



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL E GESTÃO DO PROCESSO**

MARIA ELIANE PEREIRA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

FORTALEZA - CE
2014

MARIA ELIANE PEREIRA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Monografia de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil e Gestão do Processo, apresentada à Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC.

Orientador: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior

FORTALEZA - CE
2014

MARIA ELIANE PEREIRA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Aprovada em: ____/____/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (UFC)
(Orientador)

Prof. Me. Flávio José Moreira Gonçalves (ESMEC)

Profª. Esp. Maria de Fátima Neves da Silva (ESMEC)

A Deus, por ter me dado tudo que alguém precisa para vencer.

Aos meus pais, Pereira e Nilce que sempre me deram incentivo e apoio nos meus estudos.

(in memoriam) carinhosamente ao meu irmão Luiz Claudio que sempre acreditou em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de todo o saber.

À minha família, pela confiança que depositou em mim.

Às minhas colegas de classe, pelos momentos que passamos juntas e pelas experiências trocadas.

Aos professores, servidores e demais profissionais da ESMEC pelos ensinamentos e colaboração em diversos momentos.

Ao professor orientador Me. William Paiva Marques Júnior pela valiosa orientação de conteúdo, bem como aos professores Flávio José Moreira Gonçalves e Maria de Fátima Neves, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

RESUMO

Analisa-se a guarda compartilhada, tendo como principal objetivo efetuar um estudo acurado de fatores relevantes ao tema, em seus aspectos material e processual. Analisa de forma delimitada o conceito de guarda utilizado no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, limitando-se ao instituto da guarda compartilhada com suas diversas espécies, análise legal e jurisprudencial, mostrando sua evolução em termos de aplicabilidade dentro do sistema jurídico brasileiro, bem como posicionamento de nossos tribunais. Por fim, analisa seus aspectos processuais, ações, execução e consequências, na área cível, para o genitor que descumprir dolosamente o que for fixado na sentença judicial por homologação ou determinação. A metodologia utilizada é bibliográfica e exploratória.

Palavras-chave: GUARDA COMPARTILHADA; ESPÉCIES; PROCESSUAIS.

ABSTRACT

This monograph tends to discourse about shared custody, with the primary objective of making a proper study of factors relevant to the topic in its substantive and procedural aspects. Analyze how the concept of bounded guard used the Statute of Children and Adolescents and the Civil Code limiting the Institute of shared custody with their several species, jurisprudential and legal analysis showing its evolution in terms of applicability in the Brazilian system as well as positioning of our courts. Finally we analyze their procedural aspects, implementation and consequences in the civil area of the parent who willfully fails to comply with what is established in the court decision that is approved or determination. The methodology is bibliographic and exploratory.

Keywords: SHARED GUARD; SPECIES; PROCESSES.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 GUARDA: CONCEITOS E ESPÉCIES	09
1.1 Delimitação conceitual	09
1.2 Espécies de guarda.....	10
1.2.1 Guarda Alternada.....	11
1.2.2 Nidação ou aninhamento	12
1.2.3 Guarda Unilateral	12
1.2.4 Guarda Compartilhada.....	13
2 GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL ..	16
2.1 Análise Legal.....	16
2.2 Análise jurisprudencial	21
3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA	27
3.1 Competência	27
3.2 Procedimento	29
3.3 Ação de regulamentação de guarda e visita.....	30
3.4 Busca e Apreensão.....	33
3.5 Recurso Cabível.....	35
3.6 Coisa Julgada.....	35
3.7 Execução.....	36
3.8 Consequências do descumprimento da Guarda Compartilhada: Repercussões civis e criminais	37
3.8.1 Repercussões Cíveis	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O tema ora apresentado enfoca a questão da guarda compartilhada, instituto positivado no ordenamento brasileiro, por força da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Predominantemente, a guarda era estabelecida à mãe, restando ao pai o direito de visitar, fiscalizar e prover. Contudo, ocorreram mudanças sociais significativas, principalmente no sistema familiar, passando os pais a reivindicar maior participação na vida de sua prole. A atribuição da guarda unilateral foi contestada e, assim, deu-se a possibilidade da guarda compartilhada.

Tal instituto prioriza a manutenção do vínculo afetivo do filho com seus pais, mesmo após o divórcio, contudo encontram-se certas dificuldades práticas para sua aplicação.

No desenvolver deste estudo, cujo objetivo central é a análise da guarda compartilhada, suas dificuldades na prática forense, não só em relação ao direito material, mas ao processual, buscou-se, no primeiro momento, expor a definição da guarda, a responsabilidade de ambos os genitores, mesmo após a ruptura conjugal. Depois foram abordadas a guarda, propriamente dita, e as suas diversas espécies. Após esta abordagem, passou-se à análise da guarda compartilhada no que se refere aos seus aspectos legal e jurisprudencial. Na etapa conclusiva foram analisados seus aspectos processuais, com suas características, sendo este objeto deste estudo.

O estudo da guarda compartilhada compreende uma área que vai além de uma análise social, uma vez que não é possível aplicar, de forma automática, seus preceitos legais, fazendo-se necessária, para sua aplicação, uma abordagem completa quando diante de um caso concreto.

No desenvolvimento do tema foram utilizadas as mais diversas fontes doutrinárias, jurisprudências, bem como revistas conceituadas, com o intuito de enriquecer este estudo.

1 GUARDA: CONCEITO E ESPÉCIES

A guarda relaciona-se ao exercício do poder familiar, cujo principal dever é de responsabilização material e afetiva em relação às suas crianças e adolescentes, dentro da lógica da proteção integral propugnada pelo texto constitucional.

1.1 Delimitação conceitual

O termo “guarda” é utilizado pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com significados diferentes.

Segundo o Estatuto, a finalidade da guarda é regularizar a posse de fato e excepcionalmente, será deferida para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável da criança ou adolescente.

Às vezes, por razões diversas, crianças convivem, por longo tempo, com família não biológica sem que haja uma definição legal. Para regularizar esta situação assim estabelece o artigo 33 § 1º do ECA: “a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo se deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro”.¹

Essa modalidade de guarda destina-se a colocar a criança em família substituta, em razão do “descumprimento do dever de guarda, decorrência do exercício do poder familiar, que implica no zelo que os pais devem ter com sua prole, e que encontra previsão expressa nos artigos 1.566, IV, 1.584, *caput*, Código Civil/ 2002”²

Vale ressaltar que essa guarda não impede o exercício do direito de visitas dos pais biológicos, nem o dever de prestar alimentos.

Feitas estas considerações, é importante frisar que a guarda, objeto deste estudo, se limitará ao instituto da autoridade parental (dever de guarda) exercida pelos pais e não à medida de colocação em família substituta.

¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **DOU** 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

² ROSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.187.

A guarda decorrente do exercício do poder familiar está prevista nos artigos 1.630 e 1.638 do Código Civil de 2002, bem como nos artigos 21 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e define, de uma forma geral, o dever que os pais têm, em igualdade de condições, de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como a obrigação de cumprir às determinações judiciais no interesse destes.

Se o casal convive no mesmo ambiente, “a guarda e toda a responsabilidade sobre os filhos menores é comum a ambos os cônjuges, e recebe o nome jurídico de poder familiar.”³

Aliás, “poder familiar” foi empregado no Código Civil de 2002, equivalente a “pátrio poder” utilizado no Código Civil de 1916.

Uma das funções do poder familiar é a guarda dos filhos, cuja maior relevância apresenta-se quando se dilui o afeto, após a separação dos genitores, surgindo a necessidade de reestruturar o ambiente familiar ante uma nova realidade fática.

Quando verificado o divórcio dos pais, surge a necessidade de definir com quem os filhos irão residir, bem como questões atinentes aos seus estudos, acompanhamento de saúde física e psíquica, dentre outros pontos primordiais para o pleno desenvolvimento da criança.

Cabe aos genitores, de modo consensual, definirem a guarda dos filhos, porém, caso isso não ocorra, a guarda será deferida judicialmente, de modo que atenda aos interesses da criança ou adolescente, podendo o juiz escolher a modalidade mais adequada para o caso concreto.

1.2 Espécies de guarda

Na moderna sociedade, há a formação de diferentes modelos de família, nos quais o vínculo criado entre duas pessoas e o fato gerador da paternidade ou da maternidade dá origem à guarda comum, que é exercida igualmente por ambos os cônjuges.

³THOMÉ, Liliâne Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juiz sem o consenso dos pais. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Ralf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.129.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁴, há, na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal de 1988. Fala-se, assim, em:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- e) Família homoafetiva: formada por pessoa do mesmo sexo;
- f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

Entretanto, a partir do momento em que se rompe a harmonia e chega o fim do casamento ou relacionamento, surge uma nova situação, isto é, a guarda judicial provisória, que não deve ser vista como modalidade de guarda, pela simples razão de ser provisória e deferida, no decorrer da tramitação legal do processo de separação, apenas a um dos genitores, observando o melhor interesse da criança, a qual poderá ou não se tornar definitiva.

Partindo desse aspecto, podem-se citar quatro modalidades de guarda encontradas na doutrina.

1.2.1 Guarda alternada

O filho passa um período com o pai e outro com a mãe. São períodos isolados e exclusivos de guarda que se sucedem entre os pais. Há uma alternância na exclusividade da guarda. Divide-se o tempo de frequência dos filhos com os pais, em suas respectivas permanências.

Essa modalidade de guarda é bastante “inconveniente porque mais no interesse dos pais do que no do filho, percebe-se praticamente a divisão da criança”⁵.

Assim, pode-se citar um exemplo: nos três primeiros meses do ano o filho fica com a mãe, nos três seguintes com o pai e assim sucessivamente, cabendo ao outro o direito de visita.

Observa-se que essa modalidade de guarda não é boa para a criança, pois não há a fixação de uma rotina, como local de estudo, brinquedos e outros mecanismos necessários para seu pleno desenvolvimento físico e psíquico.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.6, 10. ed. São Paulo: Saraiva, p.35.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.452.

1.2.2 Nidação ou aninhamento

É uma modalidade de guarda que requer dos genitores uma excelente condição financeira, uma vez que o filho permanece na residência em que viviam os pais e são estes que, separados, passam a morar em domicílios diversos e se revezam, mudando-se periodicamente, cada um deles, para a casa onde o filho ficou morando. O filho receberá visitas periódicas do pai e da mãe, de modo alternado.

Nesta hipótese, há necessidade de se manter três residências.

Essa modalidade evita que o filho fique alternando entre uma residência e outra, pois permanece morando na mesma casa e com as mesmas rotinas, porém gera alto custo econômico, além do que propicia, de forma alternada, repetidas separações e desencontros entre pais e filhos, tendo como consequência um gradual e lento afastamento afetivo.

1.2.3 Guarda unilateral

O artigo 1.583 § 1º do Código Civil Brasileiro define a guarda unilateral como sendo aquela atribuída “a um dos genitores ou alguém que o substitua”.

Essa tem sido a forma mais predominante no Brasil. De um lado, um dos pais (normalmente a mãe) é o guardião do filho, e exerce, de forma isolada, direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Por outro lado, o não guardião deixa de exercer, de forma imediata, a utilização do poder familiar, uma vez que a decisão tomada apenas pelo guardião, só poderá ser alterada pelo juiz.

É oportuno ressaltar que o genitor que não detém a guarda do filho tem assegurado seu direito de visitas e de tê-lo em sua companhia, bem como de fiscalizar sua manutenção e educação (art.1.589 do Código Civil).

O § 2º apresenta critérios para custódia unilateral que será atribuída ao genitor que ofereça “melhores condições” para seu exercício, levando em consideração os seguintes fatores: afeto, saúde, segurança e educação. Como se percebe “melhores condições” para ter a guarda do filho não se refere exclusivamente ao critério do cônjuge que apresente melhores condições financeiras.

Alguns doutrinadores criticam esta modalidade de guarda.

Segundo Maria Berenice Dias, a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo

que nem sempre esse dia é um bom dia isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras⁶.

Para Carlos Roberto Gonçalves, tal modalidade de guarda apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua com um dos genitores.⁷

Silvio de Salvo Venosa é mais flexível com essa modalidade. Para o aludido autor, a guarda “pode abrir uma válvula ao compartilhamento, como por exemplo, direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência. A guarda unilateral extremada afasta o filho do cuidado de um dos genitores”.⁸

A análise do modelo referenciado revela que a guarda acaba sobrecarregando um dos genitores, normalmente a mulher, que precisa desenvolver suas atividades laborais e ainda tem que assumir isoladamente o ônus com a responsabilidade diária de cuidar dos filhos, ficando o outro apenas com uma participação secundária, tanto na convivência, quanto na educação e demais responsabilidades.

1.2.4 Guarda Compartilhada

Segundo Simone Roberta Fontes⁹ a palavra “guarda” vem do alemão “*wargem*, do inglês *wander* e do francês *garde* , podendo ser interpretada de uma forma genérica para expressar vigilância, proteção, segurança um direito-dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

Segundo a definição de Ana Carolina Silveira Akel¹⁰: “... a expressão guarda compartilhada ou guarda conjunta refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os genitores”.

É possível conceituar a guarda compartilhada como um modelo que assegura a ambos os pais exercerem efetivamente e de maneira compartilhada (daí o nome) a guarda dos filhos, incluindo a preservação dos direitos e das obrigações de criar, educar e ter poder decisório atinente à vida destes.

⁶ DIAS, Maria Berenice. Op cit., 2013, p.458-459.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.6, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.294.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v.6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.188.

⁹ FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. Leme, SP: Pensamentos & Letras, 2009, p.35.

¹⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.115.

A guarda compartilhada “significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos.”¹¹

O instituto da guarda compartilhada encontra sua definição legal no art. 1.583 § 1º do Código Civil de 2002 e consiste na: “responsabilidade 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”.

Tem o instituto da guarda compartilhada o objetivo de garantir o filho a continuidade da convivência com seus pais mesmo após o divórcio, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, psicológico, moral e social. Bem como garantir aos pais o acompanhamento do crescimento e desenvolvimento, físico, religioso, intelectual do filho, dentre outros fatores importantes para sua formação.

A partir da análise desta modalidade de guarda, pode-se extrair da lei algumas características que a ela são peculiares, tais como:

- 1) Visa, ao interesse do menor, uma vez que busca diminuir os efeitos negativos da separação dos pais;
- 2) É opção preferencial da lei, podendo ser estabelecida mediante consenso dos pais ou determinada judicialmente;
- 3) A lei impõe ao magistrado o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda, sua importância e igualdade de direitos e obrigações;
- 4) Constitui um meio de manter os laços afetivos entre pais e filhos.

Belmiro Pedro Welter,¹² faz as seguintes considerações sobre as vantagens da guarda compartilhada:

- 1 - a lei da guarda compartilhada previne as manipulações, as tentativas de alienação parental, as falsas denúncias e toda perversão, que, com a nova lei, serão mais facilmente detectáveis;
- 2 - os filhos não precisam apenas da companhia de um dos pais, e sim de ambos, para seu perfeito desenvolvimento e equilíbrio psicossocial;
- 3 - o direito à convivência em família é também um direito a integridade psíquica;
- 4 - a guarda compartilhada fomenta os vínculos de afeto com ambos os pais, condição necessária para uma formação saudável dos filhos;
- 5 - mesmo quando não há consenso, é possível a fixação da guarda compartilhada, porque os filhos têm o direito de conhecer e de compreender a infinita e ineliminável alteridade humana;

¹¹ DIAS, Maria Berenice, Op cit., 2013, p.454.

¹² WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser – em – família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mario Luiz (coords.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p.63.

6 - a guarda compartilhada é muito mais compreensiva mais democrática, o que não ocorre na guarda unilateral, que é restritiva, punitiva e hierarquizada, não condizente com a igualdade e as relações de afeto em família;

7 - a diminuição do tempo de convivência entre pais e filhos faz reascender a competição, representando um retrocesso familiar e social, porque viabilizará a continuação da troca do afeto pela moeda, colocando os filhos como prêmios ou alvo indevido de instrumento de punição.

Como se pode observar, essa modalidade de guarda é a ideal, uma vez que ela busca atenuar o impacto negativo da separação do casal sobre o relacionamento com o filho. Também faz com que os genitores estejam sempre presentes no cotidiano da prole, além de permitir que, de forma conjunta, o genitor tome decisões importantes quanto à vida e ao bem estar de seus filhos.

Após a abordagem dos quatro institutos de guarda é importante que se diga que a modalidade aplicada pelo juiz não faz coisa julgada, podendo ser alterada a qualquer tempo, sempre no interesse maior favorável à criança e ao adolescente.

2 GUARDA COMPARTILHADA: ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

Embora poucos tribunais no Brasil admitissem a aplicação da guarda compartilhada, com base nos princípios constitucionais e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ela só entrou, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro no dia 13 de junho 2008, através da Lei nº 11.698.

É um instituto relativamente novo e por isso há aspectos materiais e processuais nos quais os aplicadores do direito divergem sobre a sua efetivação.

2.1 Análise legal

Ao longo de décadas, a sociedade brasileira, a família e o instituto da guarda vêm passando por inúmeras modificações em todos os segmentos, notadamente de forma bastante significativa no aspecto legislativo, que passou a receber, de forma expressa, proteção do Estado.

O Código Civil de 1916 retratou a família daquela época, na qual o marido era considerado o chefe da família. A mulher não tinha os mesmos direitos que o homem, se limitava aos afazeres domésticos, enquanto os filhos se submetiam à autoridade paterna. Ademais, a relação de família só era reconhecida pelo matrimônio, sendo discriminadas as pessoas que coabitavam sem casamento, bem como os filhos advindos de tal relação. O casamento era indissolúvel.

A evolução legislativa foi ocorrendo gradativamente, sendo que a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), “inaugurou entre nós a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento, a organização familiar deixasse de ser preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas ainda foram mantidas com o varão.”¹³

A Emenda Constitucional nº 9/77 aprovou o divórcio e a Lei nº 6.515/77 o regularizou, deixando o casamento de ser indissolúvel.

Já a Emenda Constitucional nº 66/2010 eliminou o instituto da separação judicial do Sistema Jurídico Brasileiro, restando apenas o divórcio.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v.6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.15.

Com a Constituição Federal de 1988, a família saiu da esfera exclusiva do direito privado para ganhar *status* constitucional. O conceito de família foi modificado, não se origina somente do casamento, podendo ser reconhecida como entidade familiar constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, parágrafos 3º e 4º da CF/88).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece em seu artigo XVI, 3 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito a proteção da sociedade e do Estado”.¹⁴

A Carta Magna brasileira de 1988 seguiu este mesmo caminho, a família passou a ser a base da sociedade, recebendo proteção especial do Estado no âmbito constitucional e em lei ordinária, como se constata no seu artigo 226 *caput*.

Verifica-se que, do citado artigo, é possível extrair-se os seguintes princípios que regem o Direito de Família:

- a) Princípio da igualdade (parágrafo 5º), que assegura ao homem e à mulher os mesmos direitos, notadamente referente à sociedade conjugal;
- b) Princípio do planejamento familiar (parágrafo 7º), fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

É bom lembrar que do princípio da paternidade responsável decorre o dever dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” (artigo 229 CF/88) e o direito dos filhos de conviver com seus pais.

Já o artigo 227, da Constituição Federal de 1988, assegura à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, direitos fundamentais, dentre outros, a convivência familiar. Este artigo foi o marco no Brasil, ao reconhecer a doutrina da proteção integral.

A Constituição Federal de 1988 pretendeu reafirmar a proposição de que os direitos fundamentais são titularizados por todos, incluindo as crianças e adolescentes, com o propósito deliberado de deferi-lhes o princípio de prioridade de tratamento.

Percebe-se que o legislador teve a intenção de proteger a família, especialmente os filhos, pois, a partir do momento em que estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, ocorreu uma mudança de regras, pois a que prevalecia anteriormente era a vontade masculina. Essa nova postura teve reflexo no poder familiar; assim, os pais, de forma igualitária, têm o dever de sustento, de guarda e de educação dos filhos, bem como estes o direito de conviver com seu pai e sua mãe.

¹⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

Como se pode observar, a aplicação da guarda compartilhada está de acordo com estes princípios constitucionais, uma vez que ambos os pais têm, de forma isonômica, deveres para com seus filhos, e estes o direito de conviver com seus pais, mesmo após a ruptura da sociedade conjugal.

Todos os povos se preocupam com as crianças. Assim, no dia 20 de novembro de 1959, a ONU publicou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que deu origem à Doutrina da Proteção Integral. Este organismo internacional aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1990.¹⁵

A Lei nº 6.697/77 (Código de Menores) que, de forma pejorativa, definia “menor infrator” foi substituída pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Entretanto ainda observa-se julgados que se refere à criança e ao adolescente como “menor”.

As normas previstas no ECA são regidas pela Doutrina de Proteção Integral, como se observa no seu artigo 3º, tendo como base os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei nº 8.069/90¹⁶ atribuiu maior efetividade aos princípios da Lei Maior, como se pode observar a partir da leitura de alguns artigos da referida norma. Assim estabelece o *caput* do artigo 4º:

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

Este artigo praticamente repetiu o que preceitua o artigo 227 da Constituição Federal, atribuindo à família, à comunidade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais, incluindo a convivência familiar.

É evidente a importância que o referido diploma dá ao convívio dos filhos com seus genitores.

A convivência familiar é um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, propugnados pela CF/88 e também pelas normas infraconstitucionais.

¹⁵ Convenção Internacional sobre Direito da Criança, aprovado por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **DOU** 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

Para haver “a efetivação de todos os direitos fundamentais que são assegurados à criança e ao adolescente é necessário garantir a convivência familiar”.¹⁷

Dando prosseguimento à análise da Lei nº 8.069/90, nota-se que no capítulo III, intitulado “do direito à convivência familiar e comunitária”, precisamente nos artigos 21 e 22, buscou-se, mais uma vez, atribuir efetividade ao que já era previsto na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o artigo 21 diz que: “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe [...]”. Nota-se que este artigo reflete o princípio da isonomia, aplicado às relações familiares, conforme idealizado pelo legislador constituinte.

Partindo desse princípio, observa-se que o poder familiar não é mais exclusivo do homem, mas exercido por ambos os genitores, de forma concomitante, consensual e igualitário.

Vale ressaltar que do poder familiar atribuído aos pais decorrem diversos deveres.

Diz, o artigo 22 do ECA, que: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores[...]”. Logo, consolida o que determina o artigo 229 da Constituição Federal, como dito anteriormente, sobre o dever dos pais de assisti-los, criá-los e educá-los.

Nota-se que as normas contidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente buscaram regulamentar a importância da família e da convivência da criança e do adolescente em um ambiente familiar, bem como procuraram salvaguardar seus direitos.

Há, portanto, uma preocupação contínua do legislador de assegurar, à criança ou ao adolescente, o vínculo familiar.

Com a aplicação dos princípios constitucionais e do Estatuto da Criança, os tribunais brasileiros já possuíam respaldo para aplicação da guarda compartilhada. Mesmo antes de ela ser positivada no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina e a jurisprudência já se manifestavam favoráveis à inexistência de restrição legal à atribuição da guarda dos filhos a ambos os pais, depois de ser desfeito o vínculo conjugal, sob forma de guarda compartilhada.

É oportuno lembrar que o instituto da guarda compartilhada entrou no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 11.698,¹⁸ de 13 de junho de 2008, que

¹⁷ BARUFI, Melissa Telles. Nova Lei Protege o Direito de Visita. **Revista Síntese de Direito de Família**, v.12, n.63, dez/jan. 2011, p.41.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **DOU** de 16 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

alterou os artigos 1583 e 1584 ambos do Código Civil de 2002, passando a contar com a seguinte redação:

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 responsabilidade 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, 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;

II- educação.

§ 3º a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses do filho.

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

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

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

§ 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 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.

Pelo que foi visto até agora a citada norma possui fundamento constitucional, que veio para garantir o melhor interesse dos filhos, como também a isonomia dos genitores, com o fim de estarem presentes de forma mais intensa na vida dos filhos, o que garante a continuidade da convivência familiar, cumprindo, dessa maneira, o princípio de que a família é a base da sociedade (artigo 226 da CF/88).

Com o advento da guarda compartilhada ocorreu uma verdadeira mudança de paradigma, pois a norma estabeleceu expressamente preferência pelo compartilhamento, deixando assim de priorizar a guarda individual (artigo 1.584 § 2 Código Civil), pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole.¹⁹

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da família**. 9. ed. rev. atual. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011(direito dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.455.

Segundo o que preceitua o artigo 1.584, I e II, do Código Civil, a guarda compartilhada pode ser fixada mediante consenso ou determinação judicial. Caso não seja estipulada na ação de divórcio ou na dissolução da união estável, pode ser buscada em ação autônoma por um dos pais.

O § 1º do artigo retro mencionado dispõe que: “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.”

A lei atribui ao magistrado o dever de informar aos pais sobre o sentido de tal instituto, no intuito de fazer com que eles estejam mais atentos, presentes e vinculados na formação e educação dos filhos.

Dentro de todo esse contexto percebe-se que a Lei nº 11.698/08 veio para dar efetividade aos princípios constitucionais e normatizar o que já vinha sendo aplicado pelos operadores do direito, quanto à aplicação dessa modalidade de guarda.

2.2 Análise jurisprudencial

O instituto da guarda compartilhada ainda não atingiu sua plena evolução.²⁰ Contudo, com a normatização de tal instituto, cabe aos operadores do direito, sobretudo aos juízes, fazer com que a referida norma cumpra o papel de conteúdo constitucional, de modo que os pais possam, de forma efetiva, cumprir seus deveres parentais referentes ao processo de criação e educação dos filhos.

Sob o enfoque jurisprudencial, verifica-se que a guarda compartilhada vem sendo amplamente debatida pelos tribunais, notadamente quanto ao que dispõe o artigo 1.584, § 2º que diz: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Neste ponto os tribunais divergem quanto à aplicação da guarda compartilhada. A maioria defende que sua aplicação só é possível quando houver, entre os genitores, consenso, diálogo, convivência pacífica, animosidade, dentre outros.

Segundo Silvio de Salvo Venosa: “essa modalidade de guarda não se torna possível quando os pais se apresentam em estado de beligerância ou quando residam distantes

²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito da família**. v.6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.187.

um do outro”.²¹ O referido autor ainda acrescenta que a guarda compartilhada “nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais”.²²

Para os que perfilham essa corrente, o acirramento de ânimos entre os genitores repercute de forma negativa no psicológico do filho, que se posiciona no meio da disputa entre os genitores.

Esta corrente prevalece de forma majoritária, na jurisprudência dos tribunais brasileiros. A propósito do assunto, decidiu o TJRJ que:

EMENTA: GUARDA. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Descabe alterar a Guarda no interesse pessoal da genitora, pois o filho esta sob os cuidados do genitor, que demonstrou melhores condições para criar o menor com uma rotina de vida bem organizada, ficando clara que ele está sendo bem cuidado e mantém ótimo vínculo com a família paterna. 2. Deve sempre prevalecer o interesse dos filhos acima de todos os demais. 3. Não cabe estabelecer guarda compartilhada quando a relação entre os genitores não é harmônica. (TJRS – Apelação Cível nº 70056398118 – rel. Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELOS CHAVES – Data do julgamento 23/10/2013. Data da publicação: 25/10/2013).²³

De acordo com o TJMG, o exercício da guarda compartilhada se faz com o consenso dos pais da criança, que deverão cumprir os deveres inerentes à criação do filho conjuntamente. Se não houver harmonia entre os genitores o instituto da guarda compartilhada torna-se inviável:

EMENTA: FAMÍLIA – AÇÃO E MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR – GUARDA COMPARTILHADA – INVIABILIDADE ENTRE OS PAIS – CONVIVÊNCIA HARMÔNICA – REQUISITO NÃO DEMONSTRADO – PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO INFANTE – RECURSO DESPROVIDO. – Em disputa pela guarda de filho menor, deve o julgador ater-se às necessidades do infante, pois, o seu bem estar social, psicológico e emocional deve sobrepor a qualquer outros interesses.- Na guarda compartilhada , os pais conservam juntos o direito de custódia e responsabilidade dos filhos . Em outras palavras, a prática do poder familiar é conjunta entre ambos genitores. – Para o exercício da guarda compartilhada, mister se faz uma convivência pacífica entre os pais da criança, haja vista que deverão cumprir os deveres inerentes à criação do menor conjuntamente, aliado por um só propósito. TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.08.197958-5/001(1) – rel. Des. VIEIRA DE BRITO - Data do julgamento 14/04/2011. Data da publicação 22/06/2011.²⁴

Em sentido contrário há posicionamento minoritário, na jurisprudência e na doutrina, a favor da guarda compartilhada, mesmo que haja litígio entre os cônjuges.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo, Op cit., 2013, p.187.

²² Ibid.

²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70056398118**, relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves., publicado no Diário da Justiça em: 25/10/2013.

²⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.00024.08.197958-5/001(1)**, relator Des. Vieira Brito, publicado no Diário de Justiça em: 22/06/2011.

Maria Berenice Dias²⁵ manifesta-se neste sentido: “a guarda compartilhada exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistirem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse do filho”.

De acordo com Liane Maria Busnello Thomé:²⁶ “... a imposição da guarda compartilhada sem o consenso das partes oferece aos pais litigantes experiências positivas que se não tivessem sido impostas pelo poder judiciário não teriam sido vivenciadas e a imposição da lei sempre esteve presente quando não havia o consenso do casal, inclusive na guarda única”.

Para essa corrente, se a guarda compartilhada não pudesse ser imposta pelo juiz, mesmo sem o consentimento dos genitores, se transformaria em instituto destituído de efetividade, e o texto legal se tornaria letra morta.

Cumpre registrar que, em pesquisa realizada em *sites* eletrônicos de alguns Tribunais de Justiça do Brasil, encontram-se poucos julgados que aplicam o instituto da guarda compartilhada em situação que não haja consenso entre os pais.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão, em 2011, considerou a possibilidade de sua aplicação mesmo sem consenso entre os pais, inclusive com alternância de residência.

Decisão:

A guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre os pais.

A terceira Turma adotou esse entendimento ao julgar recurso contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), interposto por pai que pretendia ter a guarda exclusiva do filho.

O pai requereu a guarda do filho sob a alegação de que a ex-mulher tentou levá-lo para morar em outra cidade. Alegou ter melhores condições para criar a criança do que a mãe. Na primeira instância, foi determinada a guarda compartilhada, com alternância de fins de semana, férias e feriados. Além disso, o filho deveria passar três dias da semana com um dos pais e quatro com outro, também, alternadamente.

O pai recorreu, mas o TJMG manteve o julgado anterior por considerar que não havia razões para alterar a guarda compartilhada. Para o Tribunal mineiro, os interesses do menor são mais bem atendidos desse modo.

No recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o pai alegou que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais teria contrariado os artigos 1.583 e 1584 do Código Civil, que regulam a guarda compartilhada a qual para ele, só deveria ser deferida se houvesse relacionamento cordato entre os pais. Alegou ainda que a alternância entre as casas dos pais caracterizaria a guarda alternada, repudiada pela doutrina por causar efeitos negativos à criança. A questão da necessidade de consenso entre os pais é um tema novo no STJ, destacou a relatora do processo ministra Nancy

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010(regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011(direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.455.

²⁶ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.139.

Andrighi. Ela lembrou que a guarda compartilhada entrou na legislação brasileira apenas em 2008 (com a Lei 11.698, que alterou o Código Civil de 2002) e que a necessidade de consenso tem gerado acirradas discussões entre os doutrinadores. “Os direitos dos pais em relação aos filhos são, na verdade, outorgas legais que têm por objetivo a prestação à criança e ao adolescente” asseverou, acrescentando que “exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido a problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor”.

A ministra acrescentou que o poder familiar deve ser exercido, dentro dos limites de possibilidade, por ambos os pais. Partindo dessa premissa a guarda compartilhada deve ter preferência sobre a unilateral, mesmo sem o consenso dos genitores. É medida extrema, porém necessária à efetividade dessa nova visão. O enfoque prioritário deve ser sempre o melhor interesse da criança, que é mais bem atendida com a guarda compartilhada pelo ex-casal:

A ministra disse que o Código Civil de 2002 deu ênfase ao exercício conjunto do poder familiar em caso de separação – não mais apenas pelas mães, como era tradicional. O poder familiar deve ser exercido, nos limites de sua possibilidade, por ambos os genitores. Infere-se dessa premissa a primazia da guarda compartilhada sobre a unilateral”. Afirmou.

“Ela apontou que, apesar do consenso ser desejável, a separação geralmente ocorre quando há maior distanciamento do casal. Portanto, tal exigência deve ser avaliada com ponderação.

É questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada como pois se ignora toda a estrutura teórica, prática e legal que aponta para a adoção da guarda compartilhada como regra”, disse a ministra. O foco, salientou, deve ser sempre o bem estar do menor, que é mais bem atendido com a guarda compartilhada pelo ex-casal. A ação de equipe interdisciplinar, prevista no art. 1584, parágrafo 3º, visa exatamente a facilitar o exercício da guarda compartilhada.

A ministra admitiu que o compartilhamento da guarda pode ser dificultado pela intransigência de um ou de ambos os pais, contudo, mesmo assim, o procedimento deve ser buscado. “A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado, mesmo no exercício do poder familiar entre os pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação do ideal psicológico de duplo referencial”. Afirmou ela.

Segundo Nancy Andrighi, “a drástica fórmula de imposição judicial de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema porém necessária à implementação dessa nova visão”.

A relatora também considerou que não ficou caracterizada a guarda alternada. Nesses casos, quando a criança está com um dos pais, este exerce totalmente o poder familiar. Na compartilhada, mesmo que a “custódia física” esteja com um dos pais, os dois têm autoridade legal sobre o menor.

Ela afirmou ainda que a guarda compartilhada deve ser tida como regra e a custódia física conjunta, sempre que possível, como sua efetiva expressão”. Detalhes como localização das residências, capacidade financeira, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, de acordo com a ministra, devem se levados em conta nas definições sobre custódia física.

Rejeitado o recurso do pai, a guarda compartilhada mantida nos termos definidos pela Justiça de Minas Gerais²⁷.

Como observa-se ao longo desta análise, há acirradas discussões em torno do instituto da guarda compartilhada, quanto à exigência ou não de consenso entre os genitores para sua aplicação, o que dá foco distorcido à problemática e ignora a busca do melhor interesse da criança.

A determinação da guarda, cabe ao juiz. Entretanto, não podem ser ignorados problemas que podem advir desta decisão, uma vez que na guarda compartilhada exige-se a coparticipação dos genitores na vida cotidiana dos filhos, e se os pais não conseguem resolver seus conflitos, pelo menos, em relação aos filhos deve-se considerar qualquer espécie de guarda, desde que atenda ao melhor interesse do menor, levando em consideração as circunstâncias existentes no caso concreto.

Os pais em litígio, entram em constantes atritos e disputas pelos filhos, como se estes fossem objetos. Não há concessões recíprocas e bom senso, visando ao bem-estar das crianças. Cada genitor quer impor sua vontade, não isolam os filhos de seus conflitos pessoais e, de forma inconsciente, esquecem que o mais importante é o bem-estar de sua prole, que precisa conviver com ambos os pais, e que essas disputas podem gerar nos filhos sentimentos de dor, angústia, medo revolta e abalos psíquicos e físicos.

São inúmeras as desculpas dadas por um dos pais para dificultar o contato do filho com o outro genitor. O que deveria sempre existir era a coparticipação dos pais, no intuito de que cada um cumprisse com seus deveres de educar, criar e dar amor. Entretanto, muitas vezes o que ocorre é que cada um quer impor sua vontade, sem observar o interesse que é o amor da criança.

O artigo 1.584 § 1º diz que na audiência de conciliação, o juiz informara ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, mas parece que os pais não entendem e insistem na discórdia.

Diante dessas desavenças, não é fácil para o juiz saber quem tem razão, qual dos genitores apresenta melhores condições emocionais, daí a importância de um equipe multidisciplinar para auxiliar o juiz nesta árdua tarefa.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativos do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

Entretanto não é a imposição de uma sentença que fará com que os pais superem as desavenças, pelo contrário, às vezes pode até piorar, pelo fato de um achar que ganhou e o outro perdeu.

Embora uma equipe interdisciplinar seja bastante importante para auxiliar o magistrado em uma decisão, seria bastante eficaz também a presença de um mediador, no sentido de conduzir os genitores para que eles mesmos encontrassem um caminho para a resolução de seus conflitos pessoais e para chegarem a um consenso em relação à guarda, em prol do bem-estar dos filhos.

A busca pelo Poder Judiciário muitas vezes não alcança uma solução aceitável por ambas as partes, pois não oferece aos conflitos familiares um espaço de escuta que pode ser encontrado na mediação familiar.²⁸

²⁸ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.25.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Neste capítulo, serão abordados alguns aspectos do processo, com enfoque na guarda compartilhada, tais como: competência, procedimento, ações e requisitos legais.

É importante que se diga que os direitos das Crianças e dos Adolescentes estão atrelados ao Direito das Famílias. Há entre eles uma conexão que deve ser observada pelos operadores do direito, uma vez que não há uma previsão legal no processo de ações próprias que resguardem interesses de criança e adolescente, pois deve-se buscar adequar as previsões contidas na lei processual às complexidades das relações familiares.

3.1 Competência

Ao se ingressar com a ação de guarda é necessário saber qual o juízo competente. A guarda pode ser estabelecida pelo juízo da infância e da juventude ou pelo juízo de família, a depender da organização judiciária estadual. Logo, se na questão é discutida matéria referente ao poder familiar, guarda dos filhos, regulamentação de visitas, etc., o juiz de família será competente para determinar a guarda dos filhos.

Por outro lado, quando é discutida matéria em que criança ou adolescente estiver com seus direitos ameaçados ou violados, por ação ou omissão do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou em razão de sua conduta (artigo 98 do ECA), a competência é do juizado da infância.

Portanto o que define a competência é a condição da criança envolvida na demanda.

Segundo o Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará, na Comarca de Fortaleza há 18 Varas de Família e Sucessões (artigo 106, III), cujas competências, (artigo 112) por distribuição, dentre outras, são as seguintes:

I – Processar e Julgar:

- a) as ações de nulidade e anulação de casamento, de separação judicial e divórcio e as relativas ao estado e a capacidade da pessoa;
- b) as ações de investigação de paternidade, cumuladas ou não com as de petição de herança;
- c) as ações de alimentos e as de posse e guarda de filhos menores, ressalvada a competência específica das Varas da Infância e da Juventude;
- d) as ações sobre suspensão e perda do pátrio poder e as de emancipação, ressalvada a competência da Vara de Infância e da Juventude.²⁹

²⁹ CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Código de Organização judiciária**. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/servicos/pdf/codigo.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

Em Fortaleza havia uma Vara exclusiva para julgar os casos de guarda de criança e adolescente, era a 16ª Vara de Família. Porém, desde o dia 07/01/2014, a guarda passou a ter a mesma competência das demais Varas de Família desta Comarca, conforme a Resolução nº 02 aprovada pelo Pleno do TJCE, no dia 22/11/2013.

Tal mudança ocorreu em virtude dos apelos da OAB, alegando que a concentração de processos gerava excessiva demora na tramitação, dificultava a atuação dos advogados e prejudicava as partes.³⁰

São cinco as Varas de Infância e da Juventude na Comarca de Fortaleza. Aos Juízes de Direito destas Varas cabe a competência definida no Estatuto da Criança e do Adolescente e legislação especial, (artigos 106,VIII e 123 *caput* do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará).

Quanto à competência para processar e julgar a ação, segundo o artigo 147, incisos I e II do ECA, será determinada pelo domicílio dos pais ou responsáveis e no lugar onde se encontre a criança ou adolescente.

Através da Súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça se depreende que nas ações em que há interesse de criança e adolescente a competência é do domicílio do seu guardião.³¹

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que preserva os interesses do menor, o foro do local onde é exercida regularmente a guarda, para dirimir litígios dela decorrentes.

Processual civil. Conflito positivo. Ações de revisão de acordo judicial de separação do casal e de guarda da filha. Conexão. Prevenção. Guarda compartilhada. Pluralidade de domicílios. Inexistência. Local onde regularmente exercida. Preservação do interesse da menor. Lei nº 8.069/1990, art.147. Precedente. I. A guarda ainda que compartilhada, não induz a existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo. II. Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercida regularmente a guarda para dirimir os litígios dela decorrentes (Lei n.8.069/90, art.147, I) Precedente. III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE (STJ, CC 40.719/PE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, 2ª Seção, j. em 25-8-2004, DJ,6-6-2005, p.176).³²

³⁰ DUARTE, Marcos. Concentração de processos na 16ª Vara de Família prejudica celeridade. **OAB-CE**. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2013/07/26/concentracao-de-processos-na-16a-vara-de-familia-prejudica-celeridade-diz-presidente-da-comissao-marcos-duarte/>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 383**. Dispõe sobre a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menores é em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA**. STJ, CC 40.719/PE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, 2ª Seção, j. em 25-8-2004, DJ,6-6-2005, p.176. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

O artigo 87 do Código de Processo Civil estabelece que a competência seja fixada no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações posteriores.

O artigo retro mencionado está perfeitamente em consonância com o artigo 8º da Lei nº 12.318/10, que trata da Alienação Parental, o qual menciona que “a alteração de domicílio da criança ou do adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência família”, salvo no caso de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.³³

Assim, por exemplo, se for proposta uma ação na Comarca de Fortaleza, levando em consideração o domicílio do guardião do menor, pouco importa se posteriormente ele se muda para domicílio em local diverso.

Ao fenômeno processual referente à fixação da competência, tendo em vista os elementos, de fato e de direito, existentes no momento de propositura da ação, dá-se o nome de *perpetuatio jurisdictionis* (perpetuação da jurisdição). O que ocorre, de fato, é a perpetuação da competência, pois quando a ação é distribuída, a jurisdição atuará junto ao órgão jurisdicional no qual a ação foi proposta.

3.2 Procedimento

O processo é o método pelo qual o Estado exerce a função de prestar a tutela jurisdicional àqueles que o procura através do ajuizamento de uma ação. Já o procedimento é o caminho, a forma pela qual o processo se realiza em cada caso concreto.

O Código de Processo Civil de 1973 prevê três espécies de tutelas processuais. São elas: processo de conhecimento ou cognição, de execução ou cautelar.

No processo de conhecimento, o procedimento ou rito se subdivide em comum ou especial. O rito comum, por sua vez por de ordinário e sumário.

Segundo o artigo 271 do CPC: “aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou lei especial”. Deduz-se que não havendo previsão de um procedimento especial, por exclusão aplica-se o rito comum ordinário ou sumário.

³³ BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **DOU** de 27 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

Também por exclusão, o que não for procedimento comum sumário em que as hipóteses estão taxativamente elencadas no artigo 275 do CPC, será enquadrado como procedimento ordinário.

A lei processual não prevê um rito especial para ação de guarda, portanto deve-se obedecer ao procedimento comum ordinário. Não se deve aplicar o rito comum sumário ainda que o valor da causa não exceda o valor de 60 vezes o salário mínimo (artigo 275, I do CPC), em razão da natureza da matéria objeto da ação.

É importante que o procedimento seja observado em uma ação, pois se for realizada uma escolha errada a petição inicial poderá ser indeferida, caso não seja possível adaptar-se ao rito legal (art. 295, V, CPC).

Também é possível que o juiz determine que o autor emende ou complete a petição inicial, no caso desta não preencher os requisitos exigidos nos artigos 282 e 283 ou que apresente defeitos, irregularidades capazes de dificultar o julgamento (art. 284, CPC).

Os artigos 155 a 165 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem o procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar e no caso de modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou do adolescente, respeitando-se o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (artigo 161 § 3º, ECA).

3.3. Ação de regulamentação de guarda e visita

É comum que os cônjuges, após o divórcio, venham a discutir com quem ficará a guarda dos filhos, e, muitas vezes, ocorre a retirada irregular do menor do lar, por um dos pais, o que tira o sossego daquele que fica apenas com a guarda, de fato. Portanto, para evitar problemas e fixar responsabilidades, o pai ou a mãe pode ajuizar ação de regulamentação de guarda ou visita.

Segundo os artigos 1.584, 1.585 e 1.724, respectivamente do Código Civil de 2002, a guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida por consenso, pelo pai e pela mãe ou por qualquer deles, em ação autônoma de divórcio ou dissolução de união estável. Também em qualquer caso que exige o estabelecimento de guarda é possível que a parte interessada, como um dos pais ou avós, ajuíze ação de regulamentação de guarda e visita, com base nos artigos 33 a 35 do ECA.

A regulamentação de guarda compartilhada encontra amparo nos artigos 1.121 a 1.124 do Código de Processo Civil, os quais definem que a petição inicial de separação

consensual deve ser instruída com acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas. Conceitua também o regime de visitas que é a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos na companhia daquele que não ficar com a guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição de férias escolares e dias festivos.

A guarda compartilhada poderá ser obtida através de acordo entre os genitores, devendo ser homologada em juízo, desde que atenda ao melhor interesse do menor.

Contudo, no caso de uma demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, observando o juiz que ambos revelam condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, ainda que os pais estejam disputando a guarda exclusiva, uma vez que a guarda compartilhada é a forma preferencial (artigo 1.584 § 2º do Código Civil).

Para Maria Berenice Dias, mesmo os pais disputando “a guarda exclusiva do filho, não ultrapassa os limites da lide determinar o juiz a guarda compartilhada pois esta é a forma de convívio preferencial só devendo decidir pela guarda exclusiva justificadamente”.³⁴

Neste caso, o juiz pode, ao decidir a guarda, e considerando os interesses do menor, estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência. Caso necessário, poderá valer-se da orientação de equipe interdisciplinar e determinar à criança e aos genitores encaminhamento para tratamento psicológico ou psiquiátrico (artigo 129 III,VI, ECA).

Adequada a esta situação, seria aplicar-se a mediação, “método de solução de conflito baseado em atitudes e procedimentos de natureza conciliatórios, tentando a redução da litigiosidade das partes”,³⁵ na qual os próprios pais, com o auxílio de um mediador, chegariam a uma solução, em vez de a guarda ser imposta pelo magistrado, visto que “a falta de vontade de um deles em assumir essa maior participação no processo de criação e crescimento do filho obstará o compartilhamento, favorecendo apenas a aplicação da guarda unilateral”.³⁶

Não há limite no direito de convívio entre pais e filhos. E a cada dia vem se reconhecendo a importância da manutenção dos vínculos de afeto. Logo, vem se desdobrando o direito de visitas também a outros parentes, como avós, tios, irmãos, etc.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.465.

³⁵ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (coord.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno-Rio de Janeiro: GZ.2009.p.141.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v.6, 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2013, p.348.

A Lei nº 12.398³⁷, de 28 de março de 2011, assegura aos avós o direito de conviver com os netos ainda que os pais estejam separados. Esta norma acrescentou parágrafo ao artigo 1.589 do Código Civil e modificou o artigo 888 do Código de Processo Civil. Muitas vezes ao fim de um relacionamento, surgem desavenças entre o casal e movidos por rancor ou ódio há a tentativa de um dos genitores de afastar o filho da convivência do outro e de seus familiares. É uma forma de alienação parental, daí, os avós são impedidos de manter contato afetivo com o neto.

Há entendimento na doutrina e jurisprudência que a guarda compartilhada possa ser deferida a outro membro da família que não aos pais, tendo em vista atender ao interesse do filho. Assim estabeleceu o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Pedido de guarda formulado por avô. Consentimento materno. Pai falecido. Deferimento de medida. Possibilidade, desde que observado o menor interesse do menor. Recurso especial provido. 1. In casu, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de “guarda previdenciária”, é dizer, aquela que tem como finalidade tão somente angariar efeitos previdenciários. 2. A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser objeto de pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações. 3. Como soi acontece em processo desta natureza, vale dizer, onde se converteram direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor imperativo a orientar a decisão do magistrado. 4. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (art.33,§ 1º, primeira parte, c/c § 2º, do ECA) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que mantém e, nesta medida, desfrutam de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e afetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.186.086-RO,3ª T.,Rel.Min. Massami Uyeda, p.14/02/2011).³⁸

Adequado ao atendimento do interesse da criança ou adolescente a guarda deferida aos avós, principalmente quando há um estreito laço afetivo.

Quando os envolvidos não são os pais, mas pessoas com quem o filho tem um vínculo de afeto é possível também a fixação do regime de convivência. Assim dispõe o artigo 1.584, § 5º do Código Civil:

Art. 1584 - Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá à guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando de preferência o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

³⁷BRASIL. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. **DOU** de 29 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ. CONSENTIMENTO MATERNO. PAI FALECIDO. DEFERIMENTO DE MEDIDA. STJ, REsp 1.186.086-RO,3ª T.,Rel.Min. Massami Uyeda, p.14/02/2011. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

Observa-se que a “pessoa” a qual a guarda poderá ser deferida não é parte no processo e por isso deve ser promovida sua citação para que participe da produção da prova e possa, ao final, suportar os efeitos da sentença (art. 472 do CPC), permitindo-se assim a ampliação da demanda, mesmo depois de expirado o momento processual, oportuno para tanto (artigo 264 § único do CPC).

Na ação de regulamentação de guarda e visita para a resolução de uma questão familiar há necessidade do juiz para interferir na questão e resguardar o interesse da criança. Neste caso também se faz necessária a intervenção do Ministério Público, como descrito no artigo 82, inciso I do Código de Processo Civil, por envolver interesse de incapaz. A não intervenção do *Parquet* em todas as fases do processo induz à nulidade do processo (art. 84 CPC). Esta nulidade é absoluta e, por ferir norma de ordem pública, pode ser decretada de ofício.

Como requisito processual tem-se que a petição inicial deverá indicar os requisitos expressos pelo artigo 282 do CPC, quais sejam:

- I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
- II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV - o pedido, com as suas especificações;
- V - o valor da causa;
- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII - o requerimento para a citação do réu;

A petição inicial deve-se fazer acompanhar dos seguintes documentos; certidão de nascimento do menor, documento de identidade do autor (RG, CPF, Certidão de casamento ou nascimento); comprovante de residência e outros documentos que justifiquem o pedido (Boletim de Ocorrência, recibos, etc.). E se o juiz verificar eventual deficiência deverá determinar, antes de qualquer outra providência, a intimação pessoal da parte, para que no prazo de 10 dias, segundo artigo 284 do CPC, possa emendá-la. A ação tramita em segredo de justiça, uma vez que envolve interesse de incapaz.

3.4 Busca e Apreensão

Quando o genitor não guardião leva o filho para as visitas e deixa de devolvê-lo no horário e dia designado ou, ao contrário, quando o genitor guardião se recusa entregar o filho no dia e horário para a visita, tais omissões ensejarão o ajuizamento da ação de busca e apreensão. Neste sentido observa-se na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VISITAS. DESCUMPRIMENTO. BUSCA E APREENSÃO. CABIMENTO. Descumprindo o direito de visitas regulado por sentença transitado em julgado, o cumprimento forçado do direito de visita se faz através de medida de busca e apreensão. Precedente Jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA (Agravado de Instrumento Nº 70048043020. OITAVA CÂMARA CÍVEL. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 26/03/2012.³⁹

Nesse caso a guarda já se encontra fixada regularmente, bem como o direito de visita, o que dá a medida cautelar força satisfativa, isto é, não será preciso a propositura de uma ação principal oportunamente, uma vez que a guarda já se encontra definida e o retorno do menor resolve a questão.

Contudo, caso o genitor tenha apenas a guarda de fato do filho, poderá requerer audiência de justificação, que consiste em documentar, por meio de ouvida de testemunhas, a existência de algum fato ou relação jurídica, que poderá ou não ser utilizada em um processo futuro. Assim o genitor poderá provar o tempo de sua guarda fática. Diante deste caso, o juiz deverá indicar como ação principal a ação de regulamentação de guarda e visita.

A ação de busca e apreensão pode ter natureza cautelar ou conhecimento. Caso seja buscado, por meio da ação de busca e apreensão, um provimento definitivo, sem que se exija a propositura de outra demanda, a ação será principal e não cautelar.

É comum confundir a ação de busca e apreensão de caráter principal com ação cautelar de busca e apreensão. Faz-se necessária uma distinção.

Quando o autor se satisfaz, em definitivo, com a busca e apreensão, a ação proposta não terá natureza cautelar, mas sim principal e, concedida a liminar, será de tutela antecipada. A ação cautelar de busca e apreensão é caracterizada pela acessoriedade, não é satisfativa, podendo ser proposta em caráter preparatório ou incidental.

Por exemplo, a busca e apreensão cautelar é deferida em caráter preparatório ou incidental nas ações que visam à destituição de pátrio poder. Assim o pai, não guardião, que temendo que o filho sofra maus-tratos pela mãe, guardiã, requer em caráter cautelar o deferimento de busca e apreensão, e a ação principal a ser proposta será de modificação de guarda.

A medida cautelar de busca e apreensão de menor, prevista no artigo 888, III e VII, do Código de Processo Civil, deve obedecer ao procedimento previsto nos artigos 839 a 843 do CPC, complementados pelas normas gerais previstas para medidas cautelares em geral (artigos 796 a 812, CPC). A petição inicial, por sua vez, deve atender aos requisitos dos

³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravado de Instrumento Nº 70048043020**. Relator: Rui Portanova, Julgado em 26/03/2012.

artigos 282 e 840 do CPC, informando e provando (artigo. 283, CPC) as razões da medida e localização do menor. A inicial deve se fazer acompanhar dos seguintes documentos (RG, CPF, Certidão de nascimento ou casamento); Certidão de nascimento do menor, prova da guarda, (termo de guarda ou cópia da decisão judicial onde foi fixada); além de outros documentos destinados a provar a guarda fática do menor ou a sua tomada intempestiva.

A busca e apreensão de pessoas, pela sua própria natureza, é revestida de certa violência. Por este motivo deve-se ter cuidado com sua utilização, visto que, na maioria das vezes, ocorre reação agressiva por parte daquele que vai ser despojado de seu filho, podendo gerar um trauma psicológico na criança.

3.5 Recurso Cabível

Quando há inconformismo frente às decisões proferidas, mesmo não atendendo às especialidades das demandas, principalmente quando envolvem criança e adolescentes, cabem os recursos previstos no Código de Processo Civil.

A apelação é aplicável para sentenças proferidas em ação de fixação ou alteração de guarda, bem como em busca e apreensão em ação autônoma e ainda em qualquer processo cautelar específico, incluindo busca e apreensão, como meio assecuratório.

A apelação também é cabível contra decisão que regulamente as visitas, quando proferidas em pedido que segue o rito ordinário.

Ainda das decisões interlocutórias (artigo 162, § 2º do) caberá agravo de instrumento (artigo 522).

3.6 Coisa Julgada

Levando-se em consideração a natureza jurídica da sentença judicial que define sobre a fixação da guarda ou sua modificação deve-se considerar que a mesma não constitui uma decisão definitiva, não transitando em julgado.

Segundo o artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Contudo, afirma o artigo 471, I do CPC que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

- I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
- II – nos demais casos previstos em lei.

Abre-se uma exceção sobre a impossibilidade de novo julgamento sobre questões já decididas.

De forma geral, o juiz, uma vez decidida a questão, ele não pode emitir novo pronunciamento, seja em decorrência da coisa julgada ou da preclusão.

Contudo, ocorrendo alteração dos elementos fáticos que motivam a sentença, abre-se uma exceção à imutabilidade e intangibilidade do julgado, permitindo sua revisão, devendo-se ingressar em juízo com Ação Rescisória, nos moldes do art. 495 do CPC ou ingressar com ação ordinária, postulando a modificação da guarda compartilhada.

É oportuno esclarecer que relação jurídica continuativa é aquela que se projeta no tempo com a característica de protrair-se no tempo.

3.7 Execução

A sentença judicial que é estabelecida ou homologada judicialmente assegura o direito da criança ou adolescente ao convívio com seus genitores mesmo após a separação e constitui-se título executivo judicial, de acordo com o artigo 475-N, inciso I do Código de Processo Civil. Ela reconhece a existência de uma obrigação de fazer. A sentença que impõe a obrigação de fazer ou não fazer é mandamental. Quer dizer que ela não só condena o devedor ao cumprimento da obrigação, mas expede uma ordem.

O descumprimento das ordens judiciais e do comando expedido na sentença configura ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo quem descumpri-la sofrer punições, conforme o artigo 14, § único, do CPC. A sentença tem como regra que o juiz determine providências e os meios de coerção que obriguem o cumprimento do que for determinado. Por exemplo, no caso de visitas pode ser multa e busca e apreensão.

A execução para o adimplemento da obrigação pode ser proposta pelo pai ou pela mãe, Assim, se o genitor não visita o filho, que mora com a mãe, é função dela propor a execução para obrigá-lo a visitar o filho. Da mesma forma, cabe ao pai que tem assegurado o direito de visita, ingressar em juízo contra a mãe, se ela o está impedindo.

O direito de visita é de natureza personalíssima e a forma de impor seu cumprimento é através das *astreintes*, multa diária que age como instrumento de coerção. (Art. 461 do CPC).

A multa serve, por exemplo, para obrigar o guardião a entregar o filho ao não guardião, nos horários e dias fixados; e a medida de execução pode ser requerida nos próprios autos da ação em que foi estipulada a execução. Não há, portanto a necessidade de ser proposta execução de fazer ou não fazer.

A propósito do assunto decidiu o STJ que eventual descumprimento do ajuste referente à obrigação de fazer ou não fazer desafia seus cumprimentos nos próprios autos.

FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER REFERENTE A REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCEDIMENTALELEITA. EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DO AJUSTE QUE DETERMINA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO NOS AUTOS DA PRÓPRIA RELAÇÃO PROCESSUAL OBRIGAÇÃO, SOB O RITO DO ART. 461 DO CPC. NOVA SISTEMÁTICA DA TUTELA ESPECÍFICA CONFERIDA PELA LEI Nº 10.444/02. EXEGESE DO ART. 644 DAQUELE MESMO DIPLOMA. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO DE EXECUÇÃO E DOS EMBARGOS. RECURSO PREJUDICADO. 1. A decisão que homologa a transação ou conciliação é título executivo judicial, conforme estabelecido o art. 475 N, III do CPC. Assim, eventual descumprimento do ajuste referente a obrigação de fazer ou não fazer, desafia o seu cumprimento nos próprios autos da relação processual original, pela via da execução indireta prevista no artigo 461 do CPC. 2. No atual regime do CPC, em se tratando de obrigação de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisas, as sentenças correspondentes são executivas *lato sensu*, a significar que seu cumprimento se opera na própria relação processual original, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC. Afasta-se, nesses casos, o cabimento de uma ação autônoma de execução, bem como conseqüentemente, de oposição do devedor por ação de embargos. (Resp. 721.808/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 19.9.2005, p.212.⁴⁰)

Quando for proposta uma ação que tenha por objeto o adimplemento da obrigação de visitas, o juiz pode, a título de tutela antecipada, ao determinar a citação do réu para cumprir a obrigação, já estipular a multa, no caso de descumprimento. O magistrado pode impor a multa de ofício, fixá-la sempre que tiver, de forma justificada, receio de ineficácia do provimento judicial. Assim é o que estabelece o artigo 461 § 5º do Código de Processo Civil.

3.8 Consequências do descumprimento da Guarda Compartilhada: Repercussões civis e criminais

No caso de divórcio, da anulação de casamento ou da união estável, os cônjuges poderão acertar sobre a guarda e visita aos filhos, e, sempre que for possível e conveniente,

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO. Resp. 721.808/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 19.9.2005, p.212.

devem estabelecer o que for decidido pelo casal. Porém, se não houver acordo, a questão será decidida judicialmente.

Depois de estabelecida a guarda a um dos genitores, bem como seus termos, seja por acordo entre os cônjuges, seja por determinação judicial, espera-se que a mesma seja cumprida por ambas as partes, a fim de garantir ao filho a continuidade da convivência com seus pais.

Com a sentença judicial, os genitores ficam presos às condições nela estabelecida, tais como: horários de visitas, lugar, duração, etc.

Todavia, diante do rompimento de uma relação conjugal, na maioria das vezes há mágoas, ressentimentos, principalmente quando um dos cônjuges já está em outro relacionamento. Daí, a primeira medida daquele que detém a guarda é impedir ou dificultar as visitas do genitor não guardião, não importando se existe ordem judicial ou não, configurando conduta tipificada como Síndrome da Alienação Parental. No caso da existência de uma sentença judicial, tal atitude leva a uma desobediência prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 249. É uma infração administrativa cuja pena é multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se em dobro em caso de reincidência.

Segundo o artigo 22 da Lei nº 8.069/90, *in verbis*: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

No caso de descumprimento de uma sentença judicial, por parte daquele genitor que a descumpriu, ocorre não só lesão ao interesse do filho, mas uma desobediência de uma sentença judicial. Neste caso, haverá uma repercussão tanto na esfera cível quanto criminal. A propósito, embora a desobediência esteja tipificada no Código Penal Brasileiro, no artigo 330, não se adentrará na esfera criminal, por não ser o propósito deste trabalho.

3.8.1 Repercussões Cíveis

No caso de descumprimento imotivado, o sistema prevê várias consequências na área cível para obrigar o cumprimento do que for fixado judicialmente.

Assim, o artigo 1.584, § 4º do Código Civil estabelece, de forma explícita, sanções para combater as transgressões nos seguintes termos: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, poderá implicar em redução de prerrogativas atribuídas ao detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.”

A “redução de prerrogativas” consiste em diminuir as atribuições dos genitores que infringem normas de convivência com seus filhos. Neste caso cabe ao juiz escolher a medida mais adequada para corrigir o infrator e proteger o infante, para que a restrição não retraia os interesses do pai nem desperte no filho sentimento de revolta.

Pelo que parece esta sanção civil “contraria o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, podendo ampliar a Alienação Parental, no caso de guarda”⁴¹ (seja ela unilateral ou compartilhada). Importante que a regra se limite à quebra de cláusula de guarda quando o pai injustificadamente permaneça com o filho repetidas vezes além de seu período de convivência, prejudicando o direito de convivência com o outro genitor.

Com certeza atraso eventual ou alguma ocorrência isolada não deve ser considerada pelo juiz para que a Justiça não se transforme em um lugar de contínuos conflitos entre os genitores.

Após a separação dos pais é importante que o filho mantenha a convivência frequente com ambos.

A convivência familiar é direito fundamental e específico da criança e do adolescente, previsto nos artigos 227, da Constituição Federal, e 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É na convivência diária que se reforçam os vínculos parentais nos quais o filho encontra maior segurança para seu desenvolvimento físico, moral, psicológico e social.

Conviver é ter relações de afeto, cultivar laços, criar, educar, participar das relações sociais e familiares para o pleno e sadio desenvolvimento da criança e do adolescente.

A visitação deve ser entendida como um dever de convivência. O direito a esta convivência familiar tem fundamento na necessidade de proteção do menor, como pessoa em desenvolvimento.

Entretanto, às vezes, aquele que detém a guarda do filho, normalmente a mãe, tenta impedir ou dificultar os encontros do filho com o pai, o que configura a chamada Síndrome da Alienação Parental, regulada pela Lei nº 12.318/10. Por sua vez, também acontece do genitor que não detém a guarda, geralmente o pai, não manter frequentemente ou não ter nenhum contato com o filho.

⁴¹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n.10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2010, p.1733.

A visita não é direito dos pais, é direito dos filhos de com eles conviver. O direito dos pais de visitá-los constitui uma obrigação personalíssima, tanto do genitor que detém a guarda para tolerar e facilitar a convivência do filho com o outro genitor, quanto uma obrigação do genitor não guardião, que deve conviver com o filho para manter os laços de afeto. Logo, o pai ou a mãe que não propicia essa convivência com o filho poderá sofrer as sanções elencadas a seguir.

Inicialmente, o Código de Processo Civil no artigo 461, § 4º autoriza o juiz a aplicar as chamadas *astreintes* (multas), pelo descumprimento da obrigação de fazer. A imposição da multa pode ser para quem não visita o filho e para quem impede a visitação.

Posteriormente, o artigo 129 do ECA autoriza a aplicação de medidas de proteção à criança e adolescente por abuso ou omissão dos pais ou responsáveis, tais como:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV - encaminhamento a cursos de programa de orientação;
- V - obrigação de matricular o filho ou o pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- VII - advertência;
- VIII - perda da guarda;
- IX - destituição da tutela;
- X - suspensão ou destituição do poder familiar.

“O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho”.⁴²

“Como o poder familiar é um múnus que deve se exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que em síntese, afeta a célula familiar”.⁴³

“Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir”.⁴⁴

A lei disciplina casos de suspensão, destituição ou perda do poder familiar. Dispõe o artigo 1.637 do Código Civil de 2002:

Se o pai, ou mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerente, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.444.

⁴³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v.6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.327.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice, *Op cit.*, 2013, p.444.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão.

Segundo Silvio de Salva Venosa,⁴⁵ “as causas de suspensão do poder família descritas no Código Civil são apresentadas de forma genérica, dando margem ampla de decisão ao magistrado”.

O artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência à perda e suspensão do pátrio poder, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritas nos artigos 22. Esse dispositivo, por sua vez, refere-se aos deveres dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos, ainda, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Cabendo também aos pais assegurar a seus filhos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, o respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-lo a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da Constituição Federal de 1988).

A suspensão do poder familiar por ser uma medida menos grave pode ser cancelada, cessada a causa que a motivou e sempre para atender ao interesse da criança.

A suspensão pode ser total ou parcial. Como por exemplo “a proibição de o genitor ter o filho em sua companhia”.⁴⁶

O Estatuto da Criança e Adolescente no artigo 23 dispões que “a falta ou a carência de recursos não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

Já a perda ou destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos genitores por infringir um dever mais relevante.

Dispõe o artigo 1.638 do Código Civil, que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - Castigar imoderadamente o filho;

Há entendimento doutrinário de que só se caracteriza a infração se o castigo for excessivo. “Desse modo, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, implicitamente no Código Civil estaria admitindo o castigo físico moderado”.⁴⁷

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, Op cit., 2013, p.329.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** v.6, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.436.

⁴⁷ Ibid., 431.

Para Maria Berenice Dias,⁴⁸ “a tolerância para com o castigo moderado, consiste em ato de violência à integridade física do filho. Tal permissividade afronta um punhado de normas protetoras de criança e adolescentes”.

II - Deixar filho em abandono;

O abandono consiste na falta de assistência material, psicológica e intelectual da criança. Tem sido entendido ,que o abandono do filho não é mais causa de perda do poder familiar, redundando em mais problemas que solução para aquele.”⁴⁹

III - Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

A identificação da pratica de atos contrários á moral e aos bons costumes são aferidos objetivamente. O juiz deve considerar sempre o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Paulo Lôbo, cita como exemplo “para a perda do poder familiar quem for consumidor contumaz de bebida alcoólica, viciado em drogas e o incesto”.⁵⁰

IV - Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas para suspensão do poder familiar.

Tal norma visa a impedir as repetições de conduta que de forma isolada constitui a pena mais branda de suspensão do exercício do poder familiar.

O Código Civil de 2002 “não traça regras procedimentais para a extinção ou suspensão do poder familiar. Por inexistir incompatibilidade, permanecerão as do Estatuto da Criança e do Adolescente.”⁵¹ Logo, os procedimentos de perda ou suspensão do poder familiar terão início por iniciativa do Ministério Público ou quem tenha legitimo interesse (artigo 155 do ECA). Neste último caso qualquer parente tem legitimidade para propor a ação.

O prazo máximo para a conclusão do procedimento é de 120 dias (artigo162 do ECA).

A sentença que destitui ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida no efeito devolutivo (artigo 199 B do ECA).

A sentença que decreta a perda ou suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento da criança e do adolescente (artigo 163§ único do ECA).

Quanto à perda de guarda ou a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, atendendo o princípio do contraditório.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.447.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.309.

⁵⁰ *Ibid.*, 310.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Op cit.*, 2008, p.437.

Também a Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre alienação parental (conhecida também como “síndrome das falsas memórias” ou “síndrome de Medeia”), autoriza ao juiz, ouvido o Ministério Público, a aplicar sanções ao genitor que pratica conduta que dificulta a convivência familiar do filho com o outro genitor ou até outra pessoa da família. Dentre elas: advertência, ampliação do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, multa, determinar acompanhamento psicológico e /ou biopsicossocial, alteração do regime de guarda, fixação de domicílio, visitação assistida por profissional e suspensão da autoridade parental.

Assim dispõe o artigo 6º da Lei nº 12.318/10:

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

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienador;
- III - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para a guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.⁵²

Observa-se um rol gradual de sanções, sendo a mais grave a suspensão da autoridade parental. Contudo, em observância ao interesse maior da criança e em virtude de comportamentos graves (no caso, por exemplo, de abuso sexual), o juiz poderá determinar a destituição do poder familiar. Assim diz o artigo: 1.638 do Código Civil de 2002:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, em faltas autorizadoras da suspensão do poder familiar.⁵³

Quanto à sanção de suspensão prevista na Lei de Alienação Parental, Pablo Stolze Gagliano acredita que “ tal medida, enquanto se afigurar necessária, poderá subsistir, ou até que os filhos atinjam a plena capacidade civil, caso em que como se sabe, extingue-se o próprio poder familiar”.⁵⁴

⁵² BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **DOU** de 27 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

⁵³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU** de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional. v.6, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, 2012, p.618.

A referida síndrome é caracterizada pela interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos pais, avós ou alguém que tenha o infante sob sua guarda, autoridade ou vigilância, para odiar um dos genitores e assim causar prejuízo ao relacionamento.

Por fim, vem sendo referendado pelos tribunais brasileiros o reconhecimento de obrigação indenizatória por abandono afetivo. A tendência da justiça é de impor àquele pai faltoso o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho, em virtude da falta de convívio com este.

Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/ compensar no direito de família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art.227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem jurídico tutelado, leia-se, o necessário dever de criação educação e companhia - de cuidado -, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantem aos filhos, ao menos quanto à efetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludente ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via de recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. (STJ, REsp.1.159.242-SP (2009/0193701-9), Rel.Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012).⁵⁵

O abandono afetivo pode ser considerado uma falta do cumprimento dos deveres dos pais para com seus filhos, por não cumprirem com as responsabilidades inerentes ao poder familiar, como as obrigações de ordem afetiva. Inclusive, com base no artigo 1.638, II do Código Civil, pode ocasionar a perda do poder familiar.

Contudo, está sanção pode não ser uma penalidade para o pai que não cumpre com seus deveres, mas uma forma de premiação.

“A primeira discussão sobre este tema, ocorreu na justiça de Minas Gerais”⁵⁶, onde o autor ingressou com a ação alegando, que desde o divórcio de seus pais e o nascimento da irmã com a segunda esposa, “foi descurado pelo pai do dever de prestar assistência

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. REsp.1.159.242-SP (2009/0193701-9), Rel.Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012.

⁵⁶LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 311

psíquica e moral”, apesar de cumprir a obrigação da prestação de alimentos. Alegou ainda que, por não comparecimento do pai em “ocasiões importantes de sua vida” e atitudes displicentes, causou-lhe “extremo sofrimento e humilhação”.

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da efetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo efetivo, moral e psíquico deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG, AC 408.550-5, 7ª C. Civ., Rel. Unias Silva, j. 01/04/2004).⁵⁷

Com fundamentos nesses fatos ingressou com ação por danos morais, julgada improcedente em primeira instância.

O filho apelou para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que acolheu a apelação, decidindo que “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito a convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”.

O pai recorreu ao Superior Tribunal de Justiça que, reformou a decisão, entendendo que “a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária”.⁵⁸

O Supremo Tribunal Federal rejeitou o Recurso Extraordinário.

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo a aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código Civil de 1916 (arts. 186 e 927, CC/02) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provado. (STF, RE 567.164-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/05/2009).⁵⁹

⁵⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 471.

⁵⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO DE DANOS. STJ.Resp:757411MG2005/0085464-3, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data de julgamento: 29/11/2005, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 27/03/2006, p.299 RB vol.510, p.20 VER JMG, vol. 175p.438RT, vol.849, p.228. Disponível em: < www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. Disponível em: <www.stf.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

A indenização em pecúnia não irá reparar os danos que o genitor causar ao filho, em virtude de seu descaso, nem vai preencher o vazio de afeto não correspondido pelo pai, mas é uma forma de sanção para que os genitores reflitam sobre a responsabilidade inerente aos deveres de cuidado em relação aos filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento brasileiro através da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Os tribunais brasileiros já aplicavam este instituto, embora de forma tímida, com base nos princípios constitucionais e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como: Princípio da proteção integral, da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, dentre outros. Percebe-se a busca por um instituto de guarda ideal.

Levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mais importante que a fixação da guarda judicial é a maneira como ela é praticada, quando os pais respeitam e colocam o filho em primeiro lugar, a fim de que os interesses deste prevaleçam sobre qualquer outro interesse.

Sem dúvida, o instituto da guarda compartilhada possui benefícios incontroversos, pois ambos os pais participam conjuntamente dos deveres de criar, educar e assistir os filhos.

A guarda compartilhada é a espécie legal que mais se aproxima da relação entre pais e filhos, a permitir o desenvolvimento moral e intelectual da criança ou do adolescente, porque existe uma participação conjunta de ambos os genitores na vida dos filhos, nos deveres de cuidado e crescimento destes.

O instituto da guarda compartilhada tem o propósito de assegurar à criança e ao adolescente a manutenção de uma convivência saudável com seus pais, mesmo após a ruptura conjugal.

A lei diz que quando não houver acordo entre os pais o juiz deve aplicar, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Esse aspecto da lei remete ao tema mais polêmico da espécie, guarda compartilhada, que passa a ser a opção preferencial na sua determinação, tanto no consenso quanto no litígio entre os pais.

A tendência dos tribunais é a fixação da guarda compartilhada somente se houver diálogo, harmonia e civilidade entre os genitores.

Por outro lado, a corrente minoritária entende que tal instituto não necessita de consenso, sendo a opção preferencial da lei justamente para ser aplicada nos casos de dissenso entre os pais. E o juiz está autorizado a aplicá-la atendendo às necessidades específicas da criança e valendo-se de equipe multidisciplinar para auxiliá-lo a viabilizar sua aplicação. E, se não pudesse ser aplicada pelo juiz, se tornaria sem qualquer efetividade.

Percebe-se que, de acordo com o caso concreto e atendendo ao interesse da criança ou do adolescente, é possível que o juiz aplique o instituto da guarda compartilhada, mesmo sem o consenso, caso contrário, a lei não faria referência à sua aplicação na falta de acordo entre os pais.

A análise dos casos demonstra que a guarda compartilhada é de difícil operacionalidade uma vez que requer um elevado nível de maturidade, harmonia e complementariedade na conduta dos pais, e caso isto não ocorra o instituto fica comprometido em seu ideal de propiciar melhores condições de vida para os filhos.

Na verdade, o essencial é que os deveres de criar, educar e assistir possam efetivarse por ambos os pais, independente da espécie de guarda fixada para o caso concreto, para que, na medida do possível, se garantam os interesses dos filhos, sendo importante também que nenhum dos pais, de maneira egoísta, impeça o outro de cumprir com seus deveres parentais.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, Elizângela Santos de. Execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa e coisa incerta. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n.98, MAR 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura@artigo_id=11240>. Acesso em: 15 fev. 2014.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **DOU** 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU** de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **DOU** de 27 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **DOU** de 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **DOU** de 16 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso me: 15 fev. 2014.

_____. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. **DOU** de 29 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 383**. Dispõe sobre a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menores é em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO. Resp. 721.808/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, **DJU** de 19.9.2005, p.212.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativos do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA. STJ, CC 40.719/PE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, 2ª Seção, j. em 25-8-2004, DJ,6-6-2005, p.176. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ. CONSENTIMENTO MATERNO. PAI FALECIDO. DEFERIMENTO DE MEDIDA. STJ, REsp 1.186.086-RO,3ª T.,Rel.Min. Massami Uyeda, p.14/02/2011. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDOMO MORAL. REPARAÇÃO DE DANOS. STJ.Resp:757411MG2005/0085464-3, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data de julgamento: 29/11/2005, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 27/03/2006, p.299 RB vol.510, p.20 VER JMG, vol. 175p.438RT, vol.849, p.228. Disponível em: <www.stj.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. Disponível em: <www.stf.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Código de Organização judiciária**. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/servicos/pdf/codigo.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n.10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**.In: PELUSO, Cezar(coord.). 4.ed.rev. e atual. Barueri, SP: Manole,2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONIZETTI, Elpidio. QUINTELLA, Felipe. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DUARTE, Marcos. Concentração de processos na 16ª Vara de Família prejudica celeridade. **OAB-CE**. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2013/07/26/concentracao-de-processos-na-16a-vara-de-familia-prejudica-celeridade-diz-presidente-da-comissao-marcos-duarte/>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2013.v.6.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. Leme, SP: Pensamentos & Letras, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, 2012, v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.6, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência (comentários)**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v.5.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.v.2.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.00024.08.197958-5/001(1)**, relator Des. Vieira Brito, publicado no Diário de Justiça em: 22/06/2011.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE, Rosa Maria. **Código civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINTO, Margarida Maria de Souza. SOARES, Leandro Bruno. **Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará e legislação correlata**. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70056398118**, relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves., publicado no Diário da Justiça em: 25/10/2013.

REVISTA Síntese Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, jul.1999.

_____. São Paulo: Síntese, v.12, n. 63, dez./jan.2011.

ROSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo- Lei 8.069/90**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 8. ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010,

n.12.398/2011, n.12.399/2011, n. 12.424/2011, n.12.441/2011 e 12.470/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. rev. e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.v.6.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. In: **Âmbito jurídico**, Rio de Grande, XIV, n. 94, Nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura@artigos_id=10588>. Acesso em: 20 mar. 2014.

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