



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO

JOÃO LUCAS SILVEIRA ROLLEMBERG

A GUARDA COMPARTILHADA NAS DECISÕES DO TJDFT

Brasília
2016

JOÃO LUCAS SILVEIRA ROLLEMBERG

A GUARDA COMPARTILHADA NAS DECISÕES DO TJDF

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientação: Prof. Fernando Luiz de Lacerda Messere

Brasília

2016

JOÃO LUCAS SILVEIRA ROLLEMBERG

A GUARDA COMPARTILHADA NAS DECISÕES DO TJDF

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientadora: Prof. Fernando Luiz de Lacerda Messere

Brasília, ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Prof. Fernando Luiz de Lacerda Messere

Prof. (a) Examinador (a) I

Prof. (a) Examinador (a) II

Dedico o presente estudo a toda minha família e ao meu orientador, que sempre me apoiaram, e acreditaram na minha capacidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial ao meu pai, Antônio Carlos Sobral Rollemberg, o apoio e paciência incondicional para conclusão do curso, e à minha madrastra, Lucicleia Rollemberg.

À minha mãe, Luciana Almeida da Silveira, que sempre me incentivou e me apoiou em todas as minhas realizações.

Aos meus avós, Teresa, Armando, Ilma e João, pelo exemplo e pelo imenso apoio em todas as minhas decisões.

À minha irmã, Marcela Silveira Rollemberg.

Agradeço aos meus amigos que, diretamente ou indiretamente, contribuíram para a minha pesquisa. E à minha namorada, Thaissa Rodrigues, que sempre me incentivou e confiou na minha capacidade e me ajudou a não desanimar.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Fernando Luiz de Lacerda Messere, pela atenção, pelas correções e por acreditar que eu era capaz de fazer um bom trabalho, tornando minha pesquisa muito mais proveitosa e interessante.

Por último, gostaria de agradecer aos meus colegas de advocacia onde trabalho, Rollemberg e Mardonedes Camelo Advogados, que ajudaram muito no meu crescimento pessoal e intelectual dentro do direito.

RESUMO

A presente monografia aborda o instituto da guarda compartilhada, com enfoque na aplicabilidade nas decisões judiciais no âmbito do Distrito Federal. Inicialmente, aborda os conceitos de família e poder familiar. Depois, aborda a origem e o desenvolvimento da guarda no Brasil, trazendo uma análise mais aprofundada da guarda compartilhada, passando pelo direito positivado, pelas correntes doutrinárias e decisões judiciais. A finalidade é comparar os julgados anteriores e posteriores à nova Lei de guarda compartilhada, Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, analisando seis acórdãos proferidos em cada momento e analisando as peculiaridades de cada um. Por fim, compara a opinião de dois Juízes de Varas de Família do Distrito Federal, um titular de uma Vara de Família Órfãos e Sucessões de Samambaia, e outro titular de uma Vara de Família de Brasília, trazendo a opinião de cada um a respeito das mudanças trazidas com a promulgação da nova Lei de guarda compartilhada. Ao final, conclui que ainda há certa insegurança por parte dos magistrados no que tange à aplicação da guarda compartilhada, levando, por muitas vezes, mesmo sendo regra a aplicação da guarda em seu modelo compartilhado, à aplicação da unilateralidade.

Palavras-chave: Família. Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 FAMÍLIA E PODER FAMILIAR	10
1.1 <i>Algumas considerações sobre a família</i>	10
1.2 <i>Poder familiar: conceito e regulamentação</i>	12
1.3 <i>O instituto da guarda no Brasil</i>	16
2 GUARDA COMPARTILHADA	21
2.1 <i>A guarda compartilhada no direito positivo</i>	21
2.2 <i>Correntes doutrinárias dentro da guarda compartilhada e principiologia</i>	27
2.3 <i>Mudanças ocorridas no entendimento dos magistrados com a promulgação da nova lei de guarda compartilhada</i>	31
3 A GUARDA COMPARTILHADA NAS DECISÕES JUDICIAIS NO DF – ESTUDO DE CASOS	38
3.1 <i>Razões da seleção realizada</i>	38
3.2 <i>Características das decisões publicadas anteriormente ao início de 2013</i>	38
3.3 <i>Características das decisões proferidas do início de 2015 em diante</i>	43
3.4 <i>Análise do resultado</i>	48
4 OPINIÃO DOS MAGISTRADOS À RESPEITO DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA FORMA DA LEI Nº 13.058/2014	50
CONCLUSÃO	54
REFÊRENCIAS	56

INTRODUÇÃO

No início dos anos 2000, o pensamento dos doutrinadores clamava por uma evolução no instituto da guarda, onde os pais tivessem autonomia de forma igual para discutir o cotidiano dos filhos após a separação. Como resposta, os juristas começaram a discutir um modelo de lei que concedesse a autonomia requerida e simultaneamente protegesse o bem maior a ser tutelado - o bem estar do menor.

No ano de 2008, entra em vigor a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, lei que cria e coloca em prática o instituto da guarda compartilhada no Brasil. Pouco tempo depois, em 2014, entrou em vigor a nova lei de guarda compartilhada, Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

O presente estudo faz uma análise baseada em três pontos: o que é a guarda compartilhada e como evoluiu no direito brasileiro o instituto da guarda compartilhada, abordando a evolução da legislação, doutrina e jurisprudência; qual tipo de guarda tem predominado nas decisões após a promulgação da nova lei de guarda compartilhada no Distrito Federal; e se a diferença de classe social tem tido impacto nas decisões sobre guarda compartilhada no DF.

Para desenvolvimento deste estudo, faz-se, em seu primeiro capítulo, uma análise geral a respeito dos pontos balizadores do direito de família, passando pelos conceitos de família, de poder familiar e de guarda.

O segundo capítulo analisa a guarda compartilhada sob a ótica dos princípios regentes e do direito positivo, trazendo as modificações instituídas pelas duas leis de guarda compartilhada, bem como evolução da doutrina e da jurisprudência, fazendo uma comparação dos julgados antes da positivação e posteriormente à positivação do instituto, ocorrida em 2008.

Finalmente, o terceiro capítulo analisa sentenças anteriores ao ano de 2013 e posteriores ao ano de 2015, buscando abordar os pontos controversos constantes no pensamento dos magistrados, que se alteraram com o tempo e com a promulgação da nova Lei de guarda compartilhada.

Ao final, o texto apresenta o pensamento de dois Juízes titulares de Varas de Família de Regiões Administrativas de realidades socioeconômicas distintas, expostos em entrevistas realizadas com os magistrados, que comentam os efeitos do advento da nova Lei de guarda compartilhada sobre as sentenças produzidas.

Em síntese, utilizando-se de pesquisa documental e de campo, o presente estudo busca identificar o impacto da alteração da legislação acerca da guarda compartilhada sobre a produção das decisões judiciais no âmbito do Distrito Federal.

1 FAMÍLIA E PODER FAMILIAR

1.1 Algumas considerações sobre a família

A família é de extrema importância para a construção de uma sociedade equilibrada e estruturada, uma vez que é nela que a pessoa inicia o seu aprendizado sobre os valores sociais essenciais para a sua formação de consciência cidadã¹. Para Ruy Barbosa, a família é o princípio base do Estado, como resta demonstrado em seu pensamento “a pátria é a família amplificada”².

Assim, o instituto familiar passou a ser cada vez mais protegido e valorizado pelo Estado, tendo sido reconhecidas diversas formas de entidade familiar por parte da Constituição Federal e demais leis infraconstitucionais³. Rodrigo da Cunha Pereira afirma nesse sentido: “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”⁴.

Ao longo da história brasileira, o conceito de família sofreu grande alteração. Como forma de iniciar os estudos a respeito da evolução do significado de família para o Direito Brasileiro, impende-se citar o entendimento que vigorava no início da vigência do Código Civil de 1916, no qual, segundo Clóvis Beviláqua, a família era constituída por um conjunto de pessoas que estavam ligadas entre si pelo vínculo da

¹ CÉSAR, Frank Figueiredo. **A importância da sociologia jurídica no direito de família aplicada à mediação**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/import%C3%A2ncia-da-sociologia-jur%C3%ADdica-no-direito-de-fam%C3%ADlia-aplicada-%C3%A0-media%C3%A7%C3%A3o>>.

Acesso em: 12 maio 2016

² SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/541/Os+filhos+da+fam%C3%ADlia+em+lit%C3%ADgio+judicial%3A+u+ma+abordagem+cr%C3%ADtica>>. Acesso em: 12 maio 2016.

³ SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/541/Os+filhos+da+fam%C3%ADlia+em+lit%C3%ADgio+judicial%3A+u+ma+abordagem+cr%C3%ADtica>>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-227.

consanguinidade⁵. Ademais, importante se faz destacar os elementos constituidores da família à época, nesse sentido, afirma o autor:

“Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar”⁶.

Nessa época entendia-se que além da família constituída pelo parentesco natural (sanguíneo), também era reconhecido o parentesco civil, como nos casos de adoção. Ainda não havia que se falar em união estável, tendo como única forma de união entre homem e mulher o vínculo matrimonial. Da mesma forma ocorria com os filhos advindos do matrimônio e de relações extraconjugais, onde os primeiros eram considerados legítimos e os outros ilegítimos⁷.

A Constituição Federal de 1988, como forma de acompanhar as mudanças advindas da ampliação de visão por parte da sociedade no que diz respeito ao tema família, consagrou os ideais de igualdade entre os cônjuges, reconheceu a união estável como uma nova forma de família, igualou os filhos e confiou a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse destes⁸.

Em seu artigo 226, a Constituição Federal de 1988 reconhece apenas três formas de família, quais sejam a família decorrente do casamento, da união estável e a família monoparental (formada por um dos genitores e sua prole). Nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Roselvald, o casamento é uma “entidade familiar,

⁵BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943. p. 16.□

⁶BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943. p. 17.□

⁷BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943. p. 309.

⁸SIMÕES, Thiago Felipe Vargas; COSTA, Livia Ronconi. **A família e a Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/770/A+fam%C3%ADlia+e+a+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+1988>>. Acesso em: 12 maio 2016.

merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e solenemente, entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida⁹). Para Álvaro Villaça de Azevedo, a união estável é a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem¹⁰. Por fim, a família monoparental é aquela formada por um dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988).

Deste modo, a evolução ocorrida dentro do ordenamento jurídico brasileiro tornou possível assegurar alguns direitos, como por exemplo, o equilíbrio do exercício do poder familiar, que será tratado em seguida, e o direito do menor de desfrutar de um ambiente familiar mais favorável e satisfatório ao seu desenvolvimento¹¹.

1.2 Poder familiar: conceito e regulamentação

A ideia de poder familiar surge em Roma, por volta de 27 a.C. a 395 d.C., onde a família, no que diz respeito às pessoas, tinha como alicerce o laço sanguíneo¹². Nesse contexto, o poder familiar era aquele que somente o homem possuía e que se transmitia de geração a geração unicamente pela linhagem paterna¹³. Esse homem, sobre o qual recaía o poder familiar e era passado para seu primogênito, era o detentor do pátrio poder.

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 186.□

¹⁰Azevedo, Álvaro Villaça. **União Estável**, artigo publicado na revista advogado nº 58, AASP, São Paulo, Março/2000.

¹¹STACCIARINI, Alessandra. **Poder familiar: evolução histórica e legislativa**. Disponível em: <<http://alestacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/190133523/poder-familiar-evolucao-historica-e-legislativa>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

¹²ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

¹³ ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

O referido pátrio poder não era exercido somente perante os filhos dos homens, mas também sobre suas esposas. Um momento importante na história, no qual esboçou-se algumas ideias inovadoras, foi na Revolução Francesa, com seu tão famoso lema “igualdade, liberdade e fraternidade”. No entanto, ainda com tantos pensamentos revolucionários, o Código Napoleônico veio para ratificar o poder que os pais tinham em relação a seus filhos¹⁴.

Com o passar dos anos, fatos históricos fizeram com que se mudasse a perspectiva de visão do poder familiar. Podemos citar como exemplos a Revolução Industrial (Século XVIII), a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (1948) e os movimentos pela emancipação da mulher (1960)¹⁵. Antes dos fatos supracitados acontecerem, uma separação marcante de tarefas ocorria dentro dos lares, enquanto os homens trabalhavam para sustentar financeiramente suas famílias, as mulheres se dedicavam exclusivamente aos lares, aos maridos e aos filhos¹⁶.

Em decorrência disso, a criação e guarda dos filhos, em hipótese de separação dos pais, ficava a cargo unicamente da mulher¹⁷. No entanto, uma divisão de tarefas domésticas entre homens e mulheres se deu como consequência da inserção da mulher no mercado de trabalho, fazendo, assim, com que os pais se tornassem mais presentes na criação de seus filhos¹⁸.

Em razão do exposto, a expressão pátrio poder perde força, passando a ser chamada de poder familiar na intenção de que ambos os cônjuges exercessem

¹⁴ DILL, Michele Amaral; Calderan, ThanabiBellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: [HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+9019). Acesso em: 10 abr 2016.

¹⁵ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

¹⁶ CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda compartilhada.** Visão em razão dos princípios fundamentais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO Mário Luiz (Coord) **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 219.

¹⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

¹⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

papéis semelhantes na criação dos menores¹⁹. Nessa conjuntura é o posicionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente, vejamos:

“Artigo 21: O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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.”²⁰

Além do Estatuto da Criança e do Adolescente, atualmente no Brasil, o poder de família também encontra-se regulamentado na Constituição da república de 1988 e no Código Civil Brasileiro de 2002.

No Brasil, na seara do direito de Família, a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas evoluções. Podemos citar a igualdade de direitos para os filhos oriundos do casamento e advindos de relação extraconjugal, estabelecendo a união estável como modelo de família, equiparando marido e mulher na relação conjugal, entre outras inovações²¹.

Já no Código Civil de 2002, o poder familiar é colocado como uma tarefa que os genitores possuem sobre os filhos enquanto menores e que será exercida em conjunto, podendo ser exercida com exclusividade quando houver impedimento ou falta de um dos genitores. Ainda, não havendo consenso em relação a decisões ligadas aos filhos, os pais devem recorrer ao Poder Judiciário, devendo o magistrado resolver da melhor forma a contenda²².

Outrossim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1634, traz também um rol de obrigações que os pais possuem para com sua prole e, como colocam os artigos

¹⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

²⁰BRASIL, Lei nº 8.069 de 1990, de 13 de julho de 1990. **Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 abr 2016.

²¹QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 12.

²²BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 abr 2016.

1635 e 1638 do mesmo diploma legal, se os genitores descumprirem esses deveres, poderão ter o poder familiar suspenso ou extinto²³. Vejamos o artigo 1.634 do Código Civil de 2002:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
 I – dirigir-lhes a criação e educação;
 II – tê-los em sua companhia e guarda;
 III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”²⁴

Paulo Lôbo descreve a evolução do poder familiar da seguinte forma:

“As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni juris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do quantum despótico, restringindo esses poderes domésticos. No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.”²⁵

Portanto, temos que poder familiar deve ser conceituado como um *munus*, uma obrigação que advém através da parentalidade²⁶. É sabido, ainda, que tal instituto possui regulamentação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como já citado anteriormente, e sabendo, ainda, que o Estado deve fiscalizar como ele está

²³ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 abr 2016.

²⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 abr 2016.

²⁵ LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

²⁶ LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

sendo exercido. Tal fiscalização por parte do Estado e da sociedade recebe, também, tutela internacional, que pode ser verificada no artigo XVI, 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o qual traz que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado²⁷.

Dessa forma, como o poder familiar trata da relação entre pais e filhos, este não é extinto com a separação, divórcio ou fim da união estável. A única mudança que ocorre no caso acima, diz respeito a uma das atribuições do poder familiar — a guarda —, que, quando concedida a um dos pais, passa a ser unilateral, ou, quando concedida ao pai e a mãe, passa a ser compartilhada²⁸, o que será abordado a seguir.

1.3 O instituto da guarda no Brasil

No Brasil, o instituto da guarda surge com o advento a Constituição Federal 1988, onde se inicia a ideia de casal parental, ou seja, a família formada por pais e filhos, onde os genitores, apesar de não possuírem mais laços afetivos, necessitam se unir para dar continuidade à educação dos filhos²⁹.

Inicialmente, a guarda deriva do poder familiar e, dessa forma, é colocada como um direito que emana dos genitores, onde devem ter sua prole sob seus cuidados, a fim de criá-los³⁰. No mesmo contexto, Ricardo Algarve Gregorio coloca tal conceito como sendo o instituto jurídico composto de direitos e deveres

²⁷BRASIL, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 10 abr. 2016.

²⁸ ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar>. Acesso em: 08 jun. 2016.

²⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. **O casal parental**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/942/O+casal+parental>. Acesso em: 11 abr. 2016.

³⁰ MADALENO, Rolf. A lei da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 316.

recíprocos existentes entre o guardião e o protegido, cujo objetivo principal é a proteção dos interesses deste último³¹.

Portanto, temos que a guarda dos filhos é conjunta dos pais quando eles estão em uma relação afetiva. Porém, com o rompimento da sociedade conjugal, inicia-se a disputa para saber quem exercerá a guarda dos menores. Assim sendo, os pais podem chegar a um acordo a respeito de quem ficará com essa guarda ou, se isso não for possível, o magistrado será incumbido de decretá-la³².

Atualmente, existem três tipos de guarda em nosso ordenamento jurídico, unilateral, alternada e compartilhada. A guarda unilateral está prevista no §1º do artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro, e consiste na guarda atribuída a um só dos genitores ou a alguém que os substitua, conforme autoriza o §5º do artigo 1.584 do mesmo diploma legal³³.

Contudo, há que se falar de algumas desvantagens desse modelo de guarda, uma vez que não confere igualdade de direitos aos genitores nos âmbitos pessoal, familiar e social, ficando, o que não possui a guarda, incumbido de exercer uma função de coadjuvante no processo de educação e desenvolvimento social e afetivo dos filhos³⁴.

A guarda alternada, apesar de não estar contida em nossa legislação, é altamente debatida pelos mais diversos doutrinadores. Esta consiste na criação do menor por seus genitores de forma que o infante passe um período de tempo com

³¹ GREGORIO, Ricardo Algarve. **Guarda de filhos**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. p. 62.

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 189.

³³ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

³⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p.54.

seu pai e outro período de tempo com sua mãe³⁵. Ressalta-se, na guarda alternada, o menor residirá ora com sua mãe ora com seu pai, sendo que o lapso temporal que permanecerá com cada é previamente estabelecido e igualmente acordado entre os genitores³⁶.

Apesar das diversas críticas que essa espécie de guarda sofre, podemos citar como vantagem o fato de que a criança, mesmo após a separação de seus genitores, permanece convivendo constantemente com ambos, o que trará enorme benefício afetivo para ela³⁷.

Contudo, Fernanda Rocha Lourenço Levy entende que a guarda alternada trata-se “do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”³⁸. E as críticas não param por aí, Ana Carolina Silveira Akel afirma que, dentre os prejuízos da utilização da guarda alternada para o menor, pode-se citar que a criança “pode perder o referencial de lar, o que é prejudicial para o seu bom desenvolvimento psicoemocional. A alternância entre as residências materna e paterna pode ser desestabilizadora para a prole, levando à perda da habitualidade, continuidade e rotina, seus vínculos e afazeres cotidianos”³⁹.

Para completar o rol das espécies de guarda, temos a guarda compartilhada, objeto de estudo do presente trabalho, que encontra previsão no mesmo artigo

³⁵QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

³⁶GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

³⁷AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

³⁸RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

³⁹RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

1.583 e no artigo 1.548 do Código Civil Brasileiro. Conforme está previsto no Código Civil, guarda compartilhada significa responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.⁴⁰

Na guarda compartilhada, todas as decisões que têm que ser tomadas concernentes aos filhos menores ou não emancipados, são de responsabilidade igual do pai e da mãe⁴¹. Ou seja, quaisquer decisões no tocante à prole, são tomadas conjuntamente entre pai e mãe, levando, assim, à uma participação mais ativas dos genitores na vida dos filhos. Nas palavras de Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, a guarda compartilhada é conceituada da seguinte maneira:

“É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.”⁴²

Há que se afastar, porém, o instituto da guarda compartilhada do instituto da guarda alternada, uma vez que, mesmo a nova Lei de Guarda Compartilhada trazendo que o menor deve passar tempos iguais com ambos os genitores, essa aplicação está equivocada, pois passando tempos iguais com cada pai, o menor não teria qualquer senso de rotina, o que seria totalmente prejudicial para o crescimento como pessoa.

Nesse diapasão vai o voto do Desembargador Relator Elípidio José Duqueque, no qual o Magistrado afirma que:

“A diferença entre guarda alternada e a compartilhada é ontológica. Enquanto a guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa à participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se

⁴⁰ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

⁴¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

⁴² QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 28.

relacionam aos filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa o menor a possuir duas casas⁴³.

Assim, enquanto não houver a ruptura conjugal, a guarda dos filhos menores será exercida de forma igualitária entre os cônjuges, através da guarda comum. No entanto, a partir do momento em que a sociedade conjugal deixa de existir, começa a existir uma disputa pela guarda do menor⁴⁴, onde será aplicada uma das formas de guarda abordadas acima.

⁴³BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Segunda Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 0908481-21.2006.8.08.0000. Relator: Des. Elípidio José Duque. DJE, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

⁴⁴RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**; Direito de Família, p. 274.

2 GUARDA COMPARTILHADA

2.1 A guarda compartilhada no direito positivo

Anteriormente ao advento da Lei nº 11.698/08, os artigos 1583 e 1584 colocavam, respectivamente, havendo acordo entre os pais no que diz respeito à separação ou divórcio consensual, a guarda dos filhos menores seria aplicada nos termos do acordo, no entanto, em não havendo referido consenso, a guarda seria posta, exclusiva ou unilateralmente, ao genitor que demonstrasse melhores condições.

A partir da entrada em vigor da lei citada acima, alterou-se a redação dada aos artigos citados anteriormente, fazendo com que o instituto da guarda compartilhada fosse inserido definitivamente em nosso ordenamento jurídico.

No entanto, a finalidade da lei reformadora vai além de inserir o instituto da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, esta já era aplicada em raríssimos casos mesmo antes de 2008. Assim, temos que o objetivo da alteração do diploma legal foi disciplinar o modelo compartilhado da guarda e aumentar substancialmente a aplicação. No que concerne ao aspecto psicológico da guarda compartilhada, Sérgio Eduardo Nick afirma:

“O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (“joint custody”, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (“sole custody”, em inglês).”⁴⁵

⁴⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

A redação dos artigos 1.583 e 1.584 com o advento da Lei nº 11.698/08⁴⁶ dispunham que, verbis:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

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

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

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

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

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

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

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

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

O caput do artigo 1.583 acima exposto trazia a adoção de um sistema duplo de exercício da guarda dos menores após o término do vínculo conjugal que unia os pais, ao normatizar dois modelos, o compartilhado e o unilateral.

⁴⁶BRASIL, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

Entretanto, muito embora pudesse parecer pela leitura do dispositivo em análise, inexistia, na prática, um afastamento entre guarda unilateral e guarda compartilhada, uma vez que, dependendo do modo como um dos modelos era exercido, podia ser confundido com o outro. Nesse contexto, Venosa dispõe que:

“Não há campos estanques entre elas [guarda unilateral ou compartilhada], mas gradações. A guarda compartilhada pode ser mais ou menos ampla dependendo do caso concreto. Por outro lado, a guarda unilateral, tal como definida no §1º, pode abrir válvulas ao compartilhamento, como por exemplo direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência.”⁴⁷

No entanto, Quintas⁴⁸ critica a Lei nº 11.698/08, por considerar que a referida norma limitava os genitores a escolherem entre a guarda unilateral ou a compartilhada. Asseverava que a nova redação do Código não vislumbra todas as possibilidades para contemplar o interesse da criança na relação pais e filhos, uma vez que a guarda deve se sujeitar às particularidades do caso concreto e à vontade dos pais.

Indo na direção contrária a esse entendimento, estava o posicionamento de Grisard Filho⁴⁹, que afirmava que mediante uma interpretação sistemática, parecia mais correto o entendimento de que o artigo 1583 não apresentava um rol taxativo, uma vez que, de acordo com o princípio da singularidade, e devido à infinidade de situações posta em cada núcleo familiar, o magistrado deveria se nortear pelo caso concreto a fim de decidir da melhor maneira.

No que concerne à antiga redação dada ao artigo 1.584 do Código Civil, Venosa entendia que, o prévio conhecimento dos pais sobre o modelo de guarda e o conseqüente prévio acordo a respeito de qual utilizar, era sempre a melhor forma de resolver a questão e evitar futuras contendas. Vejamos:

“Avulta a importância da conciliação prévia quando então melhor se esclarecerá aos pais sobre o alcance da guarda que pretendem ou que

⁴⁷VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1444.

⁴⁸QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

poderá ser concedida. Será então mais conveniente que os interessados cheguem ao juiz na audiência de conciliação, já em fase judicial, com conhecimento prévio e ideia formada. Nem sempre o juiz togado terá condições para o verdadeiro aconselhamento como está previsto no §1º.⁵⁰

Já na opinião de Grisard Filho⁵¹ as sanções civis previstas no §4º penalizavam os menores de forma mais severa que o pai que descumpria a cláusula de guarda, já que a penalidade prevista era a redução de prerrogativas, inclusive quanto ao número de horas de convívio entre eles ou até mesmo a alteração do regime de guarda para um menos benéfico para ambos.

Nos atuais moldes, a guarda compartilhada foi estabelecida com o advento da Lei 13.058/2014, a qual alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, trazendo representativo progresso para o Direito de Família brasileiro ao enraizar a igualdade entre os genitores, colocando o equilíbrio na divisão do tempo dos genitores com os menores e a corresponsabilidade pela criação dos mesmos como fundamentos principais. Os artigos alterados encontram-se postos da seguinte forma⁵²:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

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

§ 4º (VETADO).

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

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

⁵⁰VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1445.

⁵¹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵²BRASIL, Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

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

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

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

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, 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.

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

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

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

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.”

A nova lei encontra-se embasada no artigo 229 da Constituição Federal, "que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não com eles no mesmo lar."⁵³

O artigo 1.583, no seu parágrafo primeiro, conceitua a guarda compartilhada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Mais uma vez, há que se afastar, porém, guarda alternada de guarda compartilhada, uma vez que no primeiro instituto existe uma alternância entre

⁵³GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164.

períodos iguais exclusivos do poder parental sobre o menor, por meio de revezamento entre os lares, por tempo previamente estabelecido, não ocorrendo cooperação entre os genitores na administração da vida do menor. E no instituto da guarda compartilhada, procura-se um convívio maior e equilibrado entre pais e filhos. Vale lembrar que a guarda alternada não está sequer prevista em nosso ordenamento jurídico⁵⁴.

Outra inovação trazida pela Lei 13.058/2014 diz respeito ao uso da vigilância inerente ao poder familiar, quando no § 6º, do artigo 1.584, garante que qualquer estabelecimento tem a obrigação de prestar informações a qualquer dos pais a respeito de seus filhos, podendo haver aplicação de multa caso a solicitação não seja atendida. Tal previsão busca minimizar os casos de alienação parental, em que tantos genitores ficam privados de importantes informações a respeito da vida de seus filhos⁵⁵.

A Lei 13.058/2014, no que concerne a pais separados que descumpram as atribuições relativas ao poder familiar, manteve somente a redução de prerrogativas, suprimindo a punição de restrição de tempo com o menor. O melhor interesse dos filhos foi levado em consideração nessa modificação, eis que sempre eram os maiores prejudicados caso houvesse a diminuição do convívio com um dos genitores⁵⁶.

Por fim, outro aspecto da nova lei merecedor de maior análise, corresponde ao permissivo legal entabulado no § 2º, do artigo 1.584, que distancia a guarda compartilhada do pai que declarar explicitamente, ao magistrado, não ter vontade de possuir a guarda do menor⁵⁷. Ângela Gimenez, magistrada e presidente do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) do Mato Grosso, afirma, ainda, que:

“Cabe aqui um cuidado interpretativo, eis que, por ser a guarda uma responsabilidade parental, não nos parece razoável aceitar a abdicação do dever de cuidado, decorrente do poder familiar, somente por volitividade de um dos genitores, ou seja, por simples querer ou não querer. Cabe lembrar que os tribunais pátrios vêm reconhecendo, inclusive, a responsabilidade

⁵⁴ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

⁵⁵ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89.

⁵⁶ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90.

⁵⁷GIMENEZ, Angela. **Igualdade Parental**. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

civil por abandono afetivo daquele que deixa de exercer seu papel de cuidador, no bojo da família. O sistema legal como um todo aponta para a responsabilidade dos genitores, no desenvolvimento infanto-juvenil, não guardando qualquer razoabilidade eximir-se um deles de sua tarefa, por mero desinteresse. Nesse sentido, apenas em caso justificável o Poder Judiciário poderia legitimar a vigência de uma guarda unilateral, ainda assim mantendo as demais responsabilidades do genitor afastado, como, por exemplo, às decorrentes de manutenção da prole.”⁵⁸

2.2 Correntes doutrinárias acerca da guarda compartilhada e principiologia

Pefacialmente, é sabido que a prole necessita da presença de seus genitores para que se torne um ser humano dotado de personalidade, e, dessa forma, consiga se estabelecer na sociedade. Sabendo que o filho não é culpado pela separação dos pais, e sim vítima, sem seu desenvolvimento completo, a guarda compartilhada responsabiliza ambos os pais pela educação, assistência moral e material de forma igualitária⁵⁹. No mesmo sentido é o pensamento de Mônica Guazzelli a respeito da guarda compartilhada, vejamos:

“A organização estabelecida após a separação dos genitores, no zelo e proteção da prole comum, na qual ambos detêm integralmente a guarda jurídica, devendo ser estabelecida a forma de convívio do filho com um e outro, garantindo aos genitores proximidade física, divisão dos encargos no exercício da guarda e, ainda, a participação equitativa de pai e mãe na tomada de decisões relativas ao menor”⁶⁰.

Na guarda compartilhada, pai e mãe possuem direitos e deveres iguais no que diz respeito a seus filhos e, para não os prejudicar devem evitar quaisquer

⁵⁸ GIMENEZ, Angela. **Igualdade Parental**. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

⁵⁹ BORGES, Mariana de Sousa. **Guarda compartilhada, buscando qual o seu maior interessado: o menor ou o guardião**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10734>. Acesso em 12 abr. 2016.

⁶⁰ GUAZZELLI, Mônica. **A nova lei de guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150427123958.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

desentendimentos, entrando em acordo nas decisões concernentes aos menores⁶¹. Nesse diapasão, conceitua Maria Berenice Dias:

“Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”⁶².

Nesse instituto, a prole possui residência fixa com um dos guardiões⁶³. Assim, o guardião que tem sua residência diversa da do menor tem o direito de conviver amplamente com ele, possuindo, ainda, todos os direitos e deveres que emanam do poder familiar⁶⁴. Ademais, ambos os genitores deterão a guarda jurídica e psicológica dos infantes, apesar de apenas o pai que residir com o filho possuir a guarda física⁶⁵.

Mais uma vez, importante é a distinção entre os institutos da guarda compartilhada e a guarda alternada, que, como já explanado anteriormente, traz uma rotatividade entre os pais no cuidado do filho, e, para aquele que não está com a guarda no momento, cabe apenas a ideia da visitação⁶⁶. Diferentemente da guarda compartilhada, onde ambos os pais detêm a guarda do menor o tempo inteiro e resolvem em conjunto as melhores decisões para seus filhos.

Na esfera do direito de visitas dentro do instituto da guarda compartilhada assevera Paulo Lôbo:

⁶¹ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 401.

⁶³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 218.

⁶⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 30.

⁶⁵ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 30.

⁶⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

“A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Conseqüentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de "pais de fins de semana" ou de "mães de feriados", que privam os filhos de suas presenças cotidianas”⁶⁷.

Assim, a guarda compartilhada, instituto que surgiu com a intenção de afastar os problemas advindos da imposição da guarda unilateral, tem como objetivo a diminuição do sofrimento, por parte das pessoas envolvidas em determinado núcleo familiar, causado pela ruptura da sociedade conjugal⁶⁸. Tal objetivo é alcançado no momento em que os genitores conseguem colocar as necessidades dos filhos em detrimento da deles, deixando para trás todas as frustrações e incompatibilidades provenientes do divórcio ou dissolução da união estável⁶⁹.

No que concerne aos princípios aplicados na guarda compartilhada, diversos são os doutrinadores que abordam, em seus artigos, esse tema dentro da relação entre criança e pais. No entanto, um em especial é tratado pela unanimidade deles, o princípio do melhor interesse da criança.

Esse princípio encontra respaldo nos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁰. Segundo ele, devem sempre ser levadas em consideração as necessidades da criança em detrimento das necessidades dos pais. Esse princípio, também está previsto no artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁷¹, o qual, desde 1990, tem força de lei no Brasil.

⁶⁷LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei 11.698/2008**. Disponível em: <<http://saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁶⁸QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 71.

⁶⁹RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direitobrasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁷⁰BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

⁷¹BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

Outro princípio de suma importância na adoção da guarda compartilhada é o da igualdade de gênero, porém esse diz respeito aos pais que se divorciam e buscam a guarda compartilhada de seu filho. Esse princípio encontra embasamento nos artigos 5º, inciso I, e no artigo 226, § 5º, ambos da Constituição Federal⁷². Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, o princípio da igualdade “interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamento desiguais”⁷³.

Mais um princípio enraizado no instituto da guarda compartilhada é o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos [...] sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”⁷⁴.

E continua:

“O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”⁷⁵.

Para fechar, o princípio da afetividade também é de suma importância na aplicação da guarda compartilhada. Apesar de não estar expresso na Constituição Federal do Brasil, é um princípio que decorre da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que o afeto está intimamente ligado ao amor, ao respeito e à família,

⁷² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr2016.

⁷³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 17.

⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **AEficácia dos Direitos Fundamentais**.4 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 70.

⁷⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **AEficácia dos Direitos Fundamentais**.4 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 124.

pois o afeto é fundamental para que as relações familiares sejam bem-sucedidas e unidas.

Nesse sentido, assevera Paulo Lôbo:

“A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações. Assim, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência”⁷⁶

Diversos outros princípios são tratados pelos mais diversos doutrinadores, no entanto, os supracitados são os norteadores da aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada, são eles: o princípio do superior interesse da criança, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade e princípio da igualdade de gênero.

2.3 Mudanças ocorridas no entendimento dos magistrados com a promulgação da nova lei de guarda compartilhada

Antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.698/08, já havia julgados tratando do tema da guarda compartilhada. No entanto, por ainda não estar positivada, esses eram completamente contrários às Leis que posteriormente vieram para regular o tema.

Um exemplo de alteração que se deu dentro dos julgados à respeito da guarda compartilhada é que, anteriormente à positivação do instituto da guarda compartilhada, era praxe nas decisões proferidas no âmbito das Varas de Família,

⁷⁶LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

desse instituto, intrínsecos à dignidade humana.

3. O significado de família foi consideravelmente ampliado pela Carta Política de 1988, sendo definida como núcleo socioafetivo e possibilitando plurais configurações. No contexto do Estado Democrático de Direito, a separação conjugal, antes considerada um fracasso cuja culpa era atribuída a um dos ex-cônjuges e a guarda ao outro, hoje significa mera transição entre dois modelos de família e a guarda é definida de acordo com a dinâmica familiar que mais atender aos interesses das crianças e dos adolescentes, segundo o Código Civil, art.1583 e seguintes, devendo-se priorizar o modalidade compartilhada, haja vista a importância de ambos os pais na formação das crianças e dos adolescentes. Art.1.584, §2º, do Código Civil. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. A dinâmica familiar foi estudada pela Secretaria Psicossocial Judiciária deste Egrégio, no mês de novembro de 2013, época da separação, e outro em meados de setembro de 2014, em que se sugeriu, ao final, a guarda compartilhada, com residência fixa na casa da genitora. Nesse contexto, em atenção aos interesses da menor em questão, não se encontraram fundamentos para reformar a r. sentença, em que se determinou a guarda compartilhada.

5. Negou-se provimento ao apelo.(Acórdão n.919150, 20130111248620APC, Relator: FLAVIO RENATO JAQUET ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 17/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada)".

Como já exposto anteriormente, a guarda compartilhada é a modalidade em que, mesmo com pai e mãe morando em casas distintas, esses deverão tomar as decisões conjuntamente à respeito da vida do menor. Dessa maneira, uma vez que a guarda compartilhada virou regra, essa deve ser aplicada em detrimento das demais possibilidades⁷⁹.

Outro ponto em que é possível notar a evolução nos julgados, é o fato de que, nos primórdios da guarda compartilhada, essa só era deferida se houvesse consenso entre os pais do menor. Nesse sentido foi o julgado da Desembargadora Relatora Maria Beatriz Parrilha⁸⁰:

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS. MENORES. PERCENTUAL. FIXAÇÃO. NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE E CONCORRÊNCIA ENTRE OS GENITORES. GUARDA. MODIFICAÇÃO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE RAZÕES. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE QUANDO NÃO HÁ CONSENSO. PARTILHA DOS BENS MÓVEIS. NÃO IMPUGNAÇÃO. DÍVIDAS CONTRAÍDAS DURANTE

⁷⁹BERNARDINI, Marcos. Guarda Compartilhada. Disponível em: <<http://www.diaadiarevista.com.br/Noticia/473431/guarda-compartilhada>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

⁸⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20070310076865. Relator Desembargador Maria Beatriz Parrilha. DJE – 16jul. 2008. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

O CASAMENTO. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA.

1. Os alimentos dos Menores, a cargo de seus Genitores, fixados na sentença em observância ao binômio necessidade e possibilidade e, ainda, arbitrados de forma concorrente e proporcional entre os pais dos Infantes, não merecem qualquer modificação.
2. Demonstrada que a Genitora possui plena aptidão para o exercício da guarda, deve ser negado o pedido de sua modificação em favor do pai, principalmente quando este, em depoimento pessoal, confirma tal condição.
3. O pedido de guarda compartilhada deve ser rejeitado, pois, além do quadro desfavorável vivido entre o casal, capaz de comprometer o bem estar dos Menores, este só foi formulado em sede recursal.
4. Incabível o pedido de partilha dos bens móveis que guarneciam a residência do casal em sede de apelação, ante a ausência de impugnação e de manifestação no sentido de que fossem incluídos na partilha.
5. Como não elidida a presunção de que as dívidas contraídas durante o casamento foram revertidas em prol da sociedade conjugal, deverão as mesmas ser suportadas proporcionalmente pelos cônjuges. Também descabida sua redução, pois não houve demonstração de participação do Réu, durante o trâmite do processo, para a sua quitação.
6. Sentença mantida. Apelações não providas.(Acórdão n.313335, 20070310076865APC, Relator: MARIA BEATRIZ PARRILHA, Revisor: SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/06/2008, Publicado no DJE: 16/07/2008. Pág.: 40)".

Contrapondo-se a este entendimento, vai a praxe jurisprudencial atual, onde deve ser observado o melhor interesse do menor, que seria conviver com ambos os genitores, proporcionando um maior desenvolvimento em todos os sentidos para a criança. Corroborando com esse posicionamento está o julgado da Desembargadora Relatora Simone Costa Lucindo Ferreira⁸¹. Vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGIME DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. ART. 284, § 2º, DO CC. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.085/2014. OCORRÊNCIA DE LITIOGOSIDADE ENTRE OS EX-CÔNJUGES. PROVA TÉCNICA. ESTUDO PSICOSSOCIAL. RELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. O objetivo das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, que alteraram o § 2º do art. 1584 do CC, foi o de estabelecer a guarda compartilhada como a regra no direito brasileiro, calcadas na premissa de que ambos os pais têm igual direito de exercer a guarda dos filhos menores e que esse exercício é saudável à sua formação, restando superada a visão tradicional de que competiria à mulher primordialmente a tarefa de educar e criar os filhos.
2. Embora a decretação da guarda compartilhada deva ser vislumbrada como regra, sua imposição pode sofrer ponderação própria da hermenêutica jurídica, nos caso em que os valores sociais que a norma pretende regular não se encontrem presentes no caso concreto, bem como em decorrência da aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e

⁸¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130110245704. Relator Desembargador Simone Costa Lucindo Ferreira. DJE – 05maio2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

do Adolescente, como nas hipóteses em que estejam presentes situações graves o suficiente para determinar a guarda unilateral.

3. Ainda que haja litigiosidade entre os pais, não se afasta a aplicação da regra da guarda compartilhada quando esta é recomendada pelo Estudo Psicossocial como benéfica ao restabelecimento do equilíbrio nas relações familiares.

4. O estudo psicossocial configura uma importante prova técnica apta, em regra, a fundamentar o convencimento do julgador a respeito da lide posta em debate.

5. Apelação do autor conhecida e provida, apelação adesiva prejudicada. (Acórdão n.936509, 20130110245704APC, Relator: SIMONE COSTA LUCINDO FERREIRA, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/04/2016, Publicado no DJE: 05/05/2016. Pág.: 151-172)".

Sobre esse tema, dispõe a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi, em acórdão no Recurso Especial nº 1.251.000 – MG, que, apesar de diversos julgados colocarem o consenso como sendo condição *sine qua non* para a utilização da guarda compartilhada, esse posicionamento merece avaliação ponderada, uma vez que o melhor interesse do menor deve ser levado em consideração em detrimento ao dos pais⁸².

Mais uma concepção que se alterou com o passar dos anos foi o da guarda compartilhada por genitores que moram em países distintos. Antigamente não havia que se pensar em guarda compartilhada para pais que residissem em lugares diferentes. Esse foi o entendimento utilizado pelo Desembargador Relator Valter Xavier⁸³:

“CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. GENITOR RESIDENTE DE OUTRO PAÍS. INTERESSES DO MENOR.

1. Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese de o genitor residir em outro país, eis que não ocorreria a efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho.

2. Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para o outro genitor. (Acórdão n.163208, 20000110948395APC, Relator: VALTER XAVIER, Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/09/2002, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 13/11/2002. Pág.: 98)”.

⁸²Recurso Especial nº 1.251.000 – MG. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 jun 2016

⁸³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20000110948395. Relator Desembargador Waldir Leônicio Lopes Júnior. DJU Seção 3 – 13nov.2002. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

Em contrapartida, com o passar dos anos, o entendimento se alterou, buscando, como já foi citado, o melhor interesse do menor. E, partindo do princípio que a guarda compartilhada busca igualar a função dos genitores dentro do desenvolvimento do menor, não há que se falar na necessidade desses estarem presentes fisicamente. Nesse compasso é o entendimento do Desembargador Relator Alfeu Gonzaga Machado⁸⁴, vejamos:

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA. AMBOS OS PAIS RESIDEM NO EXTERIOR. ESTUDO PSICOSSOCIAL. LAR DE REFERÊNCIA. MATERNO. GUARDA DE FATO EXERCIDA PELA GENITORA. AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES PARA EXERCER OS CUIDADOS DA PROLE. CRIANÇA BEM ADAPTADA. RESPEITO À SITUAÇÃO VIVENCIADA. FAMÍLIA RECOMPOSTA. MUDANÇA PARA O EXTERIOR. POSSIBILIDADE. SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. VERIFICAÇÃO. DIREITO DE VISITAS FIXADO. REGRA REBUS SIC STANTIBUS. SENTENÇA MANTIDA.

1. É cediço que o direito de guarda é conferido segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. A orientação dada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência releva a prevalência da proteção integral do menor. Portanto, tratando-se de investigação sobre quem deve exercer a guarda de um infante, impõe-se que o julgador perscrute, das provas contidas nos autos, a solução que melhor atende a essa norma, a fim de privilegiar a situação que mais favorece a criança ou ao adolescente.

2. O ordenamento jurídico pátrio estabelece que, quando não houver acordo entre os genitores sobre a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada (CC, art. 1.584, §2º).

3. Na hipótese, a infante demonstrou estar bem adaptada ao contato diário com a mãe e o atual companheiro desta. Com isso, a priori, à mingua da demonstração de circunstâncias efetivamente prejudiciais à criança, a autorização para que ela passe a residir no exterior com seus parentes encerra medida razoável.

4. A excepcionalidade da situação retratada nos autos, em que a genitora iniciou relacionamento com um cidadão dos Estados Unidos então residente no Brasil e posteriormente resolveu contrair núpcias e se mudar para outro país, em que o cônjuge prestará serviço diplomático, por si só, não pode resultar em óbice para o exercício da guarda, nem tem o condão de alterar a situação fática da menor, sobretudo porque verificado que está inserida em ambiente familiar saudável, ex vi do estudo psicossocial levado a efeito na lide, sem esquecer que, enquanto na posse de um dos genitores, o outro teve assegurado o direito de visitas à filha, com os custos às expensas do outro.

5. Extraordinariamente, embora os pais residam distante, estando morando no exterior, o que de regra impossibilita que eles exerçam a guarda conjunta da filha, mas considerando que a criança, ao fim e ao cabo, permaneceu sob os cuidados maternos por no mínimo mais três anos, e que, de qualquer sorte, a guarda definida traz em si a regra rebus sic stantibus, podendo ser modificada a qualquer momento caso sobrevenham motivos

⁸⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130110259773. Relator Desembargador Alfeu Gonzaga Machado. DJE – 02jun.2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

relevantes não verificados por ocasião da sua fixação, deve-se manter a determinação de guarda compartilhada, ainda que consubstanciando verdadeira guarda alternada, porquanto, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, neste momento, é mais recomendável conservar essa regulação a fim de se evitar prejuízos ao seu desenvolvimento emocional e intelectual, uma vez que já residindo no exterior com sua família recomposta, sem olvidar também que nem a genitora nem o Ministério Público impugnaram o modelo adotado e que o parecer técnico anexado ao processo a rigor não o infirmava.

6.RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.(Acórdão n.943500, 20130110259773APC, Relator: ALFEU GONZAGA MACHADO, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/05/2016, Publicado no DJE: 02/06/2016. Pág.: 227-250)".

Este é o entendimento da doutrina atual, como podemos denotar do trecho citado por Paulo Lobo. Verbis:

“A guarda compartilhada tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou coresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais. Consequentemente, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo em países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações”⁸⁵.

Podemos concluir, então, que os magistrados, ao proferirem, em decisões a respeito da guarda compartilhada, buscaram moldar-se aos princípios que regiam a sociedade da época, acompanhando os anseios e necessidades da sociedade⁸⁶.

⁸⁵LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 178.

⁸⁶QUINTAS, Maria Manoela Rocha Albuquerque. **Guarda Compartilhada** – de acordo com a Lei nº 11.698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009

3 A GUARDA COMPARTILHADA NAS DECISÕES JUDICIAIS NO DF – ESTUDO DE CASOS

3.1 Razões da seleção realizada

Conforme já explicitado, esse terceiro capítulo aborda as transformações ocorridas no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios com a promulgação da nova Lei de guarda compartilhada, comparando dois grupos de seis sentenças, o primeiro com data de publicação até o ano de 2013 e automaticamente anterior à nova Lei de guarda compartilhada, e o segundo com data de publicação posterior ao início do ano de 2015 e automaticamente posterior a referida Lei.

Isso porque, há uma divisão entre os doutrinadores que abordam o tema, onde uma corrente afirma que não houve grande mudança na aplicação da guarda compartilhada com o advento da nova Lei, e outra que coloca que, mesmo tendo a nova Lei aberto a possibilidade de o magistrado decidir pela unilateralidade, o consenso entre os genitores deixou de ser fundamental para a aplicação do modo compartilhado.

Dessa maneira, tal análise no âmbito do referido Tribunal de Justiça, nos possibilitará um melhor entendimento de como eram as decisões praticadas no Distrito Federal, como passaram a ser, e quais foram as efetivas mudanças geradas pela nova Lei de guarda compartilhada no âmbito da Capital Federal.

3.2 Características das decisões publicadas anteriormente ao início de 2013

Até o dia 22 de dezembro de 2014, data de entrada em vigor da nova Lei de guarda compartilhada, a Lei vigente sobre o tema da guarda compartilhada era a Lei 11.698/2008, a qual recebia inúmeras críticas por não exigir efetivamente que os magistrados colocassem em prática o modelo de guarda que a lei regulava.

Vejamos alguns julgados da época que versam sobre o tema e analisemos suas características:

“CIVIL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA CONVIVÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE OS PAIS. NÃO-ATENDIMENTO AOS INTERESSES DA CRIANÇA.1 - A guarda compartilhada somente pode ser concedida na medida em que os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo a permitir a preservação dos interesses da criança.2 - Recurso não provido.(Acórdão n.338552, 20070610024635APC, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: ESTEVAM MAIA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/12/2008, Publicado no DJE: 19/01/2009. Pág.: 84)⁸⁷.”

Como já expresse anteriormente no presente trabalho monográfico, a Lei 11.698/2008, pioneira na legislação da guarda compartilhada, dispunha que esta devia ser consequência da maturidade dos genitores, que deveriam ter capacidade de se relacionar civilizadamente e de manterem um respeito, deixando de lado os problemas que resultaram na separação do casal, tendo em vista apenas o bem estar do filho. Se estivesse claro que não existia a possibilidade de os pais terem essa convivência, o melhor era que optassem pela unilateralidade⁸⁸.

No mesmo sentido está o acórdão da 6ª Turma Cível, de relatoria da Desembargadora Vera Andrighi⁸⁹, vejamos:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA COMPARTILHADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS. GUARDA UNILATERAL. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DEVIDA.I - A guarda compartilhada pressupõe a capacidade de diálogo dos pais na tomada de decisões de interesse do menor. O grau de animosidade entre os genitores, relatado nos autos, aconselha a fixação da guarda unilateral. Prevalece, portanto, o disposto no art. 1.583, §2º, do CC, pois a mãe vem propiciando as condições ideais de desenvolvimento ao adolescente sob sua guarda.II - Para obter a separação, a autora precisou ingressar com ação litigiosa e, uma vez citado, o requerido veio aos autos confirmar a existência de pretensão resistida. Logo, o acolhimento do pedido inicial acarreta a sucumbência e torna aplicável o art. 20, §4º, do CPC.III - Apelação improvida.(Acórdão n.488120, 20090610086458APC, Relator: VERA ANDRIGHI, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/03/2011, Publicado no DJE: 17/03/2011. Pág.: 312).”

⁸⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20070610024635. Relator Desembargador Cruz Macedo. DJE – 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 05 set. 2016.

⁸⁸DIREITONET. **Guarda compartilhada** (Lei 11.698/08). Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6538/Guarda-compartilhada-Lei-11698-08>>. Acesso em 05 set. 2016.

⁸⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20090610086458. Relator Desembargador Vera Andrighi. DJE – 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 05 set. 2016.

É positivado que, em caso de um dos pais possuir a guarda unilateral do menor e este quiser fazer viagem internacional levando o filho, se o ex cônjuge não autorizar tal deslocamento, tal autorização poderá ser suprida por uma autorização judicial.

No entanto, a 4ª Turma Cível, na relatoria do Desembargador Sérgio Bittencourt⁹⁰, entendeu que, uma vez tendo sido adotada a guarda compartilhada, as decisões no que se refere ao tema deveriam ser tomadas em acordo por ambos os pais. No entendimento colegiado, o suprimento da outorga para o menor viajar, estaria acabando com o convívio em família característico das entidades familiares que adotavam a guarda compartilhada.

AUTORIZAÇÃO PARA VIAGEM DE MENOR AO EXTERIOR - SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO - GUARDA COMPARTILHADA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

O suprimento de consentimento paterno para realização de viagem ao exterior deve ser examinado com observância ao princípio da proteção integral da criança.

Correto o indeferimento da medida, se evidenciado que a viagem, com contornos de mudança temporária de domicílio, importará em ruptura da convivência familiar característica da adoção da guarda compartilhada, bem como da convivência comunitária, além de prejuízo ao regular desenvolvimento dos estudos e à manutenção do padrão de vida dos menores.

(Acórdão n.388985, 20090130022632APE, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/08/2009, Publicado no DJE: 18/11/2009. Pág.: 86)

Importante, também, é analisar o acórdão que contém entendimento semelhante a um já citado no capítulo anterior. A 6ª Turma Cível em acórdão proferido na Apelação Cível nº 20120111808204, de relatoria do Desembargador José Divino de Oliveira⁹¹, externou o entendimento de que o fato de os genitores manterem residência em países distintos, impediria por completo a aplicação da guarda no modo compartilhado, uma vez que não haveria como os menores usufruírem da convivência física de ambos os pais, não teriam a ideia de dois lares e não haveria como os pais dividirem a responsabilidade nas escolhas no que diz respeito aos menores. Vejamos:

⁹⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20090130022632. Relator Desembargador Sérgio Bittencourt. DJE – 18 nov. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 05 set. 2016.

⁹¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20120111808204. Relator Desembargador José Divino de Oliveira. DJE – 29 out. 2013. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 05 set. 2016.

CIVIL. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. CRIANÇA E ADOLESCENTE. GUARDA UNILATERAL. GENITOR COM MELHORES CONDIÇÕES. PROTEÇÃO INTEGRAL. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. I. Não é possível a decretação de guarda compartilhada quando os genitores residem em países diferentes, uma vez que tal fato impossibilita a convivência física e imediata dos filhos com os dois genitores, bem como a manutenção de dois lares, a participação igualitária no processo de desenvolvimento e crescimento dos filhos e a divisão das responsabilidades. II. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revelar melhores condições para exercê-la e mais aptidão para propiciar afeto, saúde, segurança e educação (Art. 1.583, §2º, do Código Civil), levando-se em conta a proteção integral e o interesse superior da criança ou do adolescente. III. Sempre que possível a criança ou o adolescente deverá ser previamente ouvido, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão, e terá sua opinião devidamente considerada. IV. Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão n.728430, 20120111808204APC, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/10/2013, Publicado no DJE: 29/10/2013. Pág.: 174)

Em contrapartida, antes mesmo da promulgação da nova Lei de guarda compartilhada, já havia entendimentos jurisprudenciais no sentido de a guarda compartilhada ser aplicada em casos onde não ocorresse acordo entre os pais, uma vez que essa modalidade de guarda mantinha a paridade entre os genitores no sentido de exercer os direitos e deveres decorrentes do poder familiar.

Nesse sentido se posicionou a 2ª Turma Cível, em acórdão proferido na Apelação cível nº 20070111510849, de relatoria da Desembargadora Carmelita Brasil⁹². Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. GUARDA COMPARTILHADA. PARTILHA. POSSE E DIREITO SOBRE O IMÓVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. Não havendo acordo entre os pais, a guarda compartilhada deve ser a primeira opção do aplicador do direito para minimizar os traumas e desacertos decorrentes da separação, haja vista que ambos os genitores continuam a exercer os direitos e obrigações decorrentes do poder familiar no sentido de zelar, cuidar e bem educar os filhos. Não tendo o lote sido adquirido na constância do casamento, impõe-se a partilha tão somente das acessões, na proporção de 50% para cada parte, e não do próprio lote. (Acórdão n.423869, 20070111510849APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/05/2010, Publicado no DJE: 08/06/2010. Pág.: 117)

⁹²BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20070111510849. Relator Desembargador Carmelita Brasil. DJE – 08 jun. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 06 set. 2016.

No mesmo diapasão vai o acórdão proferido pela 3ª Turma Cível, na Apelação Cível nº 20090110668078, de relatoria do Desembargador Mario-Zam Belmiro⁹³, onde é colocado que a guarda compartilhada é o modelo que proporciona um maior desenvolvimento humano visando o duplo referencial.

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPEIÇÃO DE FORO ÍNTIMO. MOTIVOS NÃO DECLINADOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INEXISTÊNCIA. FILHO MENOR. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA.

1. Não ofende o princípio da motivação das decisões judiciais não declinar os motivos da suspeição por foro íntimo, pois albergada pela lei e pela garantia de isenção absoluta e independência do magistrado.

2. A prolação de sentença por magistrado que substitui àquele afastado por suspeição de foro íntimo não viola o princípio da identidade física do juiz, nos termos do art. 132 do Código de Processo Civil.

3. Ainda que diante a ausência de consenso entre os pais, a guarda compartilhada representa a proteção do melhor interesse dos filhos, porque possibilita a divisão de responsabilidade entre os pais, proporcionando ao desenvolvimento humano a aproximação ao ideal psicológico do duplo referencial.

4. Diferencia-se a regulamentação de visitas na guarda compartilhada da configuração da guarda denominada alternada, pois naquela há a custódia física conjunta, que permite a melhor integração do menor.

5. Rejeitada a preliminar de ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais e desprovido o agravo retido. Apelação desprovida.

(Acórdão n.632550, 20090110668078APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/10/2012, Publicado no DJE: 14/11/2012. Pág.: 133).

Diante do grupo de jurisprudências selecionado para análise, podemos chegar à conclusão de que, apesar de a grande maioria dos julgados que se baseavam na primeira Lei que regeu o instituto da guarda compartilhada ir no sentido de afastar a modalidade caso houvesse o menor desacordo entre os genitores, haviam magistrados que visavam o melhor interesse do menor, aplicando o instituto da guarda compartilhada como regra, por ser, na visão destes, o mais benéfico para os filhos, pois propiciava uma divisão de tarefas entre os pais, um maior convívio destes com a prole e maior desenvolvimento dos menores como seres humanos.

⁹³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20090110668078. Relator Desembargador Mario-Zam Belmiro. DJE – 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 06 set. 2016.

3.3 Características das decisões publicadas do início de 2015 em diante

A entrada em vigor da nova Lei de guarda compartilhada trouxe com ela diversas novas concepções dentro dos temas de família e poder familiar. Uma das mais expressivas foi o entendimento de que a separação do antigo casal deixou de ser visto com um fracasso, passando a ser entendida com uma simples transição entre dois modelos de família, onde deve-se buscar o melhor para a prole.

Nesse sentido foi o acórdão da 3ª Turma Cível, proferido na Apelação Cível nº 20131310073563, de relatoria do Desembargador Flávio Rostirola⁹⁴. Vejamos:

FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO. FAMÍLIA PLURISSOCIAL E SÓCIOAFETIVA. GUARDA COMPARTILHADA. CONFIGURAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA MENOR. DIGNIDADE HUMANA.1. Em seu art.227, a Constituição Federal definiu a responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado no dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".2. Os pais possuem o poder-dever da guarda, conforme art.229, da Carta Magna e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja perda, nos termos dos art. 35 e 129 dessa Lei, n.8.069/90, consubstancia medida punitiva aplicável àqueles que não atenderem à função e aos propósitos desse instituto, intrínsecos à dignidade humana.3. O significado de família foi consideravelmente ampliado pela Carta Política de 1988, sendo definida como núcleo socioafetivo e possibilitando plurais configurações. No contexto do Estado Democrático de Direito, a separação conjugal, antes considerada um fracasso cuja culpa era atribuída a um dos ex-cônjuges e a guarda ao outro, hoje significa mera transição entre dois modelos de família e a guarda é definida de acordo com a dinâmica familiar que mais atender aos interesses das crianças e dos adolescentes, segundo o Código Civil, art.1583 e seguintes, devendo-se priorizar o modalidade compartilhada, haja vista a importância de ambos os pais na formação das crianças e dos adolescentes. Art.1.584, §2º, do Código Civil. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.4. A dinâmica familiar do caso vertente foi estudada pela Secretaria Psicossocial Judiciária deste Egrégio, no mês de abril de 2012, e, por meio de Parecer Técnico, sugeriu-se a guarda compartilhada. De tal estudo depreende-se que ambos os genitores podem oferecer aos filhos a atenção e os cuidados de que necessitam. A guarda compartilhada permite que as crianças tenham acesso aos dois núcleos familiares e que seus pais aprimorem sua capacidade de dialogar, o que vai ao encontro aos interesses dos infantes.5. Apelo provido. (Acórdão n.956246, 20131310073563APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA 3ª TURMA

⁹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20131310073563. Relator Desembargador Flávio Rostirola. DJE – 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 07 set. 2016.

CÍVEL, Data de Julgamento: 20/07/2016, Publicado no DJE: 28/07/2016. Pág.: 116/125)

Ademais, com a mudança trazida pela nova Lei de guarda compartilhada no artigo 1.584 do Código Civil, no entendimento de alguns Desembargadores, este deve ser aplicado do modo como está expresso no referido artigo, ou seja, se ambos os pais estiverem aptos a exercer a guarda, esta só será afastada se um dos genitores declarar que não deseja possuir a guarda do menor.

No entanto, a aptidão dos pais passou a ser aferida, em alguns casos, pelo Serviço Psicossocial Forense, trazendo uma maior segurança aos magistrados ao determinar qual modelo de guarda será seguido em cada caso concreto. Este foi o entendimento da 2ª Turma Cível, em acórdão proferido na Apelação cível nº 20130111132839, de relatoria do Desembargador João Egmont⁹⁵. Vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. PEDIDO DE GUARDA UNILATERAL. FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. ARTIGO 1.584, § 2º, CCB. INTERESSES DOS INFANTES. PRESERVAÇÃO. DOMICÍLIO DE REFERÊNCIA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO. RELATÓRIO TÉCNICO RECOMENDANDO O LAR MATERNO. RECURSO DO GENITOR IMPROVIDO. APELO DA MÃE PROVIDO EM PARTE. 1. Apelação interposta contra sentença proferida em ação de guarda e responsabilidade. 2. A guarda tem por objetivo preservar os interesses do menor, em seus aspectos patrimoniais, morais, psicológicos de que necessita o menor para se desenvolver como indivíduo. 2.1. Em questões envolvendo a guarda e responsabilidade de menores o julgador deverá a preservar os interesses do infante. 3. Segundo o preceptivo inserto no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil "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". 3.1. Emergindo dos elementos de convicção produzidos nos autos, inclusive de Parecer Técnico, elaborado pelo Serviço Psicossocial Forense, que ambos os genitores estão aptos a atender de maneira satisfatória às necessidades básicas e emocionais dos filhos, não procede o pedido de fixação de guarda unilateral, devendo prevalecer o regime de compartilhada, que melhor atenderá os interesses dos menores. 4. A adoção do regime de guarda compartilhada não exclui a possibilidade de definição de um lar de referência, especialmente diante da possibilidade de as sucessivas mudanças de domicílio tenderem a ser prejudiciais aos menores, na medida em que as adaptações e readaptações necessárias podem fomentar uma instabilidade psicológica, decorrentes da ausência de um local de referência particular. 4.1. Precedente da Corte: "o estabelecimento da guarda compartilhada não implica, necessariamente, a eleição das residências de ambos os genitores, como sendo de referência,

⁹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130111132839. Relator Desembargador João Egmont. DJE – 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 07 set. 2016.

devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filhos, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas da criança ou adolescente, além de outras circunstâncias peculiares ao caso concreto". (4ª Turma Cível, APC nº 2010.01.1.209018-4, rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, DJe de 4/6/2013, p. 136).5. No caso concreto, levando em consideração o estudo realizado pelo Serviço Psicossocial Forense, apontando no sentido de que o melhor interesse dos menores será atendido com a fixação do lar materno como domicílio de referência, deve ser acolhida a pretensão formulada a este título.6. Apelos conhecidos. 6.1. Recurso do genitor improvido. 6.2. Apelação adesiva da mãe parcialmente provida. (Acórdão n.922791, 20130111132839APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LEILA ARLANCH, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/02/2016, Publicado no DJE: 01/03/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Outra concepção que adveio com a nova Lei de guarda compartilhada, foi a de que o tempo de convívio físico dos pais com os filhos não deve ser igual, devendo ser levado em conta a participação de ambos os genitores nas tomadas de decisões relativas aos menores. Dessa maneira, abriu-se a possibilidade da guarda compartilhada ser deferida em casos onde os genitores residem em cidades e até estados diferentes.

Tal entendimento foi levado em conta pela 5ª Turma Cível, na Apelação Cível nº 20120110129610, que teve o Desembargador Sandoval Oliveira⁹⁶ como relator.

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.1. Em sede de processo cautelar, a decisão interlocutória que indefere o pedido liminar não faz coisa julgada, tendo em vista que se trata de cognição sumária, sem elementos suficientes para elidir as dúvidas, razão porque necessário prosseguimento do feito, com o devido julgamento em sentença de mérito, considerando que somente assim põe-se fim à demanda, não havendo falar em nulidade por ofensa a coisa julgada.2. É cediço na doutrina que os pedidos de guarda e de alimentos têm a natureza dúplice, ou seja, tanto o autor como o réu buscam o mesmo bem da vida, pois ambos têm o mesmo interesse substancial, sendo diferentes no aspecto processual. Tanto é que esse tipo de ação permite o pedido contraposto feito no bojo da contestação.3. Deve ser considerada a relativização da coisa julgada quando se trata de alimentos, pois este instituto é dotado de caráter provisório, observando que a Lei 5.478/68, discorrendo sobre o tema, no seu art. 15, dispõe que "a decisão judicial

⁹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20120110129610. Relator Desembargador Sandoval Oliveira. DJE – 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 07 set. 2016.

sobre alimentos não transita em julgado".4. Aguarda 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.(Acórdão n.854452, 20120110129610APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: CARLOS RODRIGUES, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/03/2015, Publicado no DJE: 19/03/2015. Pág.: 200)

O entendimento usado no acórdão acima foi aprofundado pelos Desembargadores da 1ª Turma Cível, quando da confecção do acórdão na Apelação Cível nº 20130110259773, de relatoria do Desembargador Alfeu Machado⁹⁷. No caso, estes concederam a guarda compartilhada para ex cônjuges que viviam ambos no exterior.

O argumento usado para embasar tal decisão foi o de que a criança, uma vez que tal modalidade de guarda já era usada antes da mudança dos pais para o exterior, já estava acostumada com o modelo onde ambos os pais definiam seu futuro em conjunto, e qualquer mudança repentina nessa relação poderia afetar o desenvolvimento emocional e intelectual do menor.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA. AMBOS OS PAIS RESIDEM NO EXTERIOR. ESTUDO PSICOSSOCIAL. LAR DE REFERÊNCIA. MATERNO. GUARDA DE FATO EXERCIDA PELA GENITORA. AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES PARA EXERCER OS CUIDADOS DA PROLE. CRIANÇA BEM ADAPTADA. RESPEITO À SITUAÇÃO VIVENCIADA. FAMÍLIA RECOMPOSTA. MUDANÇA PARA O EXTERIOR. POSSIBILIDADE. SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. VERIFICAÇÃO. DIREITO DE VISITAS FIXADO. REGRA REBUS SIC STANTIBUS. SENTENÇA MANTIDA.1. É cediço que o direito de guarda é conferido segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. A orientação dada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência releva a prevalência da proteção integral do menor. Portanto, tratando-se de investigação sobre quem deve exercer a guarda de um infante, impõe-se que o julgador perscrute, das provas contidas nos autos, a solução que melhor atende a essa norma, a fim de privilegiar a situação que mais favorece a criança ou ao adolescente.2. O ordenamento jurídico pátrio estabelece que, quando não houver acordo entre os genitores

⁹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130110259773. Relator Desembargador Alfeu Machado. DJE – 02 jun. 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 07 set. 2016.

sobre a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada (CC, art. 1.584, §2º).3. Na hipótese, a infante demonstrou estar bem adaptada ao contato diário com a mãe e o atual companheiro desta. Com isso, a priori, à mingua da demonstração de circunstâncias efetivamente prejudiciais à criança, a autorização para que ela passe a residir no exterior com seus parentes encerra medida razoável.4.A excepcionalidade da situação retratada nos autos, em que a genitora iniciou relacionamento com um cidadão dos Estados Unidos então residente no Brasil e posteriormente resolveu contrair núpcias e se mudar para outro país, em que o cônjuge prestará serviço diplomático, por si só, não pode resultar em óbice para o exercício da guarda, nem tem o condão de alterar a situação fática da menor, sobretudo porque verificado que está inserida em ambiente familiar saudável, ex vi do estudo psicossocial levado a efeito na lide, sem esquecer que, enquanto na posse de um dos genitores, o outro teve assegurado o direito de visitas à filha, com os custos às expensas do outro.5. Extraordinariamente, embora os pais residam distante, estando morando no exterior, o que de regra impossibilita que eles exerçam a guarda conjunta da filha, mas considerando que a criança, ao fim e ao cabo, permaneceu sob os cuidados maternos por no mínimo mais três anos, e que, de qualquer sorte, a guarda definida traz em si a regra rebus sic stantibus, podendo ser modificada a qualquer momento caso sobrevenham motivos relevantes não verificados por ocasião da sua fixação, deve-se manter a determinação de guarda compartilhada, ainda que consubstanciando verdadeira guarda alternada, porquanto, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, neste momento, é mais recomendável conservar essa regulação a fim de se evitar prejuízos ao seu desenvolvimento emocional e intelectual, uma vez que já residindo no exterior com sua família recomposta, sem olvidar também que nem a genitora nem o Ministério Público impugnaram o modelo adotado e que o parecer técnico anexado ao processo a rigor não o infirmava.6.RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.(Acórdão n.943500, 20130110259773APC, Relator: ALFEU MACHADO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/05/2016, Publicado no DJE: 02/06/2016. Pág.: 227-250)

No entanto, o entendimento trazido pela nova Lei de guarda compartilhada não está totalmente pacificado. Desde a promulgação da referida Lei até o presente momento, em um número considerável de casos, os magistrados entendem como ser o mais plausível a determinação da guarda em seu modelo unilateral. Tal fato ocorre, pois, mesmo colocando a guarda compartilhada como regra, o legislador deixou margem para o Operador do Direito decidir pela guarda em seu modelo unilateral.

Esse foi o entendimento usado pelos Desembargadores da 2ª Turma Cível, quando da confecção do acórdão na Apelação Cível nº 20110110682708, de relatoria do Desembargador Mario-Zam Belmiro⁹⁸, vejamos:

⁹⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20110110682708. Relator Desembargador Mario-Zam Belmiro. DJE – 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 08 set. 2016.

CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO. GUARDA UNILATERAL OU COMPARTILHADA. FALTA DE CONSENSO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. A lei civil prescreve que a guarda será unilateral ou compartilhada (Art. 1.583 do CC). A guarda compartilhada denota a responsabilização conjunta e o pleno exercício dos direitos e deveres de pai e de mãe (Art. 1.583, §1º); pressupõe, ainda, a ausência de animosidade entre os pais para que seja viabilizada. Se a conjuntura apresentada nos autos reclama a definição de guarda na modalidade unilateral, uma vez que se faz necessário o reconhecimento das condições mais favoráveis oferecidas ao menor, ela será deferida ao genitor que se enquadre às circunstâncias legais (art. 1.583, caput, e parágrafos do CC). Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão n.889474, 20110110682708APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Relator Designado: LEILA ARLANCH, Revisor: LEILA ARLANCH, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 12/08/2015, Publicado no DJE: 27/08/2015. Pág.: 189)

No mesmo sentido foi a decisão da 6ª Turma Cível, em acórdão proferido na Apelação Cível nº 20120110840793, de relatoria da Desembargadora Ana Catarino⁹⁹. Vejamos:

Guarda de filho. Interesse da criança. Guarda compartilhada. Visitas. 1 - A guarda compartilhada é recomendável. Visa a continuidade das relações de parentalidade, a preservação do bem-estar e a estabilidade emocional dos filhos menores. No entanto, se os pais mantêm relacionamento conflituoso, não se recomenda a guarda compartilhada. 2 - Tratando-se de criança que, desde a separação do casal está sob a guarda da mãe, que lhe dispensa os cuidados básicos com a criação, educação e formação, recomenda-se manter a guarda da menor com a mãe. 3 - Concedida a guarda da menor à mãe, deve-se resguardar o direito de visitas do pai, cuja regulamentação deve priorizar os interesses da criança sobre os dos pais. 4 - Apelações providas em parte. (Acórdão n.852245, 20120110840793APC, Relator: ANA CANTARINO, Relator Designado: JAIR SOARES, Revisor: JAIR SOARES, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/02/2015, Publicado no DJE: 10/03/2015. Pág.: 432)

Porém, no caso acima observa-se peculiaridades, uma vez que a guarda unilateral tinha sido determinada quando da sentença de 1º grau, e o genitor buscava a alteração do modelo para o compartilhado. Os Desembargadores usaram do argumento de que o menor já estava há muito sob o cuidado da mãe e que alteração poderia gerar danos para a evolução do mesmo.

3.4 Análise dos resultados

⁹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20120110840793. Relator Desembargador Ana Catarino. DJE – 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 08 set. 2016.

Em observação das peculiaridades de cada jurisprudência selecionada nos dois grupos analisados, temos, de um modo geral, que a promulgação da nova Lei de guarda compartilhada trouxe algumas mudanças para o modo como os magistrados, no âmbito do Distrito Federal, decidem quando o objeto da ação é a guarda de filhos menores.

Tais mudanças já seriam normais, uma vez que a comunidade jurídica como um todo vem evoluindo, criando cada vez mais mecanismos no sentido de buscar soluções amigáveis em toda e qualquer tipo de ação.

Nesse sentido, temos na guarda compartilhada, um modelo onde os pais, que tiveram seus relacionamentos interrompidos pelos mais diversos motivos, necessitando estar em consonância para buscar, de forma amigável, as melhores soluções para seus filhos.

No entanto, nota-se, também, que, assim como havia julgados anteriores à nova Lei de guarda compartilhada que iam no sentido de conceder a guarda em seu modo compartilhado mesmo com pais não estando em pleno acordo, há, ainda hoje, decisões no sentido de manter a unilateralidade da guarda com respaldo nos mínimos desacordos dos genitores.

Dessa maneira, podemos chegar à conclusão de que, mesmo com todas as mudanças e modernidades trazidas com a promulgação da nova Lei de guarda compartilhada, há uma corrente bastante representativa dentro do judiciário do Distrito Federal que se mantém presa aos preceitos utilizados quando da primeira Lei que legislou o tema da guarda compartilhada.

O fato de um bom número de magistrados não seguir ao pé da letra o que a nova Lei de guarda compartilhada determina, se baseia em um determinado receio do que o compartilhamento da guarda, combinado com o não amadurecimento dos pais para conviver em harmonia como ex casal, possa acarretar para o desenvolvimento social e psicológico do menor, bem maior a ser protegido nessa relação familiar tão complexa.

4 OPINIÃO DOS MAGISTRADOS À RESPEITO DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA FORMA DA LEI Nº 13.058/2014

Buscando aprofundar um pouco mais a questão da aplicabilidade da guarda compartilhada nas decisões proferidas no âmbito do Distrito Federal, foram realizadas entrevistas com dois Juízes Titulares de Varas de Família de diferentes Regiões Administrativas.

A escolha das Varas de Família localizadas em diferentes Regiões Administrativas do Distrito Federal se deu como forma de analisar se a situação socioeconômica do local de atuação de determinado magistrado influencia na forma de produção das decisões judiciais.

A primeira entrevista foi realizada com o Juiz Titular da 2ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Samambaia. O magistrado afirmou que antes da promulgação da nova Lei de guarda compartilhada, eram raríssimos os casos onde se podia vislumbrar a possibilidade da concessão da guarda no seu modelo compartilhado.

Isso se dava pelo fato de que além de não ser de conhecimento da sociedade que o instituto já havia sido criado, e portanto poucos pais requeriam a concessão do compartilhamento, os ex cônjuges de maneira alguma entravam em acordo no que concerne à criação da prole, impedindo, assim, que fosse aplicada a guarda compartilhada.

Indagado à respeito da guarda compartilhada nos dias atuais, o magistrado afirmou que, em sua concepção, poucas foram as mudanças efetivas que a nova Lei de guarda compartilhada trouxe para a sociedade, uma vez que nos processos que chegam para ele sentenciar, quando há pedido de concessão da guarda compartilhada, o pedido só é deferido se os genitores estiverem em acordo pleno e absoluto sobre todos os pontos concernentes aos filhos, sendo o mínimo desentendimento motivo para o afastamento da guarda em seu modelo compartilhado.

A segunda entrevista foi realizada com o Juiz Titular da 5ª Vara de Família de Brasília. O magistrado afirmou que, até o ano de 2014, mantinha o entendimento no mesmo sentido do primeiro magistrado entrevistado, onde eram raríssimos os casos onde podia se pensar em conceder a guarda compartilhada.

Porém, apresentou outro motivo para essa dificuldade de concessão da guarda compartilhada anteriormente à promulgação da nova Lei de guarda compartilhada. No seu entendimento, o real motivo para a não concessão do referido instituto era o receio dos magistrados em não estarem fazendo o melhor para a criança. Afirmou que, por não estar consolidado na jurisprudência, não se obtinha a segurança jurídica necessária para aplicar esse novo modelo de guarda.

Em contrapartida, com relação à aplicação nos tempos atuais, revelou outro posicionamento, pois, nos dias de hoje, a concessão da guarda em seu modelo compartilhado é a regra, ou seja, deve-se sempre buscar essa aplicação por se tratar do melhor para a criança presumido pela lei.

Indagado à respeito de eventuais desacordos que os ex cônjuges possam ter, o Juiz afirmou que é normal que os tenham, afinal, estão em processo de divórcio. No entanto, colocou o magistrado que, caso haja desacordos significativos, adota o entendimento de que a melhor forma de dirimir o desacordo é realizando uma nova audiência de conciliação ou enviando o processo para a CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Analisando as estatísticas apresentadas no mês de agosto de 2016 pelas varas de titularidade dos magistrados entrevistados, podemos ver que há grande discrepância em alguns indicadores apresentados por cada uma. Vejamos:

	ESTATÍSTICAS – AGOSTO/2016	
	5ª Vara de Família de Brasília	2ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Samambaia
Novos Casos	76	129
Nº de Audiências	39	119
Sentenças Proferidas	110	266

Considerando as informações obtidas através da análise da tabela acima, podemos chegar à conclusão de que o número maior de novos processos sendo distribuídos para a 2ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Samambaia, gera uma maior demanda de audiências para o magistrado.

Diante dessa realidade, em decorrência do grande número de audiências já existentes, dificulta para o julgador propiciar mecanismos como o de realizar novas audiências em processos que já tiveram uma primeira audiência de conciliação, como forma de dirimir eventuais desacordos entre os ex cônjuges, atitude essa, que como expôs o magistrado titular da 5ª Vara de Família de Brasília, é praxe em seus processos.

Isso ocorre, pois o número de audiências ocorridas na 5ª Vara de Família de Brasília é três vezes menor que o número de audiências que ocorre na 2ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Samambaia, proporcionando ao magistrado titular da 5ª Vara de Família de Brasília tempo hábil para realizar novas audiências com o intuito de dirimir possíveis conflitos.

Outro indicador importante presente na tabela é o número de sentenças proferidas pelos magistrados, onde o índice da Vara de Família de Samambaia é maior que o dobro do apresentado na Vara de Brasília. Diante de tal realidade, podemos concluir que o magistrado titular da Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Samambaia tem menos tempo para analisar individualmente cada caso concreto, justificando assim o posicionamento apresentado, onde só aplica-se a guarda compartilhada em casos onde não haja o menor desacordo entre os genitores.

Dessa forma, conclui-se que o receio apresentado pelo Juiz Titular da 2ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões de Samambaia é baseado na grande demanda processual que lhe é apresentada mensalmente, fazendo com que não haja tempo hábil para maior aprofundamento em cada caso singularmente. Em contraponto, temos a realidade presente na 5ª Vara de Família de Brasília, onde uma menor demanda processual proporciona ao magistrado a possibilidade de aplicar

mecanismos a fim de chegar a uma realidade que lhe possibilite a aplicação da guarda compartilhada, proporcionando o melhor para o menor.

CONCLUSÃO

A família é considerada elementar uma vez que é nela que o ser humano nasce inserido e desenvolve o seu caráter, sua personalidade e aprende os valores necessários para se tornar cidadão. Nesse sentido, à luz do princípio da função social, a família deve ser o local em que seus membros realizam-se individualmente enquanto pessoas.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, rompeu com a concepção tradicional de que a família só poderia ser matrimonializada, inserindo a ideia da possibilidade de outros arranjos familiares. O fato de o afeto ter se tornado a base do Direito de Família foi a principal razão dessa mudança de pensamento.

Em um modelo de família, o poder familiar é de responsabilidade dos pais, que é um dever decorrente da parentalidade, vale dizer, é umagma de direitos e deveres que os pais possuem com relação à sua prole com o intuito de fazer com que estes atinjam um completo desenvolvimento social e psicológico. Esses deveres de educação, assistência, guarda e criação dos filhos, serão fiscalizados pelo Estado.

O instituto da guarda visa preservar a convivência, dentro de um modelo de família, entre a prole e seus genitores, diante de um rompimento dos ex cônjuges. No entanto, algumas modalidades de guarda cumprem efetivamente essa função, a exemplo da guarda unilateral, dado que nessa modalidade de guarda somente um dos genitores é o responsável por tomar todas as decisões referentes ao filho, enquanto que o outro genitor apenas tem o direito de visitação e o de fiscalização da guarda exercida.

Com o intuito de alterar esse quadro para aplicar da melhor maneira possível o princípio do superior interesse da criança, adveio a guarda compartilhada, a qual é um instituto que tem como finalidade proporcionar ao menor um contato habitual

com seus pais na medida em que os genitores possuem igualdade de direitos e deveres no que concerne aos filhos. Vale ressaltar, a guarda compartilhada, ao trazer que os genitores possuem as mesmas responsabilidades com relação à prole, é a melhor forma de conservar o exercício do poder familiar após a ruptura de uma relação afetiva entre os ex cônjuges.

Porém, analisando as sentenças proferidas no Distrito Federal, comparando as publicadas antes e depois da promulgação da nova Lei de guarda compartilhada, temos que o instituto da guarda em seu modelo compartilhado ainda encontra resistência no pensamento de alguns magistrados mesmo após a referida Lei trazer esse molde como regra nos casos em que se discute guarda no Brasil.

Alguns são os argumentos trazidos pelos Juízes e Desembargadores do Distrito Federal para justificar a não concessão da guarda compartilhada. Grande parte deles afirma que para o princípio do melhor interesse da criança ser observado, é necessário que não haja qualquer desacordo entre os pais, o que torna quase impossível a aplicação do instituto, uma vez que quando se discute guarda, na grande maioria dos casos, acabou de ocorrer um rompimento na relação conjugal, ou seja, há desavenças entre o casal.

Entretanto, para os defensores da aplicação da guarda compartilhada, é necessário criar-se um bom senso dentro da relação dos ex cônjuges, onde estes resolvam suas diferenças amigavelmente, a fim de proporcionar o melhor para a prole, a guarda compartilhada.

Magistrados defensores desse pensamento têm usado de algumas ferramentas para dirimir os desacordos entre os genitores a fim de aplicar a guarda em seu modelo compartilhado, quais sejam: realizar acompanhamento psicossocial com os envolvidos, enviar o processo para a CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, e até realizar mais audiências de conciliação entre os genitores para induzir um maior diálogo entre os mesmos.

Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVES, Jones Figueirêdo. **O casal parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/942/O+casal+parental>>.

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

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**, artigo publicado na revista advogado nº 58, AASP, São Paulo, Março/2000.

BERNARDINI, Marcos. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://www.diaadiarevista.com.br/Noticia/473431/guarda-compartilhada>>.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943

BORGES, Mariana de Sousa. **Guarda compartilhada, buscando qual o seu maior interessado: o menor ou o guardião**, 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10734.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm.

BRASIL, Lei nº 8.069 de 1990, de 13 de julho de 1990. **Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20000110948395. Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior. DJU Seção 3 – 13nov.2002. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130110259773. Relator Desembargador Alfeu Gonzaga Machado. DJE – 02jun.2016. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130110259773. Relator Desembargador Alfeu Machado. DJE –

02 jun. 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130110245704. Relator Desembargador Simone Costa Lucindo Ferreira. DJE – 05maio2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20070111510849. Relator Desembargador Carmelita Brasil. DJE – 08 jun. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20110110682708. Relator Desembargador Mario-Zam Belmiro. DJE – 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130111132839. Relator Desembargador João Egmont. DJE – 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20090110668078. Relator Desembargador Mario-Zam Belmiro. DJE – 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20051010023754. Relator Desembargador Nídia Corrêa Lima.

DJU Seção 3 – 29ago. 2006. Disponível em:
<<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20130111248620. Relator Desembargador Flavio Renato JaquetRostirola. DJE – 17 fev. 2016. Disponível em:
<<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20131310073563. Relator Desembargador Flávio Rostirola. DJE – 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20070610024635. Relator Desembargador Cruz Macedo. DJE – 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20090130022632. Relator Desembargador Sérgio Bittencourt. DJE – 18 nov. 2009. Disponível em:
<<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20070310076865. Relator Desembargador Maria Beatriz Parrilha. DJE – 16jul. 2008. Disponível em:
<<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 5ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20120110129610. Relator Desembargador Sandoval Oliveira. DJE

– 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20090610086458. Relator Desembargador Vera Andrighi. DJE – 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20120111808204. Relator Desembargador José Divino de Oliveira. DJE – 29 out. 2013. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. Apelação Cível nº 20120110840793. Relator Desembargador Ana Catarino. DJE – 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Segunda Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 0908481-21.2006.8.08.0000. Relator: Des. Elípidio José Duque. DJE, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>.

BRITO, Francine Amanda Franchi. **Da Atual Legislação da Guarda Compartilhada e sua Aplicabilidade**, 2015. Disponível em: <http://francinefranchi.jusbrasil.com.br/artigos/160632197/da-atual-legislacao-da-guarda-compartilhada-e-sua-aplicabilidade>.

CÉSAR, Frank Figueiredo. **A importância da sociologia jurídica no direito de família aplicada à mediação.** Disponível em: <http://www.poisze.com.br/pagina/import%C3%A2ncia-da-sociologia-jur%C3%ADdica-no-direito-de-fam%C3%ADlia-aplicada-%C3%A0-media%C3%A7%C3%A3o>

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda compartilhada.** Visão em razão dos princípios fundamentais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO Mário Luiz (Coord) **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DILL, Michele Amaral; Calderan, ThanabiBellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+9019.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita.** São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias.** 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6.

GIMENEZ, Angela. **Igualdade Parental.** Revista do IBDFAM, n. 18, jan. 2015.

GREGORIO, Ricardo Algarve. **Guarda de filhos**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUAZZELLI, Mônica. **A Nova Lei de Guarda Compartilhada**, 2015. Disponível em : http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150427123958.pdf.

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

LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei 11.698/2008**. Disponível em: <<http://saiiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>.

LOBO, Paulo. **Relações de família e direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, 2014

MADALENO, Rolf. A lei da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PEREIRA, Clovis Brasil. **A Guarda Compartilhada, entre o desejável e o possível**, 2015. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/a-guarda-compartilhada-entre-o-desejavel-e-o-possivel/>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil; Direito de Família**. 3. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise->

dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas; COSTA, Livia Ronconi. **A família e a Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/770/A+fam%C3%ADlia+e+a+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de +1988>>.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/541/Os+filhos+da+fam%C3%ADlia+em+lit%C3%ADgio+judicial%3A+u+ma+abordagem+cr%C3%ADtica>

STACCIARINI, Alessandra. **Poder familiar: evolução histórica e legislativa**. Disponível em: <http://alestacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/190133523/poder-familiar-evolucao-historica-e-legislativa>

VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar>>.