



**Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito**

**NATHANNE ÁVILA SILVA BARROS**

**A GUARDA COMPARTILHADA APÓS O ADVENTO DA LEI 13.058/14:  
Aplicabilidade em casos inconvenientes**

**BRASÍLIA-DF  
2020**

**NATHANNE ÁVILA SILVA BARROS**

**A GUARDA COMPARTILHADA APÓS O ADVENTO DA LEI 13.058/14:  
Aplicabilidade em casos inconvenientes**

Monografia apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Universidade de Brasília - UnB

Orientador: Prof. Mestre Carlos Tadeu de Carvalho  
Moreira

**Brasília-DF  
2020**

**NATHANNE ÁVILA SILVA BARROS**

**A GUARDA COMPARTILHADA APÓS O ADVENTO DA LEI 13.058/14:  
Aplicabilidade em casos inconvenientes**

Apresentação em 24 de novembro de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Mestre Carlos Tadeu de Carvalho Moreira (Orientador)

---

Professor Doutor André Macedo de Oliveira

---

Professora Doutora Suzana Borges Viegas de Lima

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Iolanda e Edvaldo, que sempre me apoiaram a ir atrás dos meus sonhos, estando ao meu lado quando este sonho parecia estar distante, me inspirando e me guiando em toda as jornadas da minha vida.

Aos meus irmãos, Marylane, Osvaldo, Nathaniel e Juan, que me mostraram os benefícios de ter uma família grande, sempre estiveram ao meu lado acreditando no meu potencial.

Ao meu companheiro, Magnus Victor, que desde o início deste sonho me deu forças para não desistir e sempre seguir em frente.

Aos meus amigos, que sempre elevaram à minha autoestima, tanto aos que já conhecia, quanto os que sugeriram na caminhada da graduação, em especial a Anna Letícia, uma companheira que nos momentos difíceis me deu carinho, compreensão e força e também ao querido Helthon Damasceno por me ajudar na elaboração e tradução do resumo deste trabalho.

Ao meu orientador, Ms. Carlos Tadeu de Carvalho Moreira, por toda compreensão, orientações, correções e dicas que elevaram o meu potencial fazendo que conseguisse concluir este trabalho.

Por último, agradeço a todos que acreditaram em mim e me apoiaram durante esta fase da minha vida.

## RESUMO

O presente trabalho trata da aplicação do instituto da guarda compartilhada em decisões judiciais após a edição da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. A Lei estabelece que a guarda compartilhada deve ser a regra nos casos de guarda de menor, mas permite que outras modalidades possam ser adotadas tendo em vista as particularidades do caso. Ao analisar julgados sobre o tema, a pesquisa constatou que a guarda compartilhada é a opção adotada por juízes mesmo em situações que caberiam outra modalidade de guarda. O trabalho conceitua as modalidades de guarda adotadas no Brasil e caracteriza as situações em que guardas alternativas são melhores opções que a guarda compartilhada, tal qual determinado pela legislação.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Guarda Compartilhada. Modalidades de Guarda. Poder Familiar. Lei 13.058. Casos Inconvenientes. Interesse do menor.

## **ABSTRACT**

The present academic work deals with the application of shared custody in solved cases after edition of the Federal Law nº 13,058, from December 22<sup>nd</sup>, 2014. The Law sets that shared custody should prevail in cases of child custody, however, it also grants different custody arrangements according to singularities of the case. By analyzing judicial sentences, the results obtained during the research show that shared custody is the option the most adopted even in cases in which another arrangement would fit better. The work defines the custody arrangements adopted in Brazil and describes the cases in which alternative custodies are a better option than the shared custody, as fixed by law.

Keywords: Applicability. Shared Custody. Custody Arrangements. Parental Power. Law 13,058. Child's Best Interests. Family Law.

**LISTA DE TABELAS**

**Tabela I.** Comparativo da Lei nº 10.406, Lei nº 10.406 e o Projeto de Lei nº 29/2020.....42

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. PODER FAMILIAR .....</b>	<b>11</b>
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	11
1.2 DEFINIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	13
1.3 ESTADO DE FILIAÇÃO.....	16
1.4 SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR .....	18
<b>2. GUARDA.....</b>	<b>19</b>
2.1 CONCEITO DE GUARDA.....	19
2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE .....	22
2.3 MODALIDADES DE GUARDA.....	23
2.3.1 Guarda de Fato.....	23
2.3.2 Guarda Comum, Desmembrada e Delegada .....	24
2.3.3 Guarda Jurídica e Material.....	25
2.3.4 Guarda Originária e Derivada.....	25
2.3.5 Guarda Provisória e Definitiva .....	26
2.3.6 Guarda Unilateral .....	26
2.3.7 Guarda Alternada .....	27
2.3.8 Aninhamento ou nidadaço.....	28
2.3.9 Guarda Compartilhada .....	28
2.4 COMPETÊNCIA .....	29
<b>3. GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>29</b>
3.1 DEFINIÇÃO .....	29
3.2 REQUISITOS .....	30
3.3 GUARDA FÍSICA COMPARTILHADA E GUARDA JURÍDICA .....	32
3.4 EXERCÍCIO DA MATERNIDADE E PATERNIDADE.....	32
3.5 GUARDA COMPARTILHADA POR CONSENSO OU POR IMPOSIÇÃO JUDICIAL .....	34
3.6 RESIDÊNCIA.....	35
3.7 ALIMENTOS .....	36
<b>4 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA EM CASOS INOPORTUNOS ...</b>	<b>38</b>
4.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA .....	38
4.2 RELAÇÃO DOS GENITORES E A IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	43
4.3 DIFICULDADE NA DISTINÇÃO ENTRE GUARDA COMPARTILHADA, GUARDA ALTERNADA E GUARDA UNILATERAL .....	48
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>Referências .....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada, estabelecida como regra no atual ordenamento jurídico, reforça e faz surgir novos questionamentos quanto a sua aplicação, pois, na maioria das vezes, a busca por tal determinação será após uma separação com ambiente de ressentimentos. Os tribunais deverão decidir sobre a aplicação do melhor interesse do menor em um ambiente conflituoso.

A aplicação da guarda compartilhada, como regra, gera importantes questionamentos ao direito, visto a dificuldade em implementar um modelo obrigatório em uma relação conflituosa que não consiga estabelecer ao menos um diálogo e muito menos um acordo, dificultando a qualidade existencial do menor. Diante da preservação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o interesse primordial da guarda compartilhada deveria ser o do menor, priorizando assim, as necessidades reais do filho e não a dos pais.

A atual conjuntura estabelece como princípio a proteção integral às crianças e aos adolescentes. Este princípio condiciona o interesse dos pais aos dos seus filhos. Portanto, diante de diversas modalidades de guarda, deveria o magistrado analisar o caso concreto, verificar a viabilidade e a proteção do menor para assim estabelecer qual instituto aplicar.

O trabalho colabora para o enriquecimento da pesquisa jurídica sobre a guarda compartilhada no Brasil, pois, será feita uma análise do presente regime em relações que apresentam constantes conflitos e entraves jurídicos. Portanto, esta pesquisa contribuirá para a demonstração da necessidade de analisar o caso concreto com minuciosidade antes de estabelecer um regime de guarda primordial.

Centra-se no seguinte questionamento: Após a lei 13.058/14, os aplicadores do direito conseguem estabelecer segurança jurídica nas decisões que envolvam a viabilidade da guarda compartilhada em relações na qual os genitores estão em conflito?

O objetivo geral da pesquisa aqui proposta é analisar os desafios jurídicos, em casos concretos demandados nos Tribunais de Justiça do Brasil, que dificultam o implemento do regime de guarda compartilhada, estabelecida como regra.

De forma mais específica, os objetivos da pesquisa podem ser assim elencados: I– analisar os desafios jurídicos que surgem na aplicação das normas referentes a guarda compartilhada; II– avaliar a situação jurídica dos casos presentes nos Tribunais de Justiça; III – verificar a existência de conflitos quanto a guarda compartilhada; IV– investigar a ocorrência de impactos à supremacia do interesse do menor sobre ao dos pais; V– analisar criticamente os

precedentes judiciais e entendimentos jurídicos sobre a guarda compartilhada estabelecida como regra; e VI– pesquisar outras questões jurídicas relevantes para o estabelecimento da guarda compartilhada.

Desta maneira, este trabalho foi dividido em quatro capítulos: I– O Poder Familiar; II– Guarda; III– Guarda Compartilhada e; IV– A Aplicação da Guarda Compartilhada em Casos Inconvenientes.

O primeiro capítulo apresentará uma reflexão sobre o poder familiar, pois, atualmente a guarda compartilhada é a forma de exercício de tal poder, tendo em vista que essa decorre do poder familiar. Além disso, apresentará as mudanças ocorridas quanto ao aspecto conceitual em diversos contextos históricos.

O segundo capítulo trata-se da guarda em sentido amplo, as suas modalidades, facilitando assim a distinção delas com a guarda compartilhada, como também a competência para julgar os litígios demandados sobre o assunto.

O terceiro capítulo abrange especificamente a guarda compartilhada, os requisitos para a sua aplicação, a aplicação concreta envolvendo elementos importantes como residência e alimentos.

O quarto capítulo irá ser analisado casos concretos em que a guarda compartilhada é inconveniente, demonstrando que alguns tribunais vêm aplicando de forma equivocada passando aos demandantes insegurança jurídica.

## 1. PODER FAMILIAR

### 1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A guarda compartilhada, segundo a melhor doutrina, é decorrente do poder familiar, sendo que este pode ser exercido independentemente da existência daquela. Assim, é pertinente o estudo do poder familiar para se compreender a guarda compartilhada em toda sua extensão.

A definição de família passa por constantes mudanças, principalmente pela interferência do contexto histórico na qual esteja inserida. Diante disso, o seu conceito já foi influenciado por diversos âmbitos que serviram como parâmetro, como a economia, Estado, política, fecundidade e atualmente podemos falar da afetividade.

Conforme Reis (2005), o que atualmente entendemos que seja a família teve início no Direito Romano. Na família existia a figura do *pater familias*, ele era responsável por dirigi-la. A pessoa detentora deste poder era o homem, o chefe da família, esta composta pela mulher e filhos. Assim, tinha-se a ideia do homem como detentor da autoridade do núcleo familiar, só perdendo este poder por força maior, a morte. Essa figuração do homem como autoridade superior estava ligada aos romanos, por verem a família como fragmento do Estado, assim, cabia ao homem não só o exercício do *pater*, mas também a sua responsabilidade pela preservação da função política e religiosa. Deste modo, a família representava um pilar da sociedade romana.

O reconhecimento do vínculo jurídico da relação afetiva entre homem e mulher, apresentado por Diniz (2015), começa a produzir efeitos através da *conventio in manum*, instituto do Direito Romano, em que o marido ao instituir o matrimônio ficava responsável pela sua esposa e pelo seu patrimônio. Desta maneira, os outros membros da família não detinham poderes para alienar o patrimônio (*alieni juris*), eram subordinados às decisões do *pater* sem a possibilidade de questionamentos.

A união poderia se dar através de três formas, a *confarreatio*, a *coemptio* e *usus*. A *confarreatio* era a união através da comunhão, entre as três formas, ela possuía um caráter mais religioso. A *coemptio* tem natureza aquisitiva, o marido na presença de testemunhas se torna o detentor da mulher. Por fim, o *usus*, a união baseada na coabitação na qual após lapso temporal de vida em comum, a mulher era submetida ao poder do homem (DINIZ, 2015).

O imperador Constantino (PEREIRA, C., 2018), a partir do século IV, influenciado pela Igreja Católica, traz a idealização da família cristã. Nesta visão, para a família, o sacramento era mais importante, ou seja, o seu reconhecimento pela igreja vinha à frente do reconhecimento jurídico. Portanto, se têm a ideia da concepção da família patriarcal.

Segundo Rolf e Rafael Madaleno (2019), com o estabelecimento do cristianismo como religião oficial naquele período, algumas regras das leis romanas tornam-se proibidas, por exemplo, a venda do filho, a sua condenação à morte e a entrega como pagamento de dívidas.

O Brasil Colonial era influenciado pelos costumes europeus, como explicita o Rolf e Rafael Madaleno (2019), o ordenamento jurídico do período conferia ao homem a chefia da sociedade conjugal, cabendo a ele, a direção dos atos da vida civil de sua família.

Fica perceptível que o machismo encontrado na sociedade atual foi construído ao passar dos anos, assim, o direito de família carrega problemas, como a desigualdade por conta do gênero, que tem natureza não só jurídica, como também, sociológica e política.

Diante da Revolução Industrial, com a família se deslocando do campo para o meio urbano, vê-se a necessidade da mulher trabalhar nas fábricas, assim, ela começa a ajudar no sustento da família, enfraquecendo o poder que até então era dado ao homem, o chefe de família. No século XIX, o patriarcalismo começa a perder a sua força diante da emancipação. Segundo Reis (2005), as mulheres e os jovens se tornam protagonistas de diversos movimentos trazendo importantes modificações nas instituições familiares. Vemos assim, o deslocamento da família da mão do patriarca para a regulação pelo Poder Público.

No Brasil, apesar da promulgação do Código Civil de 1916, o homem ainda era o detentor do poder, a família era apenas aquela constituída dentro do âmbito matrimonial, existia a distinção entre filhos legítimos e bastardos. O patriarcalismo e o patrimonialismo ainda estavam presentes na estrutura da família e também no exercício do pátrio poder. O Estatuto da Mulher Casada (lei 4.121/1962) contribuiu para a mudança do que seria o pátrio poder, dando a mulher a possibilidade de também o exercer, mas diante de conflitos, a mulher poderia procurar o Poder Judiciário, como isso era muito difícil de acontecer, no fim, prevalecia a vontade do pai.

Com o advento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, foi dado aos cônjuges a igualdade no exercício do poder familiar, não existindo assim um grau de hierarquia no seu exercício sob o fundamento de gênero. Foi uma grande mudança a diversos institutos da família, como o reconhecimento da união estável como entidade familiar, além de não restringir a família àquela composta apenas por homem e mulher, podendo se desdobrar em diversas variáveis, como avó, mãe e neto dentre outras. Dessa forma, o conceito de família atualmente está baseado em relações onde estejam presentes a afetividade e a solidariedade.

Certamente a Constituição Federal trouxe inovações ao ordenamento jurídico, incluindo na lei o que já existia no plano fático, igualando a mulher no tocante a direitos e deveres. É importante notar que a mulher brasileira exerce um papel essencial no âmbito familiar,

principalmente quando se trata da maternidade, em muitos casos desenvolvendo papéis de pai e mãe. Não seria justo ficar um passo atrás na criação de seus filhos, dando assim a possibilidade de exercer o poder familiar. Assim, a mulher, apesar da demora, tem ganhado mais espaço na sociedade.

A família passa a ser vista não apenas sob a ótica individualista, mas também sob a necessidade de tutela do Estado, tendo diversos institutos regulados pelo poder público. Pereira, C. (2018) afirma que houve um deslocamento de autoridade, saindo do patriarca para o Estado. O poder familiar como interesse público, transcenderá o direito privado, passando a se tornar parte da ordem pública.

Portanto, fica claro a inadequação da utilização do termo “pátrio poder”, quando o significado da palavra pátrio se refere a pertencer ao pai remetendo a família patriarcal. A nomenclatura utilizada atualmente é poder familiar, reconhecendo assim que a sua execução independe de gênero sexual e tem como interesse primordial o filho.

## 1.2 DEFINIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Como foi retratado, a Constituição Federal de 1988 foi um marco importante para o Direito de Família, pois designou a igualdade entre mulheres e homens, conseqüentemente, concedeu a ambos o exercício do poder familiar.

O Estatuto da Criança (ECA), promulgado dois anos após a Constituição Federal de 1988, trouxe expressa a igualdade no desempenho do poder familiar. Assim, o art. 21 do ECA afirma que:

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

O dispositivo deixa claro que o poder familiar será exercido em igualdade de condições entre o pai e a mãe. A consolidação infraconstitucional, como é apresentada por Reis (2005), demonstra que os limites saem da sociedade conjugal, tendo como foco a proteção do menor. Além disso, o ECA, em consonância com a Constituição Federal estabelece aos genitores a responsabilidade pela educação, guarda e sustento de seus filhos.

Composto pelo conjunto de direitos e deveres perante filhos menores e incapazes (até os 18 anos ou em caso de emancipação), o Poder Familiar, é reconhecido aos pais, estes são os titulares, em virtude da autoridade parental. Gonçalves (2017), defende que a expressão autoridade parental representa melhor tal instituto por conferir um sentido mais moderado,

principalmente pelo fato de envolver não só poderes, como também deveres sob pena de responsabilização.

Segundo Pereira, C. (2018), o poder familiar está ligado entre o poder e a responsabilidade sobre o menor, assim, a autoridade parental seria o elo entre ambos, trazendo uma reflexão sobre o que seria o poder familiar, pois, demonstra que há sobre o filho uma carga maior de responsabilidade do que de poder. Além disso, ele defende que o desempenho do instituto é realizado sob a medida do melhor interesse do menor.

A igualdade no exercício do poder familiar traz aos pais a responsabilidade pelos atos praticados pelos seus filhos. É importante destacar, que atualmente a família é vista sobre o pilar da afetividade, portanto, não é somente aquela composta por um pai, mãe e filho, esta pode ser constituída de diversas formas, exemplo, a avó que cria seu neto, esta provavelmente será a detentora do poder familiar.

O Código Civil de 2002, no art. 1.630 determina que “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O poder familiar é um instituto do direito de família que, conforme o Código Civil de 2002, decorre do vínculo da filiação, mas é distinto da adoção, da guarda, e diversos outros institutos. A filiação, de forma breve, seria a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau. O poder familiar abrange um conjunto de direitos e deveres que serão exercidos sobre os filhos. O menor, portanto, como é apresentado por Albuquerque (2004), sai do polo de objeto deste poder para ser o sujeito de direitos.

Desta maneira, como é tratado por Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2018), a prole é a razão natural do poder familiar, ou seja, ele não está ligado a relação conjugal dos genitores. O Código Civil, no artigo 1.362, deixa explícito que diante da dissolução conjugal a relação paterno-filho não é alterada. Ademais, diante do fato dele não estar ligado a afetividade entre os pais do menor, fica claro que a guarda não extingue o poder familiar. Tartuce (2014) explica que tal dispositivo confere aos pais o dever da convivência familiar, sendo fundamento para a propositura de ação por abandono afetivo.

O filho, que não possui reconhecimento da paternidade, dá a mãe o seu exercício exclusivo. Ainda, diante da ausência do Poder Familiar poderá também ser estabelecido a tutela a um terceiro, conforme o art. 1.633 do Código Civil de 2002.

Os avós, apesar de não possuírem o poder familiar, poderão ter o direito de visita, conforme o art. 1589 do Código Civil. Além do mais, os avós podem, em observância do melhor interesse do menor, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, possuir a guarda do neto.

Os pais, responsáveis pelos filhos, apesar de terem a liberdade, até certa medida, na forma de desempenho do poder familiar, deverão buscar a proteção do menor. Portanto, através

do poder familiar terão uma série de obrigações com a finalidade de buscar o melhor para o menor. O não cumprimento dos encargos conferidos aos responsáveis acarretará em punições, exemplo do menor que causa danos a terceiros, a responsabilidade será dos seus genitores, além de ser uma responsabilidade objetiva, ou seja, que não tem a necessidade da demonstração de culpa, apenas da conduta, o nexo de causalidade e por fim o dano.

O atual Código Civil detalha em seu artigo 1.634 o exercício do poder familiar, conferido a ambos os cônjuges, pai e mãe ou membros de uma relação homoafetiva, diante de qualquer situação conjugal, separados ou em vivência matrimonial. Assim, compete a eles:

Art. 1.634. (...)

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

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

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Verifica-se, assim, que o exercício deste poder, como já foi abordado, confere direitos e deveres, inclusive dá aos pais o direito de recorrer ao Poder Judiciário diante de situações que exorbitem a sua execução. Exemplo do inciso VIII, na qual caberá ação de busca e apreensão contra aqueles que ilegalmente detenham a criança, o que é comum ocorrer nos casos em que um dos genitores não entrega a criança ao outro, no dia de visita.

É importante destacar que diante de divergências na tomada de decisões que envolvem o exercício do poder familiar, os titulares podem buscar a tutela jurisdicional para resolução das desavenças, sendo competência da Vara de Família.

Diante da inerência de tal poder à prole, a doutrina e a jurisprudência consideram que este exercício é irrenunciável, inalienável, imprescritível e intransferível. Desta forma, os pais não poderão renunciar seu exercício, não poderão transferi-lo a outrem (em regra), e não deixa de existir pela ausência do seu desenvolvimento. Entretanto, com o desenvolvimento da capacidade do menor, o poder familiar será diminuído até a sua extinção perante o reconhecimento da plena capacidade civil, em regra, pela maioria.

Como medida de proteção o poder familiar poderá ser suspenso. Além disso, poderá também ser extinto pela maioria, pela morte dos pais, ou ainda, pelo estabelecimento judicial (adoção, emancipação, destituição do poder familiar).

### 1.3 ESTADO DE FILIAÇÃO

A filiação é a relação de parentesco conferida pela consanguinidade, em primeiro grau e em linha reta, estabelecendo aos pais que geraram ou têm o filho como se houvesse gerado, conforme é apresentado por Gonçalves (2017).

O Código Civil de 1916 trazia distinção quanto a legitimidade da filiação. Os filhos legítimos eram os gerados dentro do matrimônio, ou poderia ser conferida a legitimação aos filhos concebidos antes do casamento. Os ilegítimos eram os havidos fora do casamento, os espúrios, resultado de relação extraconjugal.

A Constituição Federal de 1988 determina a igualdade entre os filhos, não existindo mais a distinção pela legitimidade. Portanto, aos estabelecidos dentro da relação conjugal, extraconjugal ou pela adoção serão reconhecidos como filhos sem diferenciações.

Há a presunção legal de paternidade, esta é conferida em decorrência da presunção da fidelidade da mulher em relação ao matrimônio. Assim, a criança que for concebida como decorrência do casamento será presumida a paternidade. Gonçalves (2017) afirma que isso ajuda a conservar a segurança e a paz familiar.

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002 expressa um rol de formas de presunção da paternidade quanto aos filhos gerados em decorrência do casamento.

O inciso I “nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal” e o II “nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade a anulação do casamento” tratam da presunção relativa (*iuris tantum*) em decorrência do aspecto biológico e temporal possível de uma gestação. Além disso, o segundo inciso protege a paternidade diante de separações de fato.

Apesar de estabelecido pelo código, a presunção relativa quanto a paternidade, diante do caso concreto, em que se busca a solução de conflitos no reconhecimento da paternidade, a primeira solução a ser aplicada pelo poder judiciário é a realização do exame de DNA. Além disso, a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça induz a presunção *iuris tantum* da paternidade ao suposto pai que se recusa a realizar o exame de código genético. Diante disso, verificamos que tais incisos têm pouca eficácia quando se busca o reconhecimento da filiação.

Um avanço do atual Código Civil em relação ao anterior, em consonância ao avanço da tecnologia e da ciência, foi a proteção à procriação assistida conferidas pela reprodução artificial homóloga ou heteróloga, presentes nos incisos III, IV e V. À presunção dos filhos decorrentes da fecundação homóloga (material genético dos cônjuges) mesmo que o pai tenha falecido. Pereira, C. (2018) levanta a posição da importância de tal previsão, visto que a herança é decorrência da causa morte, protegendo o patrimônio que é direito do filho. Ademais, presume também o concebido pela reprodução artificial heteróloga (material genético de terceiro), tendo como requisito uma autorização prévia do marido/pai.

Verifica-se que ao tratar de fecundação heteróloga, o Código Civil dá a filiação uma natureza baseada na vontade, em que não se baseia no código genético, ou ainda na presunção da relação sexual. Portanto, em consonância com o Enunciado n. 104, da I Jornada de Direito Civil, sob interpretação do Flávio Tartuce, o planejamento da técnica de reprodução assistida em conjunto a da vontade juridicamente qualificada gera uma presunção quanto a paternidade, sendo necessário a análise do caso concreto para definir se é uma presunção absoluta ou relativa.

Diniz (2010), afirma que a paternidade presumida em relações que envolvam a inseminação heteróloga protege a mulher e a criança, visto que o marido autoriza o reconhecimento da paternidade previamente, conferindo assim um fundamento moral, dando privilégios também a uniões estáveis e relações socioafetivas. Quanto às relações homoafetivas, o Superior Tribunal de Justiça publicou o Informativo n. 513:

DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. CONCESSÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL DE MENOR FRUTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA À COMPANHEIRA DA MÃE BIOLÓGICA DA ADOTANDA. A adoção unilateral prevista no art.41, §1º, do ECA pode ser concedida à companheira da mãe biológica da adotanda, para que ambas as companheiras passem a ostentar a condição de mães, na hipótese em que a menor tenha sido fruto de inseminação artificial heterodoxa, com doador desconhecido previamente planejada pelo casal no âmbito estável homoafetiva, presente, ademais, a anuência da mãe biológica, desde que inexistir prejuízo para a adotanda. O STF decidiu se plena a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, o que trouxe, como consequência, a extensão automática das prerrogativas já outorgadas aos companheiros da união estável tradicional àqueles que vivenciem uma união estável homoafetiva. Assim, se a adoção unilateral de menor é possível ao extrato heterossexual da população, também o é à fração homossexual da sociedade. Deve-se advertir, contudo, que o pedido de adoção se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual a adoção será deferida quando apresenta reais vantagens para o adotando”. Nesse contexto, estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento ou problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. Dessa forma, a referida adoção somente se mostra viável no caso de inexistir prejuízo para a adotanda. Além do mais, a possibilidade jurídica e a conveniência do deferimento do pedido de adoção unilateral devem considerar a evidente necessidade de aumentar, e não de restringir, a base daqueles que desejem adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que, longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por

um lar. (STJ – 3ª Turma - REsp 1.281.093-SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2012).

Verifica-se a clareza no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, que assim como outras formas de família, ela também poderá utilizar da técnica de inseminação artificial. O presente enunciado dá a possibilidade da adoção unilateral diante da produção assistida heteróloga realizada por uma das mães, equiparando-se assim a união estável socioafetiva à união estável heteroafetiva.

Além da filiação originada do ventre da mãe, existe a adoção, este é um ato jurídico que confere a uma pessoa o estado de filiação sem a necessidade da consanguinidade. Conforme foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, a adoção exige uma sentença judicial, além disso, em seu artigo 227 deixa claro que os filhos originados da adoção terão os mesmos direitos e qualificações que os outros filhos, além da vedação de ações discriminatórias.

Portanto, a filiação é uma relação jurídica originada do parentesco de descendência de primeiro grau, esta pode ser dada pela consanguinidade ou por forma diversa. Tal instituto foi tratado para compreender quem é filho, e a quem deve ser aplicado o poder familiar. Assim, fica claro que o poder familiar dá aos genitores o dever e a responsabilidade de cuidados sobre os menores decorrente do estado de filiação.

#### 1.4 SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é estabelecido com o objetivo de proteger o menor, assim, ele é conferido aos pais até o alcance da maioridade. Contudo, existem algumas situações que poderão redundar em suspensão, extinção ou a perda do poder familiar.

A extinção do poder familiar, em regra, necessita de ato jurisdicional e é tratada pelo Código Civil. Assim, o artigo 1.635 traz algumas hipóteses como a morte do filho ou dos pais, emancipação do filho, maioridade, adoção e extinção do poder familiar por decisão judicial.

A emancipação é um instrumento legal que confere a uma pessoa que ainda não atingiu os 18 anos, a capacidade civil. O menor deve ser maior de 16 anos, poderá ser concedida por ambos os pais, neste caso não necessita do consentimento do menor ou do poder judiciário. É necessário a realização de uma escritura pública feita pelos pais em cartório. Além disso, ela é irrevogável, não sendo possível a sua retratação. Caso um dos pais não concorde com a emancipação, essa poderá ser substituída por decisão judicial. Existem outras possibilidades de emancipação como o menor possuir economia própria, colação de grau em curso de nível superior e pelo casamento.

Atingida a maioridade, extingue-se o poder familiar, pois, adquire-se, como regra, a capacidade civil. Já na adoção o que ocorre é a transferência do poder familiar, que sai dos pais biológicos para o adotante.

O poder judiciário poderá, por decisão fundamentada, extinguir o poder familiar diante de atos contrários a proteção e dever de cuidado dos genitores sob seus filhos, como exemplo a repetição de práticas que suspendem o poder familiar, castigos exagerados, abandono e práticas contrárias aos bons costumes e a moral.

A suspensão do poder familiar, tratada no artigo 1.637, apresenta três hipóteses: o descumprimento dos deveres; ruína dos bens dos filhos; e a condenação em virtude de crime cuja pena ultrapasse a dois anos de prisão. Além disso, o ECA, no artigo 249 estabelece a multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, a título de dolo ou culpa, os deveres conferidos pelo poder familiar.

É importante destacar que a legislação não estabelece o período de suspensão, cabendo ao juiz, *ex officio*, ou mediante representação do Ministério Público, ou ainda perante requerimento de parentes, suspender o exercício do poder familiar pelo limite de tempo conveniente ao melhor interesse do menor.

Existe ainda a perda do poder familiar, considerada pela doutrina e pela jurisprudência como a sanção mais grave. O art. 1.638 do Código Civil atualizado pela lei 13.509/18 traz hipóteses que poderá ser destituído o poder familiar diante do abuso, omissão do dever de cuidado, ou diante da ausência de cumprimento de deveres estabelecidos em prol do menor.

Portanto, o poder familiar, decorrente do estado de filiação. Como foi tratado neste capítulo, deverá ser exercido com cautela e em busca do melhor interesse do menor. Assim, diante de ações que prejudique o desenvolvimento físico ou psíquico do menor, abrangendo o seu direito à infância, será suspenso ou perdido este poder.

## **2. GUARDA**

### **2.1 CONCEITO DE GUARDA**

A guarda é um instituto jurídico decorrente do poder familiar, na qual abrange tanto a custódia do menor quanto o dever de proteção. Assim, ela confere a responsabilidade de providências vitais da criança ou do adolescente, sejam elas materiais como alimento, vestuários, ou imateriais como a formação moral.

Como decorrência do poder familiar, a guarda será tanto um dever como um direito dos genitores, cabendo a eles criarem e educarem seus filhos, tendo o direito de convivência, porém a convivência poderá ser mantida ainda que não esteja exercendo a guarda (RAMOS, 2016).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227 dá ao menor o direito de crescer e ser educado no âmbito familiar natural. Assim, a guarda será preferencialmente dos genitores, em que estes deverão assegurar prioridade ao melhor interesse da criança e do adolescente, conferindo-os dignidade e conforme o art. 227, livrando-os de qualquer forma de negligência, violência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

A criança deverá, em regra, ser criada no ambiente familiar natural, direito garantido pela Constituição Federal de 1988. Contudo, buscando o interesse primordial do menor, este poderá ser colocado em uma família substituta através da adoção, guarda ou tutela, conforme a legislação ordinária (PEREIRA, C., 2018).

Diante disso, verifica-se que a guarda não é conferida apenas aos genitores do menor, poderá ser destinada a outrem. Quando a guarda é passada para um terceiro, a preferência é que seja alguém com ligações naturais, como os avós.

Segundo o Código Civil de 2002 existem duas modalidades de guarda, a unilateral e a compartilhada. Na unilateral a guarda é conferida apenas a um responsável, dando ao outro, o não detentor da guarda, em regra, o pai ou a mãe, o direito de visitas e o dever de vigilância dos interesses dos filhos. Na guarda compartilhada, como o nome já explicita, a guarda será exercida de forma compartilhada, em regra, entre o pai e a mãe. Este é um sistema prioritário no ordenamento jurídico, a justificativa da doutrina é que ela atende o melhor interesse do menor.

Verifica-se que a discussão ao estabelecimento da guarda, no Código Civil de 2002, envolve a redistribuição de papéis entre os membros da família diante de separação de fato. Deve-se atentar a preservação do interesse do menor, diminuindo o seu sofrimento, além da manutenção, na medida do possível, do convívio familiar (DINIZ, 2010). Contudo, enquanto há a união entre os genitores, a guarda será desempenhada entre ambos.

O art. 1.584 §5º do Código Civil de 2002 confere a possibilidade da guarda ser exercida por terceiros que não sejam os genitores, diante do melhor interesse da criança.

A guarda deve ser entendida como uma forma de preservação dos interesses do menor, se atentando que diante do estabelecimento da guarda unilateral, não se deve titular como vitória de uma batalha, pois, ainda que seja estabelecido a apenas um, o outro ainda detém o poder familiar, além do direito à convivência conferido ao filho, esta não podendo ser confundida com a visita (GROENINGA, 2001).

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trata da guarda sob uma visão de direito assistencial, existindo fora do âmbito familiar natural como é tratado pela Constituição Federal de 1988. Verifica-se no art. 28 do ECA “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”, a guarda é tratada como uma maneira de colocação do menor em uma família substituta. Além desse dispositivo encontra-se o art. 33 dando continuidade a essa natureza de substituição:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, **o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos**, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Lei. n. 8069, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança. Art. 33 grifo nosso)

Verifica-se que o tratamento dado a guarda pelo ECA é uma forma de regularização da substituição familiar decorrente da impossibilidade de convivência entre a criança e os seus genitores. Além do mais, o dever de assistência, ainda que o guardião tenha o dever de prestação de assistência material e imaterial, é também conferido, em regra, aos pais.

Como Rolf e Rafael Madaleno (2018) explicita, o Estatuto da criança e do adolescente, apresenta duas modalidades de guarda, a provisória e a definitiva. A provisória, é aplicada de forma especial, pois ela é destinada a situações excepcionais com o objetivo de suprir a falta de responsáveis. A definitiva atribui a posse de fato do menor em processos de tutela e adoção, podendo ser conferida como uma medida preparatória, cautelar ou incidental.

## 2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Ao estabelecer o regime de guarda aplicável, como regra, o juiz deverá analisar o caso concreto e verificar como atenderá o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, a guarda deverá ser a sua aplicação prática.

Pereira, T. (2014) atesta que o princípio do melhor interesse da criança surge do instituto inglês *parens patriae*, em que tem como justificativa a proteção de incapazes e de suas prioridades. Este instituto se desenvolveu e foi dividido entre a proteção do menor e a proteção dos loucos, termo utilizado no século XVIII.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente teve com uma das maiores contribuições para a sua efetivação, a Convenção Internacional sobre os direitos da criança. A convenção estabeleceu como criança aquele que possui menos de 18 anos, tendo algumas exceções como a emancipação.

É importante considerar que a Convenção, desde o seu preâmbulo, destaca a importância do âmbito imaterial na criação do menor, devendo crescer em ambiente familiar harmonioso.

No Brasil, o princípio do melhor interesse do menor é considerado por alguns autores, como Gama (2011), o responsável por dar às crianças e aos adolescentes o posicionamento de sujeitos de direito nos quais devem receber prioridade, assistência e ampla proteção tendo o ECA como a legislação que efetiva este direito.

Este princípio deve ser norteador de políticas que se concentrem na infância e juventude. Portanto, o gestor público também deverá considerá-lo ao elaborar políticas públicas voltados ao menor (COLUCCI, 2014).

Além de políticas públicas, cabe também ao Poder Judiciário analisar, diante do caso concreto, a decisão que representará melhor o interesse da criança e do adolescente. Alguns autores, como Rosa (2008) e Diniz (2010) o levantam como regra de interpretação do ordenamento jurídico.

Barboza (2011), critica a legislação brasileira por não definir de forma exata o que seria o princípio do melhor interesse do menor, dando abertura a um conteúdo indeterminado, podendo ser estabelecido de forma aleatória à Constituição. Contudo, como Colucci (2014) ressalta, diante do caso concreto, as relações familiares são complexas, sendo impensável estabelecer o princípio de forma objetiva capaz de abarcar todos as situações e conflitos que envolvam crianças e adolescentes. Cabe ao princípio ser uma direção que diga ao Estado que caminho seguir, para que diante da indeterminação de critérios, consiga abranger uma gama maior de situações.

O núcleo conceitual, conforme Sottomayor (2002), deve ser objetivo, ainda que o seu conceito seja vago e elástico. Portanto, deve-se ter um mínimo de objetividade para que não

haja decisões do Poder Judiciários discrepantes em situações que haja uma grande semelhança. Teixeira (2009) afirma que o seu núcleo conceitual, concentra-se na oportunidade das crianças e dos adolescentes terem acesso e poderem exercer direitos fundamentais.

## 2.3 MODALIDADES DE GUARDA

A doutrina de Direito de família apresenta uma grande diversidade de modalidades de guardas, para compreender melhor o instituto é importante conhecê-las.

### 2.3.1 Guarda de Fato

A guarda de fato é estabelecida pelos fatos e não por uma ordem jurídica. Ela existirá independente da manifestação do juiz, assim, ela é definida de forma voluntária por aquele que assume a responsabilidade e os deveres de cuidado do menor. No Brasil é comum, conforme diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), após uma separação conjugal, a guarda de fato será da mãe, em regra, até uma decisão judicial. Outra situação bastante comum é a avó que cria seus netos sem nenhuma determinação judicial, hipótese que poderá ser regularizada para o reconhecimento da posse de fato.

A guarda de fato é importante ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme o inciso I do art. 147 do ECA, que define o domicílio de quem detém a guarda de fato do infante como foro competente para julgar litígios sobre a guarda. Entretanto, para respeitar o princípio do melhor interesse do menor, essa competência poderá ser flexibilizada, como verifica-se no julgado do STJ abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CONSENSUAL. FORO DE COMPETÊNCIA. ART. 147, I DO ECA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA DE MENOR. INDISPONÍVEL. TRANSIGÍVEL. O propósito recursal é julgar acerca da competência do juízo brasileiro para tratada homologação de acordo extrajudicial de mudança de guarda de menor, tendo em vista que a avó paterna, a quem se visa transferir a guarda e com quem se encontra o menor, é domiciliada nos Estados Unidos. A inteligência do art. 147, inc. I, do ECA é a de que **o foro competente para julgar controvérsias sobre guarda é o domicílio de quem detém a guarda de fato** do infante, de forma a minimizar os impactos do litígio na vida do menor e a oferecer prestação jurisdicional a este de forma rápida e efetiva. **A hipótese de acordo extrajudicial de mudança consensual de guarda sem controvérsia que demande o estabelecimento de processo litigioso possibilita a flexibilização da norma cogente, em atenção ao melhor interesse do menor.** O acordo que se limita a estabelecer forma de exercício de guarda não implica em renúncia de direito, sendo possível de transação. Recurso Especial conhecido e provido, para fixar o foro de competência no Brasil e homologar o acordo de transferência de guarda. GRIFO NOSSO (STJ – 3ª Turma – Resp 1597194 GO 2016/0113371-3 - Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI - Data de Julgamento: 15/08/2017, Data de Publicação: 22/08/2017)

Assim, como o próprio julgado afirma, o estabelecimento do foro de competência de controvérsia sobre a guarda será no domicílio de quem detém a guarda de fato, pois, é uma maneira de diminuir os impactos do conflito na vida do menor, além da celeridade processual. Porém, ela poderá ser flexibilizada frente à um caso concreto para dar efetividade ao melhor interesse do menor.

Ralf e Rolf Madaleno (2018), afirmam que o vínculo jurídico criado pela guarda de fato só será desfeito caso haja fundamento para alteração, pois aquele que assume a responsabilidade de exercê-la, demonstra a preocupação e o cuidado pelo menor, além do vínculo afetivo, um pilar importante ao direito de família.

Grisard Filho (2009) relata que essa modalidade não apresenta qualquer fiscalização do Estado, além de não possuir direito de autoridade sobre o menor diante da ausência de qualquer procedimento legal ou judicial. Contudo, esta visão é equivocada, tendo em vista que apesar de ser uma decisão voluntária na criação do menor, a guarda de fato também poderá ser de um dos genitores, estes detêm o poder familiar originado do estado de filiação, na qual desde o nascimento do menor deverão cumprir obrigações para um bom desenvolvimento da criança e do adolescente.

### **2.3.2 Guarda Comum, Desmembrada e Delegada**

A guarda comum é a exercida dentro da relação conjugal dos genitores. Assim, na constância da União, os genitores irão exercer o poder familiar de forma igualitária.

Conforme Grisard Filho (2009), a guarda comum existirá na convivência diária dos cônjuges, cumprindo o dever de cuidado ao filho de forma conjunta. Contudo, ela poderá ser desmembrada diante da intervenção do Estado em que irá outorgar a guarda em busca da proteção do menor.

A guarda desmembrada será aquela em que o Estado desloca a guarda da autoridade parental, através do Juizado da Infância e da Juventude, com o objetivo de proteger a criança ou o adolescente, outorgando a alguém que não possua o poder familiar. Já a guarda delegada será exercida por em nome do Estado mas por alguém não detém a representação legal do menor (GRISARD FILHO, 2009).

Portanto, diante da periculosidade ao desenvolvimento social da criança, na qual o menor encontra-se em estado de abandono ou em outra forma de risco, o Estado poderá desmembrar a guarda do poder familiar.

### **2.3.3 Guarda Jurídica e Material**

Na união conjugal entre os genitores, ambos exercem de forma conjunta o poder familiar e a guarda. Entretanto, diante da dissolução matrimonial a guarda se desvinculará do poder familiar. Um dos genitores será o guardião e o outro o não guardião, assim haverá uma divisão na guarda, porém, o poder familiar ainda será de ambos. O guardião disporá da guarda material, pois, ele detém a guarda de fato, além da posse e a vigilância diuturna do menor que habita no mesmo lar. Já a guarda jurídica será atribuída a ambos, pois ela é a própria expressão do poder familiar, dando a ambos a responsabilidade sobre a formação do menor (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

A guarda jurídica também conhecida como guarda legal é atribuída por lei e decorre do poder familiar. Esta modalidade é destinada a dar efetividade a responsabilidade parental, pois será dever de ambos os genitores zelar, proteger e vigiar o menor para que este tenha um bom desenvolvimento físico, psíquico e social.

A guarda material também conhecida como guarda física é a presença contínua do menor no lar do detentor da guarda, ou de um dos detentores no caso da guarda compartilhada. É importante observar que na guarda unilateral, a guarda física será do detentor legal da guarda. Já na guarda compartilhada, em consonância com a boa doutrina e com a jurisprudência, deverá ser atribuído um lar referencial ao menor para que este detenha estabilidade e uma referência sobre o lar, assim, quem tem o lar como referencial, terá a guarda material.

### **2.3.4 Guarda Originária e Derivada**

Receberá a nomenclatura de guarda originária aquela exercida por quem de forma natural detenha o poder familiar e o direito-dever de zelo e assistência (material, moral e afetiva) aos menores, essa forma se origina da própria filiação definindo os genitores como guardiões originários (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

A guarda derivada é definida por lei, forma de substituição da família natural, sendo estabelecida a quem exerça a tutela do menor, podendo ser o Estado no exercício da sua função social através de um órgão oficial ou um particular de maneira dativa, através das hipóteses legítimas ou testamentária (GRISARD FILHO, 2009).

### **2.3.5 Guarda Provisória e Definitiva**

Diante da dissolução conjugal, através de uma ação cautelar ou através de tutela antecipada, poderá ser dada a um dos pais a guarda provisória até o trânsito em julgado que discuta sobre o assunto com o objetivo de organização da vida familiar. Ela será atribuída àquele que na época dos fatos possua melhores condições ao exercício provisório. É importante

destacar que como a própria nomenclatura define, a guarda será transitória até a validação de uma sentença judicial que defina a guarda definitiva. (CABRAL, 2004).

Através de uma sentença judicial, será definida a guarda definitiva, levando em consideração o melhor interesse do menor. Apesar da denominação definitiva, a ação que decida a guarda tem natureza continuativa e diante de novos fatos que justifique a alteração do regime de guarda, poderá ser alterada a titularidade da guarda.

Deve-se atentar que após a definição da guarda definitiva, a sua alteração será uma medida excepcional, não se justificando a mera hipossuficiência econômica ou ainda, quando os genitores entrarem em consenso quanto à alteração da guarda a um terceiro que possua vínculo familiar, se não encontrar uma situação excepcional, a guarda deverá ser mantida aos genitores. (ROLF e RALF MADALENO, 2018).

### **2.3.6 Guarda Unilateral**

A guarda unilateral, prevista no Código Civil, é a proposta de maneira exclusiva a apenas um dos genitores ou a outro que o substitua. A um genitor é dada a guarda do menor e ao outro será dada o direito de visitas. A guarda será concedida a aquele que demonstre possuir melhores condições ao seu exercício, que não está restrita apenas a situação econômica, mas envolverá também a aptidão de propiciar ao menor afeto, saúde, segurança e educação (PEREIRA, C., 2018).

A guarda unilateral, apesar de destinar a apenas um dos genitores a detenção física exclusiva, não afasta, ela não afasta o exercício do poder familiar do genitor que não seja o guardião.

O genitor que não detenha a guarda física do menor poderá tomar decisões importantes quanto ao futuro do infante. A ideia central é que a dissolução conjugal não anula os laços entre pais e filho. Contudo, algumas decisões como a definição de escola, cuidados médicos, atividades extraclasses são, geralmente, tomadas pelo guardião (RAMOS, 2016).

O não detentor da guarda física, perante litígios, poderá recorrer ao Poder Judiciário, conforme o parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”. Portanto, fica claro que a divergência deverá estar relacionada ao exercício do poder familiar.

Diante da força das medidas protetivas em casos de enquadramento de violência doméstica, será possível restringir ou suspender o direito de visita:

“Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;” Lei. n. 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Art. 22.

Assim, diante de situações que ponha em risco a segurança da mulher, ou seja, a genitora do menor, o princípio do melhor interesse da criança será relativizado, podendo o poder judiciário restringir o direito de visitar do pai, em busca da proteção da mãe.

Portanto, ainda que não detenha a guarda física do menor, o não guardião no exercício pleno da autoridade parental poderá proibir ou autorizar atos da vida do menor, como não ir ao cinema, não assistir a determinado programa, ou até representá-lo judicialmente ou diante de autoridades criminais (RAMOS, 2016).

### **2.3.7 Guarda Alternada**

Tartuce (2015), afirma que a guarda alternada é a guarda dos mochileiros, tendo em vista que o filho arruma a sua mala e se desloca entre as casas, assim o menor possuirá dois domicílios. Aqui está a diferença crucial da guarda compartilhada, pois, esta, em seu compartilhamento existirá o convívio familiar, em que o menor terá um lar referencial e não duas residências.

Assim, na guarda alternada é estabelecida que em um período a criança estará sob os cuidados da mãe e em outro estará sob os cuidados do pai, estes períodos podem ser semanais, quinzenais e até mensal. Quando o infante está sob os cuidados de determinado guardião, o poder de decisão será seu com exclusividade. A boa doutrina afirma que, diante da ausência de um lar referencial e em no presente momento de formação ao menor, esta modalidade é considerada extremamente prejudicial, pois como retrata Malheiros Filho (2002), o menor apresenta dificuldade na consolidação de hábitos, valores, e na própria formação da personalidade, sendo uma ofensa ao princípio do melhor interesse do menor..

Gagliano e Pamplona Filho (2012) destacam que uma distinção importante entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, é que nesta, perante estabelecimento judicial haverá uma alternância quanto a exclusividade da guarda. Considerada extremamente prejudicial ao menor, pois, a constante alternância dificulta à consolidação de hábitos e de relacionamento.

### **2.3.8 Aninhamento ou nidação**

O aninhamento modalidade também conhecida como nidal ou nidação, trata-se de uma ficção jurídica, considerada pela boa doutrina como um tipo de guarda impraticável. Nela, em

vez do menor se deslocar entre a moradia de seus guardiões, ocorrerá o inverso, os pais alternarão o seu tempo na morada onde vive o filho (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

A expressão “nidal” se origina do latim “nidus” que possui o significado de ninho, assim, nesta modalidade seria como o menor estivesse em um ninho e seus genitores alternariam a convivência nesse local.

### **2.3.9 Guarda Compartilhada**

A guarda compartilhada, tratada posteriormente com mais detalhes, é um regime que dá aos genitores equivalência no exercício da autoridade legal, assim, ambos poderão conviver de forma igualitária com seus filhos. Esta modalidade tem como objetivo distanciar o menor dos danos causados pela dissolução conjugal, mantendo a relação pai/mãe-filho (RAMOS, 2016).

De acordo com o art. 1.583. §2º do Código Civil “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Verifica-se que deverá haver um convívio equilibrado entre os seus genitores.

Os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil foram alterados pela lei 11.698/08 que deu origem a definição de guarda compartilhada legal como um regime que atribui aos pais a responsabilização e o exercício de direitos e deveres conjuntos, ainda que não residam sob o mesmo teto. Em 2014, o Código Civil sofreu inovações com o advento da lei 13.058/14, esta acrescentou o §2º do art. 1.583, conforme foi apresentado no parágrafo anterior, estabelecendo que na guarda compartilhada o convívio dos pais com seus filhos, levando em consideração as condições fáticas e o interesse de seus filhos, deve ser dividida de forma equilibrada (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

É importante destacar que a ideia de compartilhamento de guarda não afasta a regulamentação quanto a prestação alimentícia. Não existe no ordenamento jurídico a quantidade exata do valor que será estabelecido aos alimentos, contudo, o juiz na fixação de alimentos deverá levar como critério, conforme a boa doutrina, uma proporcionalidade entre a possibilidade de quem paga e a necessidade de quem recebe, além de tentar equalizar na medida do possível condições semelhantes nas duas residências. Observa-se que se os genitores possuem condições semelhantes e acordem em dividir as despesas poderão optar pela não fixação de alimentos (RAMOS, 2016).

## **2.4 COMPETÊNCIA**

A competência para julgar o litígio que envolva a guarda do menor dependerá do caso concreto. De acordo com o art. 148 do ECA se os direitos do menor forem violados e apresentarem posição de periculosidade a competência será da Vara da Infância e da Juventude. Se o menor estiver na companhia de seus pais e não apresentar sinais de riscos e de desassistência a competência será da Vara de Família (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

### **3. GUARDA COMPARTILHADA**

#### **3.1 DEFINIÇÃO**

A sociedade passa constantemente por mudanças, o instituto da guarda compartilhada foi um dos resultados da mutação da família. A mulher começou a sair de casa para poder trabalhar, com o tempo se tornando também a chefe do lar, e atualmente a busca pela igualdade entre homem e mulher no plano jurídico em consonância com o atendimento primordial do interesse da criança favoreceu o surgimento desta modalidade de guarda.

Contudo, ainda que a sociedade tenha mudado buscando uma visão mais igualitária, a questão do gênero ainda gera preconceito, principalmente na forma de como deve ser o modelo de família, aquele composto por um pai, mãe e filho. Atualmente, essa visão de modelo familiar patriarcal existe de forma camuflada, porém, verifica-se, de maneira vagarosa, a busca pelo exercício da paternidade como a reunião de habilidades no cuidado e exercício do poder familiar se deslocando da mãe.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um importante marco no Direito de Família, pois conferiu a ela uma visão mais igualitária, conforme já foi apresentado. São diversos os princípios que direcionam o legislador e o magistrado quanto à busca pela efetivação da nova realidade axiológica. Apesar disso, o legislador introduziu apenas em 2008, com a lei nº 11.698, a modalidade de guarda compartilhada.

Originada no direito anglo-saxão, a guarda compartilhada, é uma das formas de aplicação prática dos princípios constitucionais no caso dos pais que não se encontram em uma relação conjugal. Nela, eles possuem equivalência no exercício do poder familiar, atribuindo a ambos o poder-dever de decidir de forma conjunta assuntos importantes sobre a vida do menor (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

A guarda compartilhada é considerada pela boa doutrina como, em regra, uma das melhores formas da continuidade do convívio familiar, continuidade das relações familiares, igualdade entre os cônjuges e da preservação da relação de afetividade entre genitores e filho.

Portanto, ainda que os pais encontrem-se separados, a convivência familiar, princípio constitucional, deverá ser garantida na busca do atendimento ao melhor interesse do menor.

Um dos objetivos principais do presente instituto é que diante da separação do pais, o rompimento não seja transferido ao menor, pois, a convivência familiar com o presente contato de ambos os pais em sua vida é altamente favorável ao desenvolvimento da criança (CABRAL, 2008).

Poderá ser estabelecido, em situações excepcionais, a guarda compartilhada fora do polo pai-mãe e filho, como exemplo o julgado nº 0022652-11.2015.8.07.0003 do TJDF “Caracterizada a situação peculiar consagrada no ECA, encontra respaldo na legislação o pedido de deferimento de guarda da criança também em favor do avô materno, de forma compartilhada com a genitora do menor”.

O regime de guarda compartilhada, no Brasil, não pode ser realizado por um contrato particular, ele deve ser feito na presença de um juiz. Em caso de consenso, a guarda será homologada após efetiva análise do magistrado, e em ausência de consenso, mas com a vontade de ambos os genitores de exercê-la, ela será determinada pelo juiz, pois após o advento da lei 13.058/2014, esta modalidade se tornou regra.

### 3.2 REQUISITOS

A boa doutrina considera que são requisitos da guarda compartilhada uma maternidade ou paternidade jurídica, a aptidão para o exercício do poder familiar e a vontade de exercê-la.

A maternidade ou paternidade jurídica é aquela que não consta apenas no plano fático, mas também no jurídico, geralmente ela é comprovada através do registro civil do menor. O registro civil é oficialização da paternidade e/ou maternidade, conferindo ao filho o nome e seu estado de filiação. Contudo, ainda que não possua no registro do menor, em observância ao afeto, a guarda poderá ser conferida de diversas maneiras, como o caso de casais homoafetivos conforme a decisão do TJRJ abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA AJUIZADA PELO GENITOR. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA DA COMPANHEIRA DA MÃE BIOLÓGICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. 1 - Ação de guarda compartilhada c/c regulamentação de convivência ajuizada pelo genitor (pai biológico). Irresignação da parte ré (mãe biológica) em face do indeferimento do pedido de inclusão no polo passivo de sua companheira (mãe socioafetiva). 2 - Relevância da paternidade/maternidade socioafetiva e sua preponderância à biológica, como fruto das relações sociais civis contemporâneas e ao novo conceito de família, consagrando o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, a que deu destaque a Carta Social de 1988. 3 - Consoante a norma do art. 1.593 do CC/02, o parentesco pode ser natural ou civil, caso resulte de

consanguinidade “ou de outra origem”, abrangendo esta última a paternidade socioafetiva, que encontra abrigo no art. 227, § 6º, da CFRB/88. 4 - Menor concebido através de inseminação artificial com o material genético do Autor e da Ré, ambos homossexuais. 5 - À época da inseminação a ré já vivia em união estável há alguns anos com sua companheira, fato que o próprio Agravado reconhece e está comprovado por escritura pública. 6 - Inegável o interesse da companheira na ação de guarda proposta pelo genitor (art. 1.854, inciso I, do Código Civil). 7 - Mera ausência de vínculo biológico não tem o condão de afastar o direito da mãe socioafetiva de exercer a defesa de seus interesses. 8 - Decisão que surtirá efeitos tanto para a mãe biológica como para a socioafetiva. Litisconsórcio passivo necessário (art. 47, do CPC) em razão da natureza da relação jurídica em tela, considerando que a mãe socioafetiva, à toda evidência, será afetada em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional na ação de guarda ajuizada pelo genitor. 9 - Harmonização da estrutura familiar criada pelas partes constituída de um pai e duas mães, predominando tanto os laços biológicos como os afetivos. 10 - Solução que tutela com mais amplitude os direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor. 11 - Reforma da decisão. 12 – Provimento do recurso (TJRJ – 6ª Câmara Cível - Agrav.: 0054488-46.2013.8.19.000. - Relatora: Teresa Castro Neves. - Data de Julgamento: 30/04/2014.Data de Publicação 07/05/2016).

O exercício do poder familiar, como já foi tratado, é conferido aos pais como decorrência do estado de filiação. Contudo, em busca do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada, forma de exercício do poder familiar, poderá ser conferida, em situações peculiares, a terceiros como foi decidido pelo TJDF na Apelação Cível nº 20150310228768APC “Caracterizada a situação peculiar consagrada no ECA, encontra respaldo na legislação o pedido de deferimento de guarda da criança também em favor do avô materno, de forma compartilhada com a genitora do menor.”

A vontade para exercer a guarda do menor é um dos requisitos de suma importância, tendo em vista que, ainda que os pais não entrem em acordo quanto ao estabelecimento do regime de guarda, mas possuem a aptidão para exercer o poder familiar e a vontade de exercer o compartilhamento da guarda, este regime será, em regra, estabelecido. Verifica-se essa afirmação no Código Civil, art. 1.584, §2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Portanto, para o não estabelecimento da guarda compartilhada presente os demais requisitos, é necessário que um dos genitores expresse que não deseja exercer regime de guarda.

### 3.3 GUARDA FÍSICA COMPARTILHADA E GUARDA JURÍDICA

De acordo com Flávio Guimarães Lauria (2002), surgiu na doutrina norte-americana o conceito de *join custody*, esta podendo ser dividida em *join legal custody* e *join physical custody*, ou seja, a guarda poderá ser dividida em guarda física e jurídica. Na *join legal custody*,

o menor reside com um dos genitores, mas ambos continuam responsáveis pelo desenvolvimento do menor. Na *joint physical custody*, o menor viverá com ambos os pais, mas em períodos alternados. Contudo, o livro de Flávio Guimarães foi escrito em 2002, período anterior ao advento das leis 11.698/2008 e 13.058/2014 que estabeleceram a guarda compartilhada.

Para o melhor desenvolvimento do menor, na guarda compartilhada, é necessário que se estabeleça um lar referencial, assim, mesmo que um dos guardiões possua o seu lar como referencial não terá a guarda compartilhada física exclusiva, esta será comum para ambos. Os genitores passam períodos com o filho de maneira equilibrada, não sendo exatamente de forma igualitária e não precisam ser predeterminadas. Concentra-se aqui uma das diferenças essenciais da guarda alternada, pois nesta a guarda física será exercida por períodos alternados predeterminados.

O juiz ao decidir que o regime de guarda estabelecido será compartilhada, está conferindo a ambos o genitores a guarda jurídica, pois, caberá a ambos a tomada de decisões importantes sobre a vida do menor de forma compartilhada. De acordo com Grisard Filho (2010), o objetivo da busca da guarda compartilhada é a distribuição da guarda jurídica de maneira igualitária conferindo assim o equilíbrio dos papéis parentais no crescimento do menor.

### 3.4 EXERCÍCIO DA MATERNIDADE E PATERNIDADE

Em 1960 iniciaram as primeiras investigações sobre o papel do pai no desenvolvimento do menor, principalmente por conta da incorporação da mulher ao mercado de trabalho, pois retirava-se a dedicação exclusiva da mãe. Neste período, apesar das constantes mudanças na sociedade, o homem ainda era visto como o mantenedor da família e o modelo social de inspiração aos seus filhos. Com o passar do tempo, essa visão sobre o homem foi mudando, porém, ainda é espantoso visualizar uma mãe indo trabalhar e o pai cuidando dos filhos e da casa (AGUIAR, 2006).

Ainda se verifica que a sociedade olha a figura do genitor como o provedor, sendo reduzida a sua participação na entidade familiar, já a mãe é qualificada pelo tempo que ela se dedica aos cuidados de seus filhos. Contudo, o pai que apoia emocionalmente a mãe, contribuirá para o desenvolvimento do menor, principalmente diante da existência de boas relações afetivas. Caso o pai se envolva nos encargos do crescimento do menor, como na tomada de decisão e cumprimento de tarefas cotidianas, contribuirá para a liberdade da genitora, esta possuirá mais tempo para se dedicar aos filhos. (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

A guarda compartilhada, portanto, quando existir uma boa relação entre os genitores, contribuirá de forma positiva para o desenvolvimento do menor. Assim, o exercício efetivo da paternidade além de diminuir a carga da maternidade, auxilia na continuidade de um ambiente sociofamiliar.

No Brasil, até o advento da lei 13.058/2014, a preferência era a guarda unilateral da mãe. Esta preferência se dava pela cultura social, familiar e jurídica, que como decorrência do parto atribui o instituto materno, trazendo o menor para perto de sua mãe. A privação da guarda à mãe só ocorreria, de forma excepcional, se estivesse presente sério risco de prejudicar a segurança e a estabilidade do menor (ROLF E RAFAEL MADALENO, 2018).

Essa preferência pela guarda unilateral destinada à mãe se verifica no julgado abaixo:

CIVIL – FAMÍLIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA – PEDIDO DE MODIFICA DE GUARDA PROVISÓRIA – DEFERIMENTO À GENITORA DO INFANTE – REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – OBSERVÂNCIA – PUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ....]r. decisão agravada, “verbis”: [...] Todos, os elementos carreados aos autos indicam que a genitora atualmente é quem possui melhores condições de exercer a guarda provisória, regulamentado o direito de visitas paterno. Ademais, é entendimento sedimentado na doutrina específica e na jurisprudência que a criança de tenra idade, em geral, deve permanecer com a mãe, sendo essa a sua guardiã natural, salvo quando os genitores, em consenso, e, estando preparados, possam ambos exercer a guarda ou em casos específicos, onde a mãe possui comportamento moral reprovável, ou vive em ambiente desaconselhável. In casu nenhuma prova revela que a mãe do menor tenha conduta moral reprovável ou coloca o menor em grave risco, e, a guarda compartilhada, como já relatado foi exaustivamente tentada e mostrou-se desaconselhável e negativa para o menor.[...] 2. Para que, em sede de Agravo de Instrumento, se determine a retirada do menor da companhia daquele que, legitimamente, detém a sua guarda e responsabilidade, ainda que de forma provisória, é necessária a existência de motivos graves e comprovado de plano, capazes de justificar o pedido liminarmente em sede recursal. 3. Não se verificando que o infante está sendo privado da devida assistência, educação e dedicação, nem que seu estado de saúde esteja abalado, a r. decisão impugnada, que deferiu o pedido de guarda provisória à sua genitora e assegurou o direito ao pai de visitar e ter em sua companhia seu filho, deve ser prestigiada. (TJDF – 3ª Turma - Agrav.: 0006975-62.2006.807.0000DF. - Relator: Humberto Adjuto Ulhôa. – Data de Julgamento: 06/09/2006. Data de Publicação 17/10/2006).

No presente caso, o pai também pleiteava a guarda, contudo, a decisão foi pela manutenção da guarda à mãe com regime de visitas ao pai. O que levou a tomada de decisão pela guarda unilateral não foi a capacidade do pai também exercê-la, mas sim a análise da capacidade da mãe de exercer a guarda unilateral. Com o advento da previsão da guarda compartilhada no código civil em 2008, o Poder Judiciário começou a analisar também a possibilidade do pai exercê-la, e atualmente, com advento da lei 13.058/2014, a guarda compartilhada se torna a regra.

Tendo em vista a participação do homem nas funções paternas, passa, assim como a mãe, a ser responsabilizado pelas necessidades do menor, o exercício da paternidade tem se aproximado do exercício da maternidade.

### 3.5 GUARDA COMPARTILHADA POR CONSENSO OU POR IMPOSIÇÃO JUDICIAL

De acordo com o §2º do art. 1584 do Código Civil, caso ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar, a eles serão conferidos a guarda compartilhada, exceto se um deles declarar perante o juiz que não deseja a guarda compartilhada.

Ainda que os pais acordem sobre o regime de custódia, o juiz não estará vinculado a homologação do acordo, pois ao deferir a guarda compartilhada deverá fundamentá-la como a melhor opção à criança ou ao adolescente. Desta maneira, caso os pais entrem em consenso quanto ao compartilhamento da guarda, o juiz deverá avaliar e examinar as reais condições, caso seja necessário poderá solicitar auxílio técnico de psicólogos e de assistentes sociais, podendo aceitar o que foi acordado ou dispor de modo diverso (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

De acordo com o IBGE, o número de divórcios em 2018, realizados por escrituras públicas e em 1ª instância foi de 385.246, 3,2% maior do que o ano anterior (no ano de 2017 foram registrados 373.216). Deste percentual, 46,6% possuíam filhos menores. Dos 166.523 divórcios realizados de casais com filhos menores, 24,4% tiveram concedidos a guarda compartilhada, número superior ao ano de 2014 em que foi criada a lei que estabelece a guarda compartilhada como regra (o ano de 2014 teve fixada a guarda compartilhada de 7,5% dos casos) e em 65,4% dos casos, a guarda unilateral foi concedida à mãe do menor.

Diante do aumento da demanda pelo estabelecimento da guarda compartilhada, o poder judiciário recebeu diversos litígios em que não havia consenso entre os pais quanto ao estabelecimento do regime de guarda. Contudo, de acordo com a jurisprudência e com o ordenamento legal, a custódia compartilhada poderá ser judicialmente determinada caso os pais estejam aptos para exercer o poder familiar. Verifica-se assim de acordo com julgado abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício

do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. **4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido."** (STJ – 3ª Turma - REsp: 1.428.566-RS. - Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 03/06/2014. TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 25/06/2014).

Portanto, conforme o julgado acima, a imposição judicial do regime de guarda compartilhada, apesar de ser considerada uma medida extrema, poderá ser conferida como proteção da prole e em respeito ao ordenamento jurídico.

### 3.6 RESIDÊNCIA

Para o bom desenvolvimento do menor existe a necessidade do estabelecimento da fixação da sua residência habitual. De acordo com o § 3º do art. 1.583 do Código Civil será considerado como base de moradia do menor a residência que atender o seu melhor interesse.

Para Akel (2008), a ideia da guarda compartilhada ter como um dos pressupostos essenciais a residência fixa é uma importante diferença da guarda alternada, porque a criança terá um lar capaz de gerar estabilidade, o que não é presenciado na guarda alternada.

Os tribunais têm atribuído a fixação da residência habitual a um dos guardiões e dando ao outro o regime de convivência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. **Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial em finais de semana alternados com pernoite.** DERAM PROVIMENTO. (TJ-RS – 8ª Câmara Cível - AI 70065259194 RS - Relator: José Pedro de Oliveira Eckert - Data de Julgamento: 20/08/2015, Data de Publicação: 25/08/2015 – grifo nosso).

Verifica-se que o tribunal buscou respeitar a residência referencial estabelecida pela lei, contudo, parece ser um aspecto negativo a ideia de convivência paterno-filial em finais de

semanas alternados com pernoite. A decisão deixou a aparência de regime de guarda unilateral, pois a ideia de compartilhar a guarda, é compartilhar também os deveres cotidianos do menor. Assim, a convivência paterna apenas em fins de semanas alternados, além do lapso temporal longo, não dá total efetividade à convivência familiar, e dificulta a participação do pai nos deveres imateriais cotidianos.

Convivência familiar é diferente de visitas, pois, através da convivência, os pais acompanham o crescimento e o desenvolvimento dos seus filhos, na visita, o tempo é insuficiente para conseguir, por exemplo, conferir as tarefas de casa ou as lições escolares. Acompanhar um filho vai muito além de apenas escolher em qual escola o menor estudará, ou em qual médico consultará, mas também abrange acompanhá-lo à escola e levá-lo às consultas. (TELLES e COLTRO, 2018).

### 3.7 ALIMENTOS

De acordo com a Constituição Federal de 1988, é dever da família assegurar aos seus filhos uma existência digna, cabendo aos pais o dever de criar, educar e dar assistência aos filhos menores. Valle (2018), afirma que se origina deste contexto os deveres parentais quanto aos alimentos, pois ele vai além da ideia do sustento, abrangendo também a conjuntura social e moral do alimentando.

Diante da dissolução conjugal, o que finaliza é a relação conjugal, permanecendo ainda a relação paterno-filial em conjunto com as permanentes responsabilidades, entre elas a base financeira capaz de custear o sustento da prole (ROLF e RAFAEL MADALENO, 2018).

O art. 1.694 do Código Civil afirma 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”, demonstrando assim que os alimentos buscam suprir as necessidades de maneira a se possibilitar a viver de acordo com a sua condição social.

Faz parte dos deveres que se originam do poder familiar as necessidades alimentícias que dão aplicabilidade a condição social do menor, na qual deve ser mensurada de forma diferente daqueles que possuem a capacidade de proverem o próprio sustento. Assim, os alimentos destinados a criança e ao adolescente deve buscar atender os seus melhores interesses de maneira que seja possível fundamentar o binômio necessidade-possibilidade (VALLE, 2018).

Uma confusão é gerada no estabelecimento da fixação de alimentos quando o assunto é guarda compartilhada, porque alguns levantam a ideia de que o compartilhamento da guarda exonera a obrigação alimentar do genitor que não possui o seu lar como referencial. Porém, conforme o Informativo de Jurisprudência nº 337, a guarda compartilhada por si só não afasta a obrigação alimentar:

**A guarda compartilhada, por si só, não afasta a obrigação alimentar, mormente quando o lar de referência não é o do alimentante.** Genitora apelou da sentença que exonerou o pai de seus filhos da prestação de alimentos e a condenou a pagar pensão alimentícia no importe de 20% sobre os seus rendimentos brutos, após fixar o regime de guarda compartilhada dos menores e determinar como lar de referência a casa do pai. Alegou que a remuneração do genitor é maior do que a sua e que não tem condições de arcar com os alimentos determinados pelo Juízo. O Relator salientou em seu voto que ambos os genitores possuem o inarredável dever de contribuir para o sustento dos filhos, fornecendo-lhes assistência material e moral, a fim de prover suas necessidades com alimentação, vestuário, educação e tudo o mais que se faça imprescindível para a manutenção e sobrevivência deles e que a guarda compartilhada não afasta a obrigação alimentar. Segundo o Magistrado, o excesso de dívidas da mãe bem como a exoneração do pagamento de pensão alimentícia pelo pai não têm o condão de eximi-la de contribuir para o custeio das despesas com os filhos, tampouco de reduzir o percentual dessa obrigação, até porque não demonstrou ter constituído outra família, nem possuir outros filhos ou gastos extraordinários. Para a Turma, o percentual fixado está dentro dos padrões do binômio necessidade-possibilidade. Por isso, o Colegiado negou provimento ao recurso. (TJDF – 6ª Turma Cível - APC 20150110826544 - Relator: JOSÉ DIVINO - Data de Julgamento: 14/9/2016, Data de Publicação: 20/9/2016)

É inquestionável a preservação dos alimentos na guarda compartilhada, pois ele advém do exercício do poder familiar, embora ocorra uma diminuição do valor quando o menor alterna residências.

A boa doutrina defende que é preciso ter uma proporcionalidade na contribuição dos genitores, devendo ser avaliado, no caso concreto, a real situação econômica e financeira de cada genitor, além da necessidade do alimentando. Assim, o juiz ao fixar o quantum mensal não deverá extrapolar as reais necessidades do menor, mas sim um montante que possa estabelecer o suporte devido, capaz de amparar as necessidades do filho de alimentação, educação, vestuário, lazer, dando um mínimo vital.

Contudo, é preciso entender que a carência de recursos não irá impedir o exercício do poder familiar, e também o exercício da guarda compartilhada. Desta maneira, seguindo a jurisprudência, o valor fixado não poderá impor ao genitor um sacrifício capaz de afetar a sua subsistência.

## 4 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA EM CASOS INOPORTUNOS

A guarda compartilhada, como já foi demonstrado no decorrer deste trabalho, é um importante instituto ao desenvolvimento do menor. Contudo, há casos em que os Tribunais brasileiros estão estabelecendo-a de forma equivocada.

### 4.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica, principalmente a realizada contra a mulher, é uma problemática no Brasil. Como foi demonstrado, a cultura brasileira, apesar de ter diminuído nos últimos anos, ainda é machista, o que favorece o quadro de violências praticadas contra a mulher.

Muitos homens, durante o relacionamento conjugal, não participaram da criação do menor, porém, após o divórcio, como forma de continuar com o abuso de poder contra a ex esposa, afirma que quer exercer a guarda compartilhada. Um dos problemas gerados nessa situação é o encobrimento do ressentimento e do conflito que continuará existindo enquanto estiver presente a guarda compartilhada (PAYUETA, 2012).

A lei 11.340/06 tem como objetivo conferir à mulher mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica. Porém, quando se fala em guarda compartilhada, o poder judiciário a confere mesmo em casos que tenha ocorrido violência doméstica e que ainda esteja presente a medida protetiva. Merecendo destaque assim o julgado do TJDF que deferiu o pedido de guarda compartilhada a um caso a qual tinha a medida protetiva de afastamento entre os genitores do menor:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO LITIGIOSO E PARTILHA DE BENS. PEDIDOS PROVISÓRIOS PARA GUARDA EXCLUSIVA E PARA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS AO FILHO. MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO ENTRE PAI E MÃE DO MENOR. SUPOSTO CRIME DE FURTO COMUM. DESAVENÇA COM RELAÇÃO A BENS APÓS SEPARAÇÃO FÁTICA. SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRIORIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COM LIVRE REGIME DE CONVIVÊNCIA. LEI 13.058/2014. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedidos de guarda exclusiva e de regulamentação de visitas, formulados em antecipação de tutela na ação de divórcio litigioso. 2. A partir da vigência da Lei 13.058/2014, que conferiu nova redação aos arts. 1.584, § 2º e 1585 do Código Civil, a guarda unilateral passou a ser uma exceção frente à compartilhada, restringindo-se aos casos de necessária proteção do menor, em medida cautelar, ou de recusa por parte de um dos genitores. 2.1. Apriorização das guardas compartilhadas prevalece mesmo diante de eventuais desavenças entre os genitores, no intuito de salvaguardar o melhor interesse do menor. 3.2. Precedentes do STJ. 3.No caso, embora o agravado esteja afastado do convívio com a agravante, por medida protetiva, não existem provas de desinteresse na guarda ou de riscos para a integridade física ou

psíquica do filho menor. 3.1. A determinação de afastamento do lar não está correlacionada a qualquer ato de violência ou grave ameaça, que justifique o cerceio do exercício do poder familiar pelo genitor. 3.2. A ocorrência policial retrata, exclusivamente, suposto crime de furto comum de veículo da esposa, logo após a separação fática do casal, mediante uso de chave reserva. 4. Ficou prejudicado o requerimento para regulamentação de visitas, pois incompatível com o compartilhamento da guarda jurídica, cuja essência consiste, justamente, na atribuição de iguais prerrogativas a ambos os pais e na possibilidade de convívio contínuo destes com a criança. 4.1. **Nesta modalidade, as interferências judiciais devem ser minimizadas, cumprindo aos próprios pais empreenderem esforços para acordarem regime de mútua convivência que se adeque ao melhor interesse do menor, em detrimento do privilégio exclusivo do domínio monoparental.** (TJDF – 2ª Turma Cível - AGI 0005218.81.2016.8.07.0000AGI. Relator: João Egmont. Data de Julgamento: 11/05/2016. Grifo nosso)

No presente caso, a genitora pediu a guarda exclusiva com regulamentação de visitas, pois, havia medida protetiva que afastava o convívio entre o pai e a mãe, o que de fato prejudicaria o compartilhamento da guarda. Contudo, como a violência foi patrimonial e não física, o Tribunal decidiu pela priorização da guarda compartilhada. Verifica-se que, o Tribunal se equivoca na decisão, pois confere a possibilidade de futuras práticas abusivas.

Porém, em outros julgados, o TJDF afirma que é necessário o contato entre os genitores do menor no exercício compartilhado do poder familiar, assim, caso haja medida protetiva que impeça o contato entre eles, o exercício fica inviabilizado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. MEDIDA EXTREMA. QUESTÃO PROBATÓRIA. ÔNUS DA PROVA. PRETENSÃO INICIAL. PROVA PERICIAL. AFASTAMENTO. INSUFICIÊNCIA. COMPORTAMENTO AGRESSIVO DO GENITOR. NÃO COMPROVAÇÃO. PROCESSO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. RELEVÂNCIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. NÃO COMPROVAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. MEDIDA PROTETIVA EM DESFAVOR DO RÉU. REVERSÃO DO LAR DE REFERÊNCIA. DESNECESSIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 8. O exercício compartilhado do poder familiar pressupõe a ocorrência de contatos entre os genitores para o fim de discorrerem sobre o melhor interesse do menor, inviabilizando-se sua fixação quando existente medida protetiva que impeça o contato entre eles; 9. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDF. APELAÇÃO CIVEL. 0009658-05.22016.8.07.0006APC, Relatora: Gislene Pinheiro, 7ª TURMA CÍVEL. DJ: 12/06/2019)

RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE RENOVAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS. VIOLÊNCIA DE GÊNERO NÃO EVIDENCIADA. INCOMPATIBILIDADE DA MEDIDA PROTETIVA SUSPENSIVA DE VISITAÇÃO COM O REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1 Reclamação do Ministério Público contra decisão do Juízo do Terceiro Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília que negou medidas protetivas de urgência por notícia de perturbação da tranquilidade, em contexto de violência doméstica e familiar. 2 Incômodos oriundos de contatos relacionados à guarda do filho não extrapolam a normalidade dos percalços de relacionamentos conjugais fracassados, não evidenciando violência de gênero. Acrescente-se que o regime de guarda compartilhada, que visa garantir o exercício pleno da autoridade parental, é incompatível com a medida proibitiva de visitação e contato. 3 Reclamação julgada improcedente. (TJDF – 1ª Turma Criminal – Reclamação 1211068 - Relator:

Desta maneira, fica perceptível que aplicar a guarda compartilhada em casos que impossibilitam o contato entre os genitores é inviável, porém, o TJDF demonstra insegurança jurídica, pois em um momento confere a guarda compartilhada em casos que esteja presente a medida protetiva e em outro não o confere pela impossibilidade do contato.

Conforme o portal de notícias do Superior Tribunal de Justiça, foi conferido pela Terceira Turma, em 2017, a guarda compartilhada em que o ex-cônjuge havia agredido a mãe de suas filhas, por este motivo foi decretado uma medida protetiva em que o proibia de se aproximar da ex-mulher. O argumento do ministro Villas Bôas Cueva era que a medida protetiva a qual havia sido imposta judicialmente, não abrangia as menores, assim, não seria uma medida plausível afastar o genitor por conta de desavenças do ex-casal.

Verifica-se que os julgados citados elevam o princípio da supremacia do interesse do menor de tal forma que não se preocupam com a mãe que é uma vítima do pai, considerado agressor de violência doméstica, seja ela física ou patrimonial.

Conforme, PAYUETA (2012), a mulher acaba ficando presa àquela situação de abuso, porque a jurisprudência equivoca-se em afirmar ser possível separar a relação conflituosa entre os pais, inclusive com agressões físicas, da criação do menor. Assim, para a doutrinadora espanhola, seria um dos requisitos para a aplicação da guarda compartilhada, a inexistência de ocorrência de abusos ou de violência doméstica.

O aplicador do direito, por diversas vezes encontra-se distante da realidade da vida das pessoas, principalmente quando se envolve responsabilidades parentais, nas quais, as decisões do poder judiciário causam grande impacto. Durante a convivência conjugal, em muitos relacionamentos existem uma relação de submissão, presente também a violência psicológica e em alguns casos mesmo com a dissolução conjugal permanece a situação de violência. O juiz, ao analisar a violência doméstica em um caso que envolva a responsabilidade parental, não deve considerá-la como um conflito mas sim como um ato criminoso, justificando assim a não realização de acordos entre os genitores. Assim, o legislativo, por pressão, não deve realizar reformas precipitadas que impõe ao poder judiciário apresentar soluções impraticáveis na qual prejudicará o desenvolvimento do menor (SOTTOMAYOR, 2014).

A Lei Maria da Penha representa um avanço ao ordenamento jurídico brasileiro, pois através das medidas protetivas busca-se assegurar a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica. Assim, é uma decisão equivocada o poder judiciário impor a guarda compartilhada em casos em que a mãe sofreu algum tipo de violência, pois permite que

ela se torne vulnerável e sofra novamente com a violência, além de que o menor crescerá em um ambiente conflituoso.

O TJDF reconheceu que a guarda compartilhada presume-se a existência de respeito e boa convivência. Existindo a incapacidade de comunicação e entendimento entre os genitores será incabível o estabelecimento da guarda compartilhada diante do fato que causará mais danos do que benefícios ao menor, conforme o julgado abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PARA COMPARTILHADA. ACORDO ANTERIOR. GUARDA UNILATERAL EXERCIDA PELA GENITORA. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO ALTERADA. MENOR BEM CUIDADO. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES. MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1 - O exercício da guarda de maneira compartilhada pressupõe respeito e boa convivência entre os genitores e, quando inexistentes tais condições, impõe-se o exercício da guarda de forma unilateral, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas e convivência do outro genitor com o menor (art. 1.589 do Código Civil). 2 - **Imperando entre os genitores a incapacidade de comunicação e de entendimento, não se faz recomendável o compartilhamento da guarda, haja vista que tal divisão do encargo pressupõe uma relação de colaboração e de confiança, pois é da própria essência do instituto que a rotina dos filhos seja decidida em conjunto por ambos, exigindo, portanto, capacidade de diálogo e de entendimento. Nesse contexto, pode-se concluir que a guarda compartilhada poderá gerar muito mais danos ao menor do que benefícios, militando em desfavor de seus superiores interesses, haja vista a perspectiva de recrudescimento dos desentendimentos entre os genitores, causando impacto negativo no adolescente.** 3 - Não modificada a situação fática verificada por ocasião do estabelecimento da guarda unilateral à genitora mediante acordo entre as partes, considerando que o menor é bem cuidado sob a guarda da mãe, possui convívio com o pai, que tem seu direito de visitas devidamente resguardado, e, principalmente, a litigiosidade existente entre seus genitores, o desconforto confidenciado pelo menor quanto às atitudes hostis de seu pai em relação à sua mãe e à pressão relacionada a estereótipos sociais pré-estabelecidos, não há razão para a pretendida conversão da guarda unilateral em guarda compartilhada, mostrando-se mais prudente e consentâneo com o princípio do melhor interesse da criança a manutenção da guarda do menor com a mãe. 4 - Portanto, por ora, a melhor participação do genitor na criação e educação do filho deverá ser equacionada mediante o ajuste entre as partes de um regime de convivência mais adequado, em um ambiente de maior respeito e colaboração mútua, o que pode ser estabelecido mesmo no contexto de guarda unilateral, que, aliás, poderá ser modificada no futuro. Apelação Cível desprovida. (TJDF – 5ª Turma Cível - AC 1170627 - Relator: ANGELO PASSARELI - Data de julgamento: 8/5/2019, Data de Publicação 20/5/2019)

Assim, com base neste julgado é possível afirmar que também há inviabilidade da guarda compartilhada em casos que envolvam a violência doméstica, pois, nestes casos não há entre os genitores a boa convivência e o respeito.

É necessário que o poder judiciário considere que a violência doméstica não cessa com a dissolução conjugal, em muitos casos ela continua existindo. Além disso, tais decisões trazem insegurança jurídica às mães, favorecendo o medo de denunciar a violência familiar e podendo até serem acusadas de alienação parental.

No início do ano de 2020 foi apresentado pelo Deputado Federal do Partido Socialista do Brasil, Denis Bezerra, o projeto de lei nº 29, em que busca alterar o §2º do caput do art. 1.584 da lei nº 10.406 (Código Civil de 2002) e acrescentar um artigo, 699-A, à lei nº 13.105 (Código de Processo Civil de 2015). A alteração tem como objetivo impedir a concessão da guarda compartilhada em casos que esteja presente a Violência Doméstica, e o acréscimo refere-se à indagação do juiz às partes e ao ministério Público sobre situações de violência doméstica.

Segue abaixo um quadro comparativo da legislação atual e o do projeto de lei nº 29 de 2020:

Tabela 1 – Comparativo da Lei nº 10.406, Lei nº 10.406 e o Projeto de Lei nº 29/2020.

Art. 1584 da Lei nº 10.406 e Lei nº 13.105	PL nº 29/2020
<p>“Art. 1.584. ....            .....            § 2º-Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. <a href="#">(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)</a>”</p>	<p>“Art. 1.584. ....            .....            § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho e se encontrando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um deles declarar ao magistrado que não deseja a guarda do filho ou em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos genitores contra o outro ou o filho. ....” (NR)</p>
	<p>“Art. 699-A. Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste Código, o juiz indagará as partes e o Ministério Público sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os genitores ou o filho, fixando o prazo de cinco dias para a apresentação da prova ou de indícios pertinentes.”</p>

A justificativa apresentada no projeto de lei, destacou-se o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que anteriormente à lei 13.058/14, já vinha adotando a guarda compartilhada como lógica ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. Contudo, o Deputado afirmou que há diversos casos em que esta modalidade de guarda será inviável. Assim, diante da análise do caso concreto se for confirmada a ocorrência de violência doméstica ou familiar que estejam relacionados os genitores ou os filhos, o juiz deverá, imediatamente, estabelecer a guarda unilateral ao não responsável pela

prática da violência. Cabendo também ao membro do Ministério Público tomar conhecimento dessas situações para que possam intervir.

Além disso, o Deputado justificou que o direito deve ser alinhado neste raciocínio, pois, aprimora o ordenamento civil positivado a casos concretos que não serão estabelecidos à guarda compartilhada.

Verifica-se, portanto, que diante de violência doméstica a aplicação da guarda compartilhada, via de regra, será inviável, pois acarretará danos à mãe, podendo estes danos refletir no menor.

#### 4.2 RELAÇÃO DOS GENITORES E A IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Entende-se que apenas a má relação entre os genitores não é capaz de afastar o estabelecimento da guarda compartilhada, pois, a doutrina, em geral, considera que após o divórcio, na maioria dos casos, ainda está presente ressentimentos entre os ex-cônjuges. Assim, a guarda compartilhada seria uma forma de impedir a alienação parental, tendo em vista que os genitores estariam mais presentes na vida do menor.

Contudo, para que a aplicação da guarda compartilhada seja eficiente os genitores devem manter o diálogo, tendo em vista que irão ter que tomar decisões importantes em conjunto como a escolha da escola e a orientação religiosa. Assim, os pais não podem estar disputando o filho, devem compreender que o interesse primordial dessa guarda será o bem-estar do menor.

Uma das problemáticas que surge é que o Poder Judiciário equivoca-se ao acreditar que os ex-cônjuges, presentes nos casos de divórcios litigiosos, conseguirão de forma amigável tomar decisões importantes sobre a vida do menor, sem contaminá-lo com as desavenças existentes. Verifica-se em diversos julgados do STJ que as desavenças entre os pais não são capazes de impedir o deferimento da guarda compartilhada:

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

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

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

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

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

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

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

7. Recurso especial provido.

(STJ – 3ª Turma - REsp 1428596/RS - Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI - Data de Julgamento 03/06/2014, Data de Publicação 25/06/2014)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOCTRINA SOBRE O TEMA ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14.

2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema.

3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória.

4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO

(STJ – 3ª Turma - REsp 1560594/RS – Relator: Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO – Data de Julgamento: 23/02/2016, Data de Publicação: 01/03/2016)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.

2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. Recurso especial provido.

(STJ – 3ª Turma - REsp 1591161/SE – Relator: Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA – Data de julgamento: 21/02/2017, Data de Publicação: 24/02/2017)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), é um tribunal de grande relevância ao país, pois os seus julgados influenciam o sistema judiciário. Contudo, o STJ apresenta dificuldades em

estabelecer segurança jurídica na busca pela aplicação do regime da guarda compartilhada, principalmente em casos que os genitores do menor demandam outros conflitos.

Conforme o artigo divulgado pela revista VEJA, especialistas em direito de família afirmam que a ausência de diálogo dificulta a guarda compartilhada:

Para especialistas em direito de família, nos casos de divórcios litigiosos, a nova lei não deve promover avanços. Eles acreditam que ex-casais que vivem em pé de guerra e mal conseguem conversar não vão, como num passe de mágica, se sentar amigavelmente em uma mesa para decidir da visita ao pediatra ao lanche do recreio. “Essa lei pressupõe conversa e consenso. Seu viés social é muito bonito, mas os casais que brigam não vão deixar de brigar por causa dela”, afirma Beatriz Kestener, advogada cível e sócia do escritório Mattos Muriel Kestener Advogados. (VEJA. BRASIL. Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei.)

É importante entender que essa ideia de conversa e diálogo em prol do menor, como foi apresentado pela Advogada Beatriz Kestener (2014) é uma boa teoria, mas, na prática, ela é diferente. Os conflitos dessa dissolução poderão ser prejudiciais ao menor:

Os conflitos, nas transições familiares, interferem no desenvolvimento da criança pequena. Nos casos de separação conjugal, quando não tratado o fato pelos adultos com transparência e maturidade, poderá comprometer os vínculos familiares que favorecem e contribuem para o crescimento e maturidade emocional dos sujeitos envolvidos. (SCHMITT, OLIVEIRA E CENCI, p. 133, 2014).

Em conformidade a este entendimento, o Ministro Relator, João Otávio de Noronha, divergindo de diversas outras decisões do Superior Tribunal de Justiça, em seu voto, afirma que a guarda compartilhada exige maturidade dos genitores, para que possam afastar as mágoas e permitir a realização de acordos. Caso esta maturidade não esteja presente, a vivência será de extremo sofrimento:

A melhor solução para a questão seria a de que os pais, na preocupação com os interesses da filha, pactuassem a guarda, mas, infelizmente, a amargura pela separação não lhes permite refletir sobre o abalo psicológico que a desavença pode causar à criança, sendo necessária a intervenção do Judiciário para a solução do litígio, que não se resume a mero processo formal, mas em agudos e dramáticos problemas pessoais.

Em casos como o presente, em que a decisão interfere decididamente nos interesses da criança, que é o bem maior que se busca preservar, o Magistrado não deve atender somente aos anseios dos adultos envolvidos, se deles decorre prejuízo aos interesses do filho.

Assinale-se que a guarda compartilhada, como quer o pai, é instituto que pressupõe ausência de litígio entre os interessados. Exige maturidade, que é o alicerce que afasta mágoas e vem permitir acordos e pactos. Por isso é que não existe, se normalmente considerada, a guarda compartilhada litigiosa. Embora haja opiniões doutrinárias agasalhando essa possibilidade, a guarda compartilhada, se litigiosa, pode transformar-se em vivências de extremo sofrimento para todos. Este caso é um eloquente exemplo desta impossibilidade. As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual. (STJ – 3ª Turma - Resp 1.417.868/MG – Relator: Min. João

Tendo como interesse primordial o menor, compartilhar a guarda por ser ela considerada atualmente a melhor opção, exige cautela ao analisar o caso concreto, porque nem sempre este será o melhor caminho, o que demonstra o Ministro João Otávio de Noronha em seu voto:

Entendo que diante de tais fatos, impor aos pais a guarda compartilhada apenas porque atualmente se tem entendido que esse é o melhor caminho, quando o caso concreto traz informações de que os pais não têm maturidade para o exercício de tal compartilhamento, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial. (STJ – 3ª Turma - Resp 1.417.868/MG – Relator: Min. João Otávio de Noronha – Data de Julgamento: 10/05/2016, Data de Publicação: 10/06/2016)

É necessário compreender que existem casos que a ausência de consenso não é justificativa para o indeferimento da guarda compartilhada, pois conforme a jurisprudência do STJ a criança seria como um prêmio ao genitor litigioso. Entretanto, é necessário que os pais consigam dialogar sobre os interesses do filho, pois envolve a infância e a juventude do menor, não podendo ser objeto de disputa entre os pais, como é afirmado pelo Ministro.

Perante o ideal de que os conflitos não poderão ser justificativas para a não implementação da guarda compartilhada, é importante o laudo social, pois ele demonstrará se realmente os pais possuem o mínimo de vontade para distanciar, ao menos de maneira razoável, os seus conflitos no exercício da guarda. Pois, como foi apresentado na fundamentação da Ministra Nancy Andrichi, no Resp. 1.626.495, o genitor que não permite o convívio do filho com o outro genitor, deixa de considerar o interesse do menor em prol do seu. Se este genitor se preocupa mais consigo mesmo, deixando o conflito afetar a relação filial, ele não conseguirá tomar decisões conjuntas sobre a vida do menor.

Oliveira (2015), afirma que para a guarda compartilhada ter efetividade dependerá de diversas circunstâncias pessoais dos genitores, uma delas é a boa vontade para estarem abertos ao diálogo em decisões que deverão ser tomadas de forma conjunta.

A boa doutrina e a jurisprudência defendem que o menor não deverá ser punido pelo litígio existente entre os seus genitores. O mesmo argumento utilizado para aplicar o regime compartilhado também poderá ser usado para não aplicá-lo, pois se a animosidade entre os pais do menor poderá prejudicar o seu desenvolvimento não faz sentido deferi-la.

Um instrumento importante para solução desse tipo de conflito é a mediação, presente na resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, pois, através de um terceiro neutro, que tenha passado por um treinamento específico em determinada área, como assistência social ou psicologia, dará assistência a resolução do conflito.

Rosenvald e Farias (2011) afirmam que através do auxílio da interdisciplinariedade, haverá uma resolução mais segura do litígio, logo, garantirá a dignidade dos genitores e principalmente a do menor. Maria Berenice Dias (2011), apresenta consonância ao pensamento de Rosenvald e Farias, afirmando que a qualificação interdisciplinar dos profissionais é fundamental na mediação, pois, atuaram em conflitos familiares compreendendo melhor as emoções e a complexidade das partes envolvidas nesse conflito.

Desta maneira, é importante que envolvam diversos profissionais, como psicólogos, juízes, promotores e advogados em casos de guarda que esteja presente a dissoluções conjugais conflituosas para que possam apresentar a melhor solução. Vários tribunais brasileiros, como Tribunal de Justiça de São Paulo, Distrito Federal, Rio Grande do Sul e Paraná, envolvem como prática esses profissionais nas ações de família (GRISARD, 2016).

#### 4.3 DIFICULDADE NA DISTINÇÃO ENTRE GUARDA COMPARTILHADA, GUARDA ALTERNADA E GUARDA UNILATERAL

A unidade familiar, como já foi demonstrado neste trabalho, não é finalizada com o fim da relação dos genitores, pois, se dessa relação gerou filhos, os pais, mesmo que separados, serão detentores do poder familiar, ainda que não possua a guarda do menor.

Um dos objetivos da guarda compartilhada é a manutenção dos laços familiares mesmo após a dissolução conjugal. Os genitores deverão compartilhar os cuidados sobre o menor, assim, o lapso temporal que o menor passará com os pais deverá ser aproximado na medida do possível.

A convivência, na guarda compartilhada, baseia-se na necessidade de preservação dos vínculos da criança com ambos os pais, e estes devem acompanhar ativamente os acontecimentos da vida do filho. Com base nisso se estabelece a intimidade entre o pai e o filho para que se crie um ambiente psicologicamente saudável. A criança, por sua vez, com essa convivência, formará sua própria opinião a respeito do pai, de forma autêntica, e não influenciada pelos comentários e sentimentos da mãe. (SILVA, 2011, p. 9).

Ademais, quanto à possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, diversos tribunais têm decidido que a distância geográfica não é óbice para o seu compartilhamento, assim, argumentam pela priorização do estabelecimento do exercício do poder familiar de forma igualitária, além da busca pela manutenção da relação pai-filho.

PROCESSO CIVIL E CIVIL. GUARDA E ALIMENTOS. MANUTENÇÃO DA GUARDA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA. NATUREZA DÚPLICE DA AÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE PEDIDO CONTRAPOSTO NA CONTESTAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. CARÁTER PROVISÓRIO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA. INTERESSE DA CRIANÇA. PAIS EM ESTADOS DIFERENTES DA FEDERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. (...) 4. A guarda compartilhada representa moderno instrumento voltado ao fortalecimento da convivência familiar e, sobretudo, ao desenvolvimento da criança num ambiente de solidariedade, cooperação e harmonia. 5. O princípio do melhor interesse do menor serve como baliza e critério de ponderação judicial para a escolha da modalidade de guarda mais apropriada no caso concreto. **6. Na guarda compartilhada, busca-se mais que a distribuição igualitária entre os pais do tempo de convívio com o menor, mas sim a possibilidade de participação dos genitores nas decisões para a criação do filho, razão pela qual a distância física dos genitores não importa em óbice na fixação da guarda compartilhada.** 7. Recurso da autora conhecido e desprovido. Recurso do réu conhecido e parcialmente provido. (TJDF – 5ª Turma Cível – APC 0003909-61.2012.8.07.0001 DF – Relator: Sandoval Oliveira, Data de Julgamento 11/03/2015, Data de Publicação: 19/03/2015).

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADO COM PEDIDO DE GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor ou guardião por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada, que permite à criança desfrutar tanto da companhia paterna como também da genitora, com quem reside, sem que ela perca seus referenciais de moradia, que são o da casa materna. 3. **No entanto, como os genitores moram em cidades distintas, o período de convivência da filha com o genitor deverá ser estabelecido de forma quinzenal.** Recurso provido (TJ-RS – 7ª Câmara Cível – AÍ 70077246148 – Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – Data de Julgamento: 31/10/2018, Data de Publicação: 01/11/2018).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DDE GUARDA UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPARTILHAMENTO QUE ATENDE AO MELHOR INTERESSE DAS MENORES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Visando preservar o eldorado interesse da criança e do adolescente, se não ficar demonstrada qualquer situação que recomende a fixação da guarda de forma unilateral, de rigor que ela se dê de forma compartilhada. Inteligência do §2º do artigo 1.584 do Código Civil. 2. O fato dos genitores residirem em cidades distintas, por si só, não inviabiliza o compartilhamento da guarda. Residência que foi fixada com a mãe, resguardando a rotina já consolidada das crianças e respeitando ao regime de convivência com o pai. (TJ-SP – 3ª Câmara de Direito Privado – AC 1000392-31.2014.8.26.0066 SP - Relatora: Maria do Carmo Honório - Data de Julgamento 25/03/2020, Data de Publicação: 25/03/2020).

Conforme um dos casos citados acima, em 2018, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deferiu a guarda compartilhada a pais que moravam em cidades distintas, estabelecendo o período de convivência quinzenal da filha com o genitor. A ideia da guarda compartilhada é ampliar o convívio familiar, entretanto, ao deferir a guarda compartilhada definindo o regime de convivência, o tribunal se equivocou quanto ao tipo de guarda:

“Dessa forma, altero a guarda para a forma compartilhada, mas determino o domicílio da menor na casa da genitora, ora recorrida, com o regime de convivência proposto pelo recorrente, ou seja, finais de semana alternados, iniciando na tarde de sexta-feira e devolvendo-a na segunda de manhã, na casa materna ou diretamente na escola, um dia da semana com pernoite, dia das mães e dos pais, na companhia do homenageado, aniversário dos genitores, na companhia do aniversariante e feriados alternado, iniciando no feriado do dia do trabalho de 2018 na companhia paterna, estabelecendo ainda que nos feriados próximo ao final de semana, como os genitores moram em cidade diversas, a filha permanecer na companhia paterna no feriadão, mantendo a convivência quinzenal.” (TJ-RS – 7ª Câmara Cível – AI 70077246148 – Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – Data de Julgamento: 31/10/2018, Data de Publicação: 01/11/2018).

O objetivo da guarda compartilhada, como já foi tratado, é ampliar o convívio do menor com ambos os genitores. Porém, observa-se que o regime apresentado pelo tribunal aproxima-se da guarda unilateral em que um dos genitores possui a guarda física e ao outro o direito de visitas, ambos possuindo o exercício do poder familiar. A filha encontrará o pai a cada quinze dias, o que não há uma ampliação do regime de convivência, mas aparentando ser um regime de visitas, portanto existe uma confusão no tipo de guarda estabelecido.

Vale-se lembra que não existe dispositivo legal que impeça a guarda compartilhada a pais que residam em cidades diferentes. Contudo, o juiz como aplicador do direito, é o responsável por analisar o caso concreto e verificar qual modalidade atenderá o bem-estar do menor.

Há diversos julgados, apesar de serem minoria, que entendem que a residência dos genitores em cidades diferentes é um impasse ao estabelecimento da guarda compartilhada. Desta maneira, na guarda deve-se vislumbrar o bem-estar e a estabilidade do menor, não sendo viável o seu estabelecimento a pais que moram em cidades distintas:

ALIMENTOS, FILHO MENOR. FIXAÇÃO. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. PAIS EM CIDADES DISTINTAS. INVIABILIDADE. Se os alimentos fixados na sentença refletem com adequação a proporcionalidade de binômio necessidade/possibilidade, não há motivo para modificá-la, sobretudo para reduzi-los. Fica inviabilizada a fixação de guarda compartilhada, quando os pais do menor residem em cidades diversas e distantes entre si. (TJRO – AC 7011164-09.2018.822.0005)

In casu, nota-se que a modificação na rotina da criança, ou até mesmo a alternância de residência, importaria impacto prejudicial ao interesse do menor, diante do fato de que seus genitores vivem em cidades diferentes. Esta impasse, portanto, mostra-se insuperável à concessão da requerida guarda compartilhada. Este indeferimento, ressalta-se, no entanto, não retira do autor, ora apelante, seu dever/responsabilidade como genitor do menor e que, assim, implica na possibilidade de interferir nas decisões concernentes ao poder familiar do filho comum com a requerida-apelada, que deve ocorrer de forma conjunta, na mesma medida e intensidade, entre os genitores, relativamente ao menor Pietro, a quem assiste o direito de manter relações com ambas as famílias de seus genitores. Tem-se, pois, que ainda que não proceda a pretensão autoral no sentido de que a guarda seja revertida unicamente a favor do apelante ou mesmo que esta seja instituída

de forma compartilhada às partes, denota-se que à demandada é defeso impedir o acesso e aproximação do demandante acerca das decisões inerentes ao poder familiar que este exerce sobre o menor Pietro. Cumpre destacar, outrossim, que diante da aparente beligerância entre os genitores, em princípio, mostra-se prejudicial promover-se a guarda compartilhada do menor, na medida em que esta pressupõe um alinhamento de ideias e um mínimo de afinidade dos genitores no intuito de estabelecer condições favoráveis ao desenvolvimento do menor.

O juízo a quo, como dito, optou por manter a guarda do menor a favor da requerida, sua genitora, levando-se em conta a comprovação, por intermédio de estudo social, que os interesses daquele estão sendo devidamente assegurados na residência daquela (f. 123-125), bem como a ausência de prova da alegada alienação parental, o que deve ser mantido por este Tribunal, porque dos testemunhos colhidos em juízo não evidenciaram referida circunstância" (e-STJ fls. 258/259).

(STJ – 3ª Turma - AREsp 1298870/MS – Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – Data de Julgamento: 21/11/2018, Data de Publicação: 21/11/2018)

ACÇÃO DE FIXAÇÃO DE ALIMENTO CC GUARDA E VISITAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, INCONFORMISMO DO ALIMENTANTE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. ÚNICO FILHO. Inviabilidade da guarda compartilhada uma vez que os genitores, além de residirem em comarcas distintas, o menor manifestou interesse em permanecer na cidade natal. Recomendável a estipulação dos alimentos em caso de desemprego ou informalidade, no percentual de 20% do salário mínimo nacional. Atenção ao binômio necessidade/possibilidade. Sentença reformada em parte. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJSP – 7ª Câmara de Direito Privado -AC 1006877-95.2016.8.26.0577. Relator: José Rubens Queiroz Gomes – Data de Julgamento: 03/10/2019, Data de Publicação 03/10/2019)

A citação do segundo julgado retoma a decisão do Tribunal de origem na qual o Relator, ministro do STJ, Ricardo Villas Bôas Cueva apresenta concordância no sentido de que a distância geográfica prejudicaria o interesse do menor. Há outra decisão, em que o pai alegou que a guarda compartilhada era a regra, solicitou a conversão da guarda unilateral para guarda compartilhada, contudo, por unanimidade, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inviabilidade da aplicação da guarda compartilhada aos pais que residam em cidades distintas:

“A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores, portanto.

Todavia, no caso concreto, há peculiaridades que inviabilizam sua adoção, a saber: dificuldade geográfica e o princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, em princípio, sua efetivação.

Na hipótese, a modificação da rotina da crianças, ou até mesmo a possível alternância de residência, impactaria drasticamente a vida das menores. Por exemplo, não é factível vislumbrar que as crianças, porventura, estudassem alternativamente em colégios distintos a cada semana ou frequentasse cursos a cada 15 (quinze) dias quando estivessem com o pai ou com a mãe. Tal impasse é insuperável na via judiar. [...] As partes deverão estabelecer concessões e adequações de diversas ordens para permitir que as filhas gêmeas possam usufruir do ideal psicológico de duplo referencial. O pai, mercê do distanciamento físico, não deve ser alijado de participar minimamente do cotidiano das filhas, ainda que, a princípio, a guarda compartilhável como se conhece, esteja impossibilitado no presente feito. Aliás, consigne-se o lógico, o poder ampliar paterno encontra-se preservado, independentemente da separação da ex-companheira, já que não há falar em perda do então denominado pátrio poder após o término da sociedade conjugal. (STJ- 3ª Turma -REsp 1605477/RS, Relator: Min.

Ao estabelecer a guarda compartilhada aos pais que residam em cidades distintas, analisando casos concretos, conforme os julgados acima, é explícito que não favorecem o menor. Além de que aparenta-se mais com a guarda alternada do que a guarda compartilhada, pois o menor passa um lapso temporal a quilômetros de distância do outro genitor, dificultando assim decisões e fiscalização do exercício do poder familiar.

É importante que seja considerada a distinção entre guarda compartilhada e alternada, conforme é exposto por Pereira:

A guarda alternada não se confunde com a compartilhada ou conjunta. Aquela confere de maneira exclusiva a cada genitor a guarda no período em que estiver com seu filho. Costuma-se dividir o tempo da criança, de forma igualitária, entre cada um dos pais. Por exemplo: a criança habita um mês na casa de cada genitor, alternadamente. Durante esse tempo, o filho reside com apenas um e visita o outro. O genitor responsável naquele período seria o único detentor da autoridade parental. Na guarda compartilhada, ambos compartilham a rotina e o cotidiano dos filhos permanentemente. (Divórcio: teoria e prática. 4ª ed. de acordo com a emenda constitucional nº 66/2010. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99/100)

Portanto, ao conceder a guarda compartilhada aos pais que residam em cidades distintas faz confusão ao tipo de guarda além de causar danos a rotina do menor:

A guarda conjunta é diferente da guarda alternada, que prejudica a rotina e a segurança psíquica da criança, pois nesta se compartilha também a custódia. Aquela garante o direito à convivência familiar, porque o poder familiar continua sendo compartilhado, sem que o filho precise deslocar-se de uma residência para a outra com uma frequência danosa" (Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos, coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, 2014, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, pág. 159).

É importante destacar que atualmente a tecnologia em conjunto com a internet, têm disponibilizado instrumentos que permitem a comunicação entre o filho e seus pais, destacando-se assim, chamadas de vídeo/voz, aplicativos de mensagens, e-mails, entre outros. Portanto, é perceptível que há diversas maneiras de manter o contato entre o menor e seus genitores que residam em cidades diferentes sem prejudicar a rotina da criança e mantendo o exercício do poder familiar.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a guarda compartilhada está sendo aplicada após o advento da lei 13.058/14, na qual a estabeleceu como regra, realizando assim, uma reflexão acerca dos benefícios e desvantagens da sua estipulação. Além disso, também permitiu analisar diversos cenários para que o estudo fosse mais abrangente.

De um modo geral, o legislador estabeleceu a guarda compartilhada como regra em um país que pode apresentar diversos cenários que não serão possíveis a sua aplicabilidade. Analisando os julgados dos tribunais brasileiros, após a lei 13.058/14, fica claro que há insegurança quanto a viabilidade da guarda compartilhada. É importante destacar que o magistrado analisará diante do caso concreto se o interesse do menor será protegido naquela relação. Entretanto, nessa espécie de guarda existem diversas decisões a serem tomadas em conjunto, mas diante da ausência de diálogo encontra-se dificuldade ao estabelecimento de determinada escolha. Assim, diante de conflitos, verifica-se ainda que os Tribunais estão dando preferência a guarda compartilhada mesmo diante de situações que a inviabiliza.

Verificou-se também que há um integrante do legislativo preocupado com a existência dos conflitos na guarda compartilhada, atualmente elaborou um projeto de lei que está tramitando no Congresso Nacional na busca de amenizar os impactos que são gerados quando a guarda compartilhada é estabelecida como regra.

Diante disso, a presente pesquisa alcançou o seu objetivo de analisar os desafios jurídicos apresentados nas dificuldades da implementação da guarda compartilhada como regra. Além disso, verificou-se que uma minoria, tanto no legislativo quanto no judiciário têm buscado a mitigação das consequências da aplicação de forma equivocada.

A pesquisa jurisprudencial realizada demonstrou que há diversos julgados aplicando a guarda compartilhada de forma equivocada o que causa prejuízo tanto ao menor, o bem jurídico mais relevante da relação, quanto aos pais. Algumas hipóteses de inaplicabilidade foram levantadas como a presença de violência doméstica, péssima relação entre os genitores a ponto de prejudicar todos os presentes na relação e a dificuldade do juiz distinguir a guarda compartilhada de outras modalidades de guarda.

Diante de diversos julgados em que o juiz aplicou a guarda como se fosse compartilhada, mas, na verdade, apresentava características de outras modalidades como a unilateral e alternada, neste trabalho foi realizado uma distinção entre as diversas modalidades para que assim fosse facilitado a identificação do equívoco.

Dada a importância do tema, torna-se necessário uma análise mais minuciosa do caso concreto. Em casos que apresenta-se um risco ao desenvolvimento do menor ou insegurança a qualquer uma das partes é necessário que exista uma equipe multidisciplinar para realizar tal análise. Tendo em vista que a equipe multidisciplinar será composta por outros especialistas, a exemplo de psicólogo e assistente social, haverá uma análise mais abrangente com maior chance de eficiência ao regime implantado. Deve ser reconhecido que o juiz, em regra, não será formado em psicologia para conseguir verificar se a litigiosidade dos pais afetará, futuramente, de forma significativa o menor.

Além disso, o juiz deve apresentar com mais clareza qual regime de guarda esta aplicando, pois, o que está ocorrendo é apresentação de aplicação da guarda compartilhada, mas, na prática, as características do regime apresentada é de outras modalidades de guarda, gerando assim, uma confusão.

Nesse sentido, diante de casos concretos, verifica-se, portanto, que são diversas as exceções à aplicação da guarda compartilhada. Portanto, há diversos desafios jurídicos que surgem ao aplicador do direito, quanto ao elaborador das leis e da doutrina quando o assunto é viabilidade da aplicação da guarda compartilhada em casos litigiosos.

## Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AKEL, Ana C. S. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. Disponível em: [https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/5829/mod\\_resource/content/1/semin%C3%A1rio%20B.pdf](https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/5829/mod_resource/content/1/semin%C3%A1rio%20B.pdf). Acesso em: 05 de mar. de 2020.

BARBOZA, Heloísa Helena. **Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). Cuidado e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei. PL nº 29/2020. Altera as Leis nº 10.406 que institui o Código Civil e a nº 13.105 que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1854125&filenome=Tramitacao-PL+29/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1854125&filenome=Tramitacao-PL+29/2020). Acesso em 03 de Setembro de 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 8 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Registro Civil 2018: casamentos entre pessoas do mesmo sexo aumentam 61,7% em um ano. Editora: Estatísticas Sociais, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26195-registro-civil-2018-casamentos-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-aumentam-61-7-em-um-ano>. Acesso em: 8 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil do Estados Unidos do Brasil de 1916. Rio de Janeiro: Presidência da República [1916]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 8 jan. 2020

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.059 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 8 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Brasília: Presidência da República [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 8 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 125 de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 29 set. 2020/

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 29 de 2020**. Altera o § 2º do caput do art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, e acrescenta o art. 699-A à Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, para estabelecer causa impeditiva da concessão da guarda compartilhada, bem como para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os pais ou o filho. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236366>

Acesso em: 17 de Outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.425.566-RS**. Direito Civil e Processual Civil. Família. Guarda Compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 25 de junho de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 09 de fev. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1597194/GO**. Civil e processual civil. Recurso especial. Ação de modificação de guarda consensual. Foro de competência. Art. 147, I do ECA. Melhor interesse do menor. Guarda de menor. Indisponível. Transigível. GO. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 09 de fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1281093/SP**. Civil. Processual Civil. Recurso especial. União homoafetiva. Pedido de adoção unilateral. Possibilidade. Análise sobre a existência desvantagem para a adotanda. Relatora: Min. Nancy Andrichi. 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 09 de fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.695.477/RS**. Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Família. Guarda Compartilhada. Consenso. Desnecessidade. Limites Geográficos. Implementação. Impossibilidade. Melhor interesses dos menores. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 de ago. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo em Instrumento nº 1.299.870/RS**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 08 de junho de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.417.868/MG**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Guarda Compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1591161/SE**. Recurso Especial. Direito de Família. Guarda Compartilhada. Regra do Sistema. Art. 1.584 § 2º, do Código Civil. Consenso dos genitores. Desnecessidade. Alternância de residência da criança. Possibilidade. Melhor interesse do menor. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201500489667&dt\\_publicacao=24/02/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500489667&dt_publicacao=24/02/2017). Acesso em: 17 de ago. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1560594/RS. Recurso Especial.** Direito de Família. Guarda Compartilhada. Primazia sobre a guarda unilateral. Desavenças entre os cônjuges separados. Fato que não impede o compartilhamento da guarda. Exegese do art. 1584, § 2º, do Código Civil. Doutrina sobre o tema. Análise das demais questões devolvidas. Retorno dos autos ao tribunal de origem. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402347550&dt\\_publicacao=01/03/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402347550&dt_publicacao=01/03/2016). Acesso em: 17 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Informativo de Jurisprudência n. 337.** Apelação nº 0010856-81.2015.8.07.0016. Direito Civil. Ação de Modificação de guarda com exoneração de alimento. Guarda Compartilhada. Lar de referência diverso do alimentante. Fixação de alimentos. Binômio necessidade-possibilidade. Relator: José Divino. 6 Turma Cível. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-337/guarda-compartilhada-2013-impossibilidade-de-exoneracao-de-alimentos>. Acesso em: 06 de mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (3. Turma Cível). **Agravo de Instrumento nº 0006975-62.2006.8.07.0000** – Segredo de Justiça. Civil. Família. Agravo de Instrumento. Ação de. Separação litigiosa. Pedido de modificação de guarda provisória. Deferimento à genitora do infante. Regulamentação de visitas. Observância. Prudente arbítrio do juiz. Relator: Humberto Adjunto Ulhôa. 06 de Setembro de 2006. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 03 de mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5. Turma Cível). **Apelação Cível nº 20120110129610.** Processo Civil e Civil. Guarda e alimentos. Manutenção da guarda. Indeferimento de liminar. Ausência de coisa julgada. Natureza dúplice da ação de guarda e alimento. Possibilidade de pedido contraposto na contestação. Relativização da coisa julgada. Caráter provisório. Inexistência de trânsito em julgado. Guarda compartilhada. Primazia. Interesse da criança. País em estados diferentes da federação inexistência de óbice. Relator: Sandoval Oliveira. 11 de março de 2015. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2. Turma Cível). **Agravo de Instrumento nº 20160020045518.** Civil e Processo Civil. Agravo de Instrumento. Divórcio Litigioso e partilha de bens. Pedidos provisório para guarda exclusiva e para regulamentação de visitas ao filho. Medida protetiva de afastamento entre pai e mãe do menor. Suposto crime de furto comum. Desavença com relação a bens após separação Fátima. Sem violência ou grave ameaça. Priorização da guarda compartilhada com livre regime de convivência. Lei 13.058/2014. Art. 1.584 § 2º, do Código Civil. Decisão mantida. Agravo improvido. Relator: João Egmont. 18 de maio de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2. Turma Cível). **Apelação nº 0022652-11.2015.8.07.0003** – Segredo de Justiça. Apelação cível. Guarda compartilhada. Mãe e avô materno da menor. Melhor interesse da criança. Comprovação de situação peculiar. Relatora: Carmelita Brasil. 05 de Setembro de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 19 de fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5. Turma Cível). **Apelação Cível nº 00042445920178070016**. Direito de Família. Modificação de guarda unilateral para compartilhada. Acordo anterior. Guarda unilateral exercida pela genitora. Situação Fátima não alterada. Menor bem cuidado. Animosidade entre os genitores. Melhor interesse do menor. Guarda compartilhada. Inviabilidade. Sentença mantida Relator: Angelo Passareli. 8 de maio de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (7. Turma Cível). **Apelação Cível nº 1178351**. Civil e Processo Civil. Apelação Cível. Família. Suspensão do poder familiar. Medida extrema. Questão probatória. Ônus da prova. Pretensão inicial. Prova pericial. Afastamento. Insuficiência. Comportamento agressivo do genitor. Não comprovação. Processo criminal. Absolvição. Relevância. Alienação parental. Não comprovação Processo Criminal. Absolvição. Relevância Alienação Parental. Não comprovação Guarda Compartilhada. Inviabilidade. Medida protetiva em desfavor do réu. Reversão do lar de referência. Desnecessidade. Sentença parcialmente reformada. Relator: Gislene Pinheiro. 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1. Turma Cível). **Reclamação nº 07137214520198070000**. Reclamação contra decisão que indefere pedido de renovação de medidas protetivas. Violência de gênero não evidenciada. Incompatibilidade da medida protetiva suspensiva de visitação com o regime de guarda compartilhada. Reclamação julgada improcedente. Relator: George Lopes. 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 de ago. 2020..

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1. Turma Cível). **Reclamação nº 0713721-45.2019.8.07.0000**. Reclamação contra decisão que indefere pedido de renovação de medidas protetivas. Violência de gênero não evidenciada. Incompatibilidade da medida protetiva suspensiva de visitação com o regime de guarda compartilhada. Reclamação julgada improcedente. Relator: George Lopes. 17 de Outubro de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 21 de mar. de 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6. Turma Cível). **Agravo de Instrumento nº 0054488-46.2013.8.19.0000** – Segredo de Justiça. Agravo de Instrumento. Ação de guarda compartilhada ajuizada pelo genitor. Maternidade socioafetiva da companheira da mãe biológica. Litisconsórcio passivo necessário. 30 de abril de 2014. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=2523487&PageSeq=0>. Acesso em: 25 de fev. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). **Agravo de instrumento nº 70077246148**. Ação de Dissolução de união estável cumulado com pedido de guarda. Alimentos. Guarda Compartilhada. Cabimento. Relator. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 31 de Outubro de 2018. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa) Acesso em: 17 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo (7. Câmara de Direito Privado). **Apelação nº 1006877-95.2016.8.26.0577**. Apelação. Ação de fixação de alimentos c.c. guarda e visitas. Sentença de parcial procedência. Inconformismo do alimentante. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Único filho. Inviabilidade da guarda compartilhada uma vez que os genitores, além de residirem em comarcas distintas, o menor manifestou interesse em permanecer na cidade natal. Recomendável a estipulação dos alimentos em caso. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. 03 de outubro 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do> Acesso em: 17 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo (3. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1000392-31.2014.8.26.0066 SP**. Apelação Cível. Ação de modificação de guarda. Pretensão de fixação de guarda unilateral. Impossibilidade. Compartilhamento que atende ao melhor interesse das menores. Sentença Mantida. Recurso não provido. Relator: Maria do Carmo Honório. 25 de março de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13432912&cdForo=0>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Rondônia (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 7011164-09.2018.8.22.006**. Alimentos. Filho menor. Fixação. Binômio necessidade/possibilidade. Guarda compartilhada. Pais em cidades distintas. Inviabilidade. Relator: Des. Radiante Miguel Filho. 15 de junho de 2020. Disponível em: <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/docJurisAcordao.jsf?cid=1>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

COLUCCI, C. F. P. (2014). **Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: Revista de Direito Privado, São Paulo, n.19, p. 83-129, jul./set. 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7 ed. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 5: Direito de Família**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEDERAL, Conselho da justiça. **I Jornada de Direito Civil: Enunciado n. 104**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJCoedi/jornadascej/VI%20Jornada.pdf/view?searchterm=enunciado>. Acessado em: 8 jan. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro v.6:** Direito de família. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle. **Do interesse à criança ao melhor interesse da criança:** contribuição da mediação interdisciplinar. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 62, 2001.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

MADALENO, R. & MADALENO, R. **Guarda Compartilhada:** física e jurídica. 3ª ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **Os princípios e a casuística na guarda dos filhos.** *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, p. 107-127, abr./jun. 2002.

OLIVEIRA, Euclides de et al. **Tratado de Direito das Famílias.** Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, (IBDFAM), 2015.

OLIVEIRA e TELLES, Marília. Campos; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada, cuidado compartilhado.** Guarda compartilhada. 1ed. São Paulo: Editora Forense, 2018., p. 209-221.

PAYUETA, Consuelo Barea. **El maltratador como ex marido y como padre.** Barcelona: Ediciones Consuelo Barea, 2012.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil v. 6:** Instituições de Direito Civil. 26ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática. 4ª ed.** de acordo com a emenda constitucional nº 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99/100

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do ‘melhor interesse da criança’:** da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 6, 2000.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada:** Novos Paradigmas do Direito de Família. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, C. M. . **O Poder Familiar na nova realidade jurídico-social.** Dissertação de Mestrado, Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança.** *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 12;

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos das famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Quem são os verdadeiros pais?** Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. Revista Direito e Justiça. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. XVI, 2002, p. 191-214.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito das crianças.** Coimbra: almedina, 2014.

TARTUCE, Flávio . **Direito Civil v. 5:** Direito de Família. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 12 de mar. de 2020.

VEJA. BRASIL. **Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei>> Acesso em: 30 de mar. de 2020.