança terá estabilidade.

Ademais, o presente estudo estabeleceu o porquê da necessidade da promulgação da presente lei. É que em 2008 o legislador já havia tentado implementar o compartilhamento de guarda como regra, mas a infeliz expressão "sempre que puder" permitiu diferentes interpretações e a maciça consolidação de que ela não poderia ser aplicada no dissenso. Autores e jurisprudências vanguardistas, entendendo o verdadeiro intuito do legislador, e sabendo que efetivamente era o melhor para o filho, já alertavam que a interpretação estava equivocada.

Mas a necessidade advinha também do alto grau de deferimento de guardas unilaterais às mães (87,1% em 2012), indiscriminadamente, porque o Judiciário supunha ser a genitora a melhor pessoa para exercê-la. Reconhece-se que existem situações em que os pais não desejam a guarda; mas em muitos outros casos eles querem e ficavam de mãos atadas, pois bastava a mãe instituir o litígio para a guarda compartilhada não ser aplicada - bastava querer -, sabendo que já partia com vantagem, pois o Judiciário fazia essa presunção retrógrada.

Após, os aspectos jurídicos próprios da nova legislação que efetivamente importavam para o estudo da guarda compartilhada foram analisados, abordando quais

mudanças foram instituídas pelo legislador e o porquê, com análise crítica, a fim de saber se foram mudanças positivas ou não. Tal reflexão foi feita com base nos princípios constitucionais que a legislação em estudo salvaguardava: o da igualdade de gêneros, o do melhor interesse do infante-juvenil e o da proteção integral.

No segundo capítulo, fez-se as devidas reflexões dos dois principais institutos nos quais tal lei reverbera: os alimentos, pois muitos acreditam que uma vez que o compartilhamento de guarda é instituído, não são mais devidos - o que é uma falácia, já que tal modalidade prevê a união esforços dos pais e, na maioria das vezes, com base de residência definida, onde o genitor que a detém já paga alimentos *in natura*, devendo o outro contribuir financeiramente para a formação do infante (educação, alimentação, etc); e a alienação parental que muitos pressupõem e temem que com a implementação da guarda compartilhada ela poderá ser iniciada ou se agravar - o que também é uma falácia -; viu-se que quando a síndrome existe serão necessárias algumas medidas do Judiciário, principalmente o acompanhamento psicológico e que, se bem trabalhada, a guarda conjunta pode além de amenizar a alienação, ser efetivamente ferramenta para coibir.

Ademais, destacou-se que o Direito das Famílias possui, por natureza, caráter casuístico. E que a guarda, por tratar de infante que deve ter seu melhor interesse observado, mais ainda. Destarte, percebeu-se que nem sempre a guarda compartilhada vai ser a melhor alternativa e que quando for, não há modelo pré-definido, devendo, obrigatoriamente o Judiciário observar as nuances do caso, montando plano de convivência que melhor atenda os interesses da criança. Assim, verificou-se que a aplicação da modalidade de guarda deve ser de fato caso a caso.

No terceiro e último capítulo, fez-se pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de saber como foi a recepção da lei em estudo. Neste, não se achou nenhum caso julgado após o advento da lei; naquele, localizou-se quarenta casos, dos quais se analisou como se deu a aplicação do compartilhamento de guarda, como foram definidos os alimentos e como foi abordada a alienação parental. Concluiu-se que houve decisões acertadas e controversas, e que para alcançar-se a perfeita aplicação ainda há longo caminho a ser pavimentado pelo Judiciário, embora exista parte do judiciário que já esteja aplicando perfeitamente os institutos ora abordados.

Nesse contexto, restou claro, pelos diversos argumentos abordados, que o compartilhamento de guarda é melhor para todos os envolvidos - genitores e prole e que se espera evolução jurisprudencial para maciço entendimento e correta aplicação do instituto.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo André. Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil - uma análise das interpretações da lei. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, 2012.

_____, Paulo André. Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil - uma análise das interpretações da lei. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, fev/mar., 2013.

Âmbito Jurídico. Parecer da assistente social Carmem Alves de Lima. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11079&revista_caderno=12>.

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Wesley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para a análise da (im)propriedade da expressão "guarda de filhos" quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. **Revista IOB Direito de Família**, v. 71, abr./maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª ed., 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. São Paulo: RT, 2002.

Canal de vídeos do Superior Tribunal de Justiça. STJ Cidadão #280. **A síndrome da alienação parental**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=T1BnTdKuCgc>>.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos – Na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo direitos da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

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

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 23^a ed., 2008.

Discurso de Rui Barbosa enquanto paraninfo em 1920 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <
http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Revista IBDFAM**. v. 7 (jan/fev), 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Prospecções no direito das famílias: aventando hipóteses**. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira. (coord.). **Família e sucessões: sob um olhar prático**. Porto Alegre. IBDFAM, Letra & Vida, 2013..

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias**. Salvador: JusPODIVM, 4^a ed., 2012.

_____, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, vol. 6: direito de família**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARDNER, Richard A., **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?** Disponível em: <
<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmFjY2JjOWVl>>.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

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

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código de Processo Civil Comentado**. ed. 13, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KRAMER vs. Kramer. Dirigido por Robert Benton. Columbia Pictures. 1979. 105 min., son., color., legendado.

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

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

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

MORTE Inventada. Direção de Alan Minas. Caraminhola Produções, 2009.(80 min.);, son., color., dublado.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 3.ed., 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva, **Direito de família e o novo Código Civil**. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

POCAR, Valerio; RONFANI, Paola, **La famiglia e il diritto**. Roma: Laterza, 2001.

Portal da organização Families Need Parents. Disponível em: <<http://www.fnf.org.uk/law-information-2/what-is-shared-parenting#faqnoanchor>>.

Portal de notícias G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/02/stf-recusa-anular-decisao-que-ordenou-entrega-de-sean-ao-pai.html>>.

Portal do Conjur, artigo da Promotora de Justiça Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/mp-debate-guarda-compartilhada-nao-mesmo-alternancia-residencias>>.

Portal do jornal britânico Telegraph. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/men/relationships/fatherhood/10469302/Dads-are-not-always-the-bad-guys-in-break-ups.html>>

Portal do planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm
Acesso em 11/10/2015 <http://www.conjur.com.br/2009-jun-25/juiz-nao-desobedecer-lei-favor-opinio-ruas>>.

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

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

Site da clássica banca advocatícia estadunidense Avram Y. Rosen. Disponível em: <<http://www.avramrosen.com/Pennsylvania-Family-Law-Blog/2011/May/A-brief-history-of-best-interests-.aspx>>.

Site de artigos da Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_aliena%20parental_e_a_perda_do_poder_familiar.pdf>.

Site de pesquisa de jurisprudência canadense. Disponível em: <
<http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2003/2003canlii2363/2003canlii2363.html>>.

Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/995/A+guarda+compartilhada+e+a+igualdade+parental>>.

Site do Ministério Público da Bahia. Disponível em:
<http://www.mpba.mp.br/atuacao/caocif/artigos/artigo_guarda_compartilhada_cristiano_chaves.pdf>.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. São Paulo: MÉTODO, 2014.

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

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral Vieira e VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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