

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura como dever da família, dentre outros, propiciar à criança, ao jovem e ao adolescente o direito à alimentação e a convivência familiar e comunitária. Vislumbra-se que ambos são direitos fundamentais e sociais e portanto precisam ser respeitados e cumpridos.

Certamente quando a família convive de forma harmônica e equilibrada ambos os pais exercem o poder familiar de forma conjunta, fazendo com que a convivência seja desfrutada por ambos de forma livre e natural. Da mesma forma a família como um todo é responsável pela criação e educação dos filhos, ou seja, as despesas familiares são suportadas por ambos os pais, sem que haja discussão quanto à forma ou valores.

O ponto crucial é quando há ruptura das relações afetivas, e os efeitos recaem diretamente sobre os filhos, porque modifica a estrutura familiar e a organização a qual estavam acostumados, e trazem muitas vezes consequências prejudiciais no que se refere ao mudanças psicológicas e comportamentais.

Com efeito, é salutar a intenção do legislador em minimizar os efeitos fazendo com que a criança, jovem e adolescente possam continuar a relação afetiva com ambos os genitores sem que a ruptura do casal seja um trauma. Nesse contexto, surge a possibilidade de se estabelecer a co-responsabilidade e a permanência do elo afetivo entre pais e filhos, isto porque o modelo cultural até então aplicada era da guarda unilateral e geralmente exercida pela mãe.

Pois bem, a própria legislação brasileira foi evoluindo para amparar as mudanças sociais que estavam ocorrendo no que se refere as relações entre pais e filhos após as dissoluções afetivas.

Ressalta-se que os artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916 estabelecia como critério de guarda o consenso entre os pais, ou ainda levava em consideração a inocência do cônjuge na dissolução para resolver a guarda, sendo que existia preferência para que os filhos menores ficassem sob a guarda da genitora¹. Os dispositivos foram revogados pela Lei do

¹ Art.16 do Decreto-Lei 3.200/41 - dispõe sobre a organização e proteção da família – com redação dada pela Lei 5.582/70: “O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconhecerem, sob o poder da mãe, salvo se tal solução advier prejuízo ao menor.

Divórcio de 1977 que manteve o ajuste entre os cônjuges quanto a guarda, e a questão da inocência na causa do divórcio como critério para estabelecer a guarda dos filhos.

Com base na Constituição Federal de 1988, é que o legislador atento as transformações sociais, e mantida no Código Civil de 2002 passou a priorizar os interesse do menor, desvinculando a guarda dos filhos à verificação da culpa de um dos cônjuges, e prática de atribuir a guarda somente a genitora, enaltecendo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, igualdade dos cônjuges, atribuindo a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la.

É nesse cenário que o artigo 1583 do Código Civil de 2002 foi alterado pela Lei 11.698 de 2008 para disciplinar a existência da guarda unilateral e a guarda compartilhada. Naquela oportunidade a redação do art. 1584, §2º a aplicação da guarda compartilhada como uma faculdade do Juiz, quando ambos os genitores apresentassem plenas condições de exercer o poder familiar, mas fez referência ao termo “sempre que possível”.

Na tentativa de solucionar os conflitos familiares no que diz respeito a guarda dos filhos e possibilitar a convivência com ambos os pais, com a intenção de minimizar a alienação parental de um dos pais para com o outro, é que a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 alterou significativamente a aplicação da guarda compartilhada, não mais como uma faculdade mas como uma imposição quando ambos os pais tiverem condições de exercício do poder familiar.

Posto isso, é necessário maior reflexão no que se refere a nova sistemática da guarda compartilhada, sua eficácia, pertinência, efeitos na prestação alimentar, isto porque pela nova redação do art.1583 do Código Civil e possível verificar a ampliação conceitual para guarda compartilhada alternada.

2. GUARDA

2.1 Conceito

Segundo Beviláqua (2002, p.130) “ao pai e a mãe incumbe, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica sustentar, guardar e educar aqueles a quem deram a vida; velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los e prepara-los para a vida.”

Os pais possuem direitos e deveres advindos do poder familiar, (...) *que significa a um só tempo, poder-dever e direito.* (2013,p.1423).

O dever de guarda dos filhos se encontra no inciso II do art. 1634 do atual Código Civil, todavia este não se ocupou de conceituá-la em virtude do que o Estatuto da Criança e

do Adolescente em seu art. 33, define através das obrigações a ela inerentes: “(...) prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Diante do que foi dito acima se percebe a guarda como uma interveniência na vida dos filhos com o intuito de geri-la, no interesse destes últimos em virtude da sua menoridade assegurando-lhes o que seja melhor.

Na lição de Pontes de Miranda (1983, p. 94-101): “é sustentar, é dar alimentos, roupa e quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.

Cumpra asseverar que de uma forma geral, as questões relativas à guarda surgem quando da dissolução afetiva, ocasião em que será concedida a guarda a uma dos genitores de forma consensual, ou parte-se para o embate de quem ficará com a guarda do filho.

As espécies de guarda mais usada no ordenamento jurídico brasileiro é a guarda unilateral, atribuída a uma dos pais, ficando ao outro o direito de visitas ou de convivência; a guarda alternada que nada mais é do que uma espécie de guarda unilateral porque os filhos passam um tempo determinado com cada um dos pais e neste período cada um responde de forma individual e a guarda compartilhada que pressupõe a tomada de decisões conjuntas e responsabilidade de ambos em relação aos filhos.

Se faz necessário estabelecer a divisão em guarda física e guarda jurídica. Na guarda física a criança reside com algum dos pais. A guarda jurídica refere-se ao poder familiar em que ambos os pais se tornam responsáveis pelo sustento, criação, educação.

Desta forma na guarda unilateral estão juntas a guarda física e jurídica. Na guarda alternada também cada um dos pais nos períodos em que estão com a criança exercem a guarda física e jurídica. Na guarda compartilhada os direitos e deveres são conjuntos, ou seja, o exercício do poder familiar.

2.2. Guarda compartilhada e Guarda Alternada.

A redação do artigo 1583 de acordo com a Lei 11.698/2008, não deixava dúvidas de que na guarda compartilhada os pais ficavam ambos responsáveis pelos filhos, ou seja, ambos exerciam o poder familiar de forma conjunta, mas que a guarda física sempre ficava com um dos pais, ou seja, os filhos permaneciam a ter uma só residência, um só referencial.

Quando das primeiras construções conceituais no direito brasileiro não existia dúvida que a guarda compartilhada era apenas jurídica. Para o doutrinador Sérgio Gischkow (1986,

64): “Guarda compartilhada é a guarda jurídica atribuída a ambos os genitores; é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre o menor pessoas residentes em locais separados.”

Na mesma linha Rolf Madaleno (2010, p.210/2011):

Compartilhar a custódia dos filhos não significa repartir o tempo que a prole passa com cada um dos seus pais, como ocorre na guarda alternada, nem tampouco representar alternar a moradia dos filhos entre a casa do pai e a residência da mãe, mas significa unicamente que os filhos terão garantido o direito de se relacionarem em igualdade de condições com ambos os genitores, equilibrando o poder familiar.

Em entendimento diverso Maria Berenice Dias (2009, p.403) afirma:

Guarda Compartilhada significa dois lares, dupla residência, mais de um domicílio, o que aliás, é admitido pela lei (CC71). Fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer. Porém, não há qualquer impedimento que estipulem os genitores – de preferência por mediação – alguns pontos a serem observados por ambos. Assim, há possibilidade de ficar definida residência do filho com um dos pais.

Prossegue a doutrinadora (2009,p.403):

Não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, procede-se praticamente a divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores. Reside, por exemplo 15 dias na casa de cada genitor, ou períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro. Tal arranjo gera ansiedade e tem escassa possibilidade de sucesso.

Indiscutível que o instituto da guarda compartilhada passou por aprimoramentos, sempre na tentativa de buscar a tranquilidade da convivência do menor em relação aos pais, para que sua convivência não acarrete problemas futuros.

Cada um dos genitores são pessoas individualizadas e a criança quando acostumada na convivência diária de ambos, é natural que sinta falta quando há rompimento e cada um dos genitores passa a ter a sua casa, do convívio conjunto. Não se pode dividir afeto é um todo. Os filhos amam os pais de forma igual, ainda que em alguns casos, cada um, após a separação, pretenda que o amor do filho seja apenas seu.

Por outro lado, pela redação trazida pela Lei 13.058/2014, além do compartilhamento dos direitos e deveres, houve uma ampliação ao constar no texto que a convivência com ambos os pais deve ser feita de forma equilibrada, ampliando sem dúvida o conceito inicial

quanto a guarda compartilhada, sugestionando a possibilidade de uma guarda compartilhada alternada.

Em todas as hipóteses não restam dúvidas que o acordo de como será exercida a guarda seja compartilhada ou alternada, ou ainda conjugando as duas será a melhor forma de proteger os interesses dos filhos e para isso ambos os pais devem estar dispostos e esquecer os problemas do relacionamento e pensar exclusivamente na prole.

2.3. Da nova sistemática da Guarda Compartilhada – Da guarda alternada como espécie da guarda compartilhada

Com a redação da Lei 13.058 de 22.12.2014 os art. 1583, 1584, 1585 e 1634 sofreram as seguintes alterações:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. ([Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008](#)).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua ([art. 1.584, § 5º](#)) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. ([Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008](#)).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. ([Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014](#)).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. ([Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014](#))

§ 4º ([VETADO](#)).([Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008](#)).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. ([Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014](#))

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: ([Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008](#)).

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; ([Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008](#)).

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. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\).](#)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\).](#)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\).](#)

§ 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. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\).](#)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

Não houve alteração quanto o direito de visitas para quem não detenha a guarda e também como já mencionado alhures, o legislador silenciou quanto os alimentos na guarda compartilhada, pressupondo a mesma regra do artigo 1694, 1696 do Código Civil.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. [\(Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011\)](#)

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

De acordo com Grisard Filho (2005, p.154)

Nesse novo contexto, de raízes constitucionais, da paternidade responsável e da co-responsabilidade parental, a velha guarda exclusiva preferencial em outro momento histórico-social, cedeu lugar a outras modalidades de guarda, emergindo dentre elas a guarda compartilhada ou conjunta, que possibilita aos pais o exercício pleno do poder familiar em igualdade de condições, solução contemporânea à convivência dos pais com os filhos, incentivando o contínuo acompanhamento de suas vidas.

Se na redação do art. 1584 dada pela Lei 11.698/2008 a guarda compartilhada era uma faculdade do Juiz, que usava o termo preferencialmente. Na atual redação da Lei 13.058/2014 a guarda compartilhada é uma regra, ou seja, a aplicação é obrigatória, ainda que parte da doutrina entenda que desde 2008 sua aplicação era obrigatória, o fato é que pela nova redação do dispositivo fica mais impositiva a aplicação da guarda conjunta.

Refere o art. 1584, §2º, do Código Civil:

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

Destarte a previsão legal propicia a criança, adolescente o convívio materno e paterno de forma equânime, visando minorar os efeitos do rompimento dos pais na vida dos filhos. A pretensão é o melhor interesse da criança, fazendo com que os pais tenham participem efetivamente na vida dos filhos ao responsabilizar ambos os genitores pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, assegurando aos filhos o direito

"de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições." (LÔBO, 2011, p.200).

Outro aspecto é que atribuir apenas a um dos genitores o direito de visitas, faz com que os laços afetivos sejam muitas vezes diminuídos, ficando a cargo apenas de uma as escolhas e tomada de decisões. Sobre o fenômeno a Ministra Nancy Andriahi, relatora do Recurso Especial n. 1.251.000/MG, Terceira Turma, julgado em 31.08.2011, denominou de *pais de domingo*: A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado Sunday dads - pais de domingo.

Além disso, com o exercício apenas do direito de visitas ao genitor, geralmente o pai, que não detinha a guarda, era oportunizada a fiscalização, a qual na maioria das vezes sequer poderia ser exigida.

Não se pode olvidar que a nova lei visa aprimorar o instituto, mas sua aplicação depende de uma conscientização de que os filhos não podem sofrer as consequências pela falência da relação afetiva. Sabido que a guarda compartilhada na sua essência não pode sofrer resistência dos genitores, entretanto, a nova redação atribuiu sua aplicação de forma impositiva. Grande parte da doutrina e tribunais atribuem a aplicação da guarda compartilhada pelo consenso.

Contrários a esse posicionamento, Farias e Rosenvald (2013, p.489):

[...]o palco mais iluminado para o exercício conjunto da guarda é, exatamente, o litígio, quando (e o cotidiano nas varas de família revela tal conclusão como inexorável) o genitor que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro instrumento de chantagem, dificultando, de diferentes modos, o contato entre o pai-não guardião e o menor. Percebe-se às escâncaras: a guarda unilateral acirra o litígio, quando um dos pais tem cerceado o convívio cotidiano com o filho. Basta notar a angústia que toca ao genitor que somente pode estar com o seu próprio filho de quinze em quinze dias e, mesmo assim, por meras quarenta e oito horas... É aqui que o pai-guardião usa a criança como objeto de seus interesses, condicionando o contato pai-filho à obtenção de vantagens ou mesmo simplesmente obstando qualquer situação não regulada, sob o argumento de que o juiz determinou que a visita ocorresse naquele período como se a decisão tivesse o condão de fazer cessar o laço afetivo nos outros dias.

A tendência à ampliação do instituto da guarda compartilhada para um modelo de guarda compartilhada alternada, tem sua origem no direito americano, o instituto do "joint physical custody", a guarda alternada como compartilhada, pressupõe o exercício concomitante

do poder familiar com a guarda física, ou seja, a criança tem sua residência atribuída em dois lares distintos, mas com maturidade dos pais visando o melhor interesse da criança e adolescente.

É possível perceber ainda que de forma tímida alguns situações em que percebe-se a tendência da guarda alternada como uma espécie de guarda compartilhada, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA.CONSENTO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. [...].2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.11. Recurso especial não provido. Recurso Especial n. 1.251.000/MG, relatora Min^a. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 31.08.2011.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE **GUARDA C/C ALIMENTOS** E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. SENTENÇA QUE DEFERIU A **GUARDA UNILATERAL** A MÃE. RECURSO QUE OBJETIVA APENAS A **GUARDA COMPARTILHADA** DA MENOR. PAIS QUE APRESENTAM IGUAIS CONDIÇÕES PARA DETER A **GUARDA** DA INFANTE. **GUARDA UNILATERAL DESACONSELHADA**. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Para definição da **guarda**, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades da criança, de ordem afetiva, social, cultural e econômica. II - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o estudo social realizado indicam que ambos os genitores possuem condições idênticas para exercer a **guarda** do infante, recomendável é a aplicação da **guarda compartilhada**. III - Assim, diante do conjunto de evidências, deve ser estabelecida **aguarda compartilhada** da menor em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar. IV - A **guarda** unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses do menor, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame. TJSC. Apelação Cível n. 2013.022737-6, de Lages, relator Des. Joel Figueira Júnior, Sexta Câmara de Direito Civil, DJe de 10.02.2014.

Oportuno asseverar que inexistente um modelo predeterminado para o exercício da guarda compartilhada, podendo sua concretização iniciar pela guarda compartilhada simples, em que ambos os genitores detêm responsabilidades iguais ou o modelo de guarda compartilhada alternada que além das responsabilidades conjuntas os filhos passam a residir ou permanecer com cada um dos genitores em espaço de tempo maior. Claro que nessa última não poderá ser alterada imediatamente a rotina da criança, mas sim estabelecer uma fase de transição, para a concretização do novo arranjo familiar.

Dentro desse contexto poderá o juízo estabelecer com base no estudo social e psicológico a parâmetros para o início da ampla convivência a ambos os genitores, razão pela qual a interdisciplinaridade é de grande importância para o sucesso da aplicação do instituto, e também para que o Magistrado possa tomar sua decisão na certeza de que estará consagrando os princípios constitucionais e acima de tudo o melhor interesse dos filhos.

3. DO DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA ALTERNADA.

Se o filhos permanecerem residindo com um dos genitores, permanece o outro com a obrigação alimentar aplicado o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade².

A doutrinadora Maria Berenice Dias (2009, p.456) observa, com muita propriedade, o seguinte:

Para definir valores há que se atentar ao dogma que norteia a obrigação alimentar: o princípio da proporcionalidade. Esse é o vetor para a fixação de alimentos. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins (...). Ora, deve ser sopesado no caso sob análise a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, garantindo tanto a manutenção do alimentado, quanto à subsistência daquele que tem o dever de prestar os alimentos, considerando o dever de assistência decorrente da relação familiar, o dever de sustento, pautados nos princípios da solidariedade e da responsabilidade. Além disso, é certo que a pensão alimentícia pode ser modificada, majorando-se a responsabilidade alimentar do devedor, desde que reste comprovada a existência de modificação do binômio necessidade/possibilidade.

Nesse sentido é a lição de Rolf Madaleno (2011, p. 155):

Os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e portanto, amparar uma ajuda familiar integral. De acordo com o artigo 1.694 do Código Civil, podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir, uns aos outros, os alimentos por eles necessitados para viverem de modo compatível com a sua condição social, inclusive atender às obrigações de sua educação.

Precisamente os alimentos na guarda compartilhada deverá levar em consideração se guarda simples. Nesse caso o arbitramento de alimentos considera a residência do menor, certamente aquele que detém a guarda física terá mais gastos que o outro, e desta forma o outro deve contribuir com valores a título de alimentos.

Por outro lado, se aplicada a guarda compartilhada alternada em que o menor fique de forma equilibrada com os dois genitores, é possível estabelecer valores referente apenas a gastos extraordinários.

² (...) I - Como corolário do critério da proporcionalidade, estatuído no artigo 400 do Código Civil anterior, e 1.694, § 1º, do atual, o pensionamento deve atender tanto às necessidades do alimentando quanto às possibilidades do alimentante, (...) (STJ. REsp 595.900/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 12/02/2007.

Cumpra-se asseverar que a fixação de alimentos não é incompatível com a guarda compartilhada, e quando ambos os genitores exercem atividade laborativa, e não sendo extraordinário os gastos com o filho, cabe a ambos os genitores arcar com as despesas do infante no período em que está em seus cuidados.

Outro aspecto que deve ser levado em conta é que dependendo da forma de guarda determinada na sentença, ou convencionalizada, e ainda sendo exercida de forma compartilhada alternada, ambos os genitores terão despesas com alimentação, moradia, transporte do filho, lazer, vestuário, devendo neste caso ficar ressalvada as despesas extraordinárias e fixar a divisão, sempre considerando o trinômio.

4. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES E A PREVISÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Indubitavelmente nas relações familiares cada vez mais visível a necessidade de conciliações e mediações como forma de resolução dos conflitos. Na mesma sistemática as alterações no Código Civil advindas da Lei 13.058/2014 estabelece como forma de estabelecer a decisão condizente com o interesse e necessidade do menor através de orientações técnico-profissional e equipe interdisciplinar.

Atento as necessidades das matérias atreladas ao direito de família o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16.03.2015, estabeleceu um capítulo com procedimento especial intitulado das “Ações de Família”.

Nos artigos transcritos abaixo, é perceptível a preocupação em que nas ações envolvendo litígios familiares, sempre que possível, deverá ser feito a mediação, conciliação e auxílio de profissionais especializados (psicólogos, assistente sociais e outros).

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Assim, ainda que em um primeiro momento possa parecer utopia a aplicação dos dispositivos acima, deve-se considerar que atualmente as Varas de Família já possuem em muitos casos profissionais que tentam resolver os impasses por meio do diálogo e com auxílio de profissionais para que as lides possam ser resolvidas de forma amigável ainda que já instalado o processo litigioso.

Portanto, é com esta tendência que a sociedade vive uma fase de transição para que no futuro as crianças, adolescentes possam conviver de forma igual e sem qualquer interferência com os genitores, nos casos de ruptura da relação afetiva dos pais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, é possível perceber que ainda é necessária uma maior reflexão sobre o tema, sobretudo a *mens legis* quanto a aplicação da guarda compartilhada e a guarda compartilhada alternada, na nova redação do art. 1583 do Código Civil.

A inserção da possibilidade da guarda compartilhada na legislação brasileira, foi um avanço e uma forma de aplicar os princípios constitucionais, sobretudo alcançar a dignidade da criança, jovem e adolescente em exercer seu direito em continuar a conviver com ambos os pais independentemente do final da relação afetiva.

É certo que havendo consenso entre os pais a respeito da guarda seja unilateral, compartilhada ou ainda compartilhada alternada e quanto o sustento dos filhos, os efeitos são benéficos aos filhos, entretanto, como geralmente não é o que ocorre no dia a dia forense, se faz necessário norma que discipline a guarda, e traga possibilidades de resolução de conflitos.

Inexorável que para a determinação de sentença determinando a guarda compartilhada é indispensável um estudo técnico de profissionais habilitados como assistente social e psicólogo para auxiliar na decisão do magistrado.

Para isso a conciliação e a mediação será uma ferramenta favorável quando ambos os pais tiverem condições de exercer o poder familiar e ao invés de ter que cumprir determinação judicial possam cada um cedendo e visando o bem estar da prole, acordar como a guarda compartilhada será exercida, até porque podem estabelecer a dinâmica de acordo com suas necessidades.

Em suma deve ser adotado uma interpretação em consonância com todos os princípios norteadores da Constituição Federal, mas principalmente visando o melhor interesse da criança, buscando alcançar um modelo baseado no respeito mútuo entre os pais para o bom desenvolvimento psíquico, emocional, intelectual, social dos filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autora da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 38ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. **Dispõe sobre a organização e proteção da família**. Diário Oficial. Rio de Janeiro, 19 de abril de 1941.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial. Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1583,1584,1585 e 1634 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significada da expressão “guarda compartilhada” e dispor sua aplicação**. Diário Oficial. Brasília, 24 de dezembro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 5ª.ed.rev.atual.e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais,2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 5ª. ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2010.

LEIRA LUZ, Maria Lúcia. Guarda Compartilhada – A Difícil Passagem da Teoria à Prática: a Realidade da Lei nº 11698/2008, São Paulo, Revista Síntese Direito de Família, v. 13, n. 70, fev/mar. 2012, p.91.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Famílias. v. 6. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREITAS PULLIPS, Douglas. Primeiros Reflexos da Guarda Compartilhada, São Paulo, Revista Síntese Direito de Família, v. 15, n. 80, out/nov. 2013, p.98.

LEIRA LUZ, Maria Lúcia. Guarda Compartilhada – A Dificil Passagem da Teoria à Prática: a Realidade da Lei nº 11698/2008, São Paulo, Revista Síntese Direito de Família, v. 13, n. 70, fev/mar. 2012, p.91.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 3. ed. rev., atual. e ampl.

DIMOULINS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2011.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família.** Rio de Janeiro: Método, 2010.

_____. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado,** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional,** 5ª. ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte Especial.** 4ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. VIII, 1983.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda Compartilhada,** Comentários à Lei nº 11.696/08. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2008.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos,** 4ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.

_____. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro.** *Ajuris*, Porto Alegre, XII (36),53-64,mar.1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª edição. Revista e atualizada até a emenda Constitucional n.57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, CARLOS HENRIQUE, **Ações de Direito de Família no Novo Código de Processo Civil,** São Paulo, *Revista Síntese Direito de Família*, v. 15, n. 85, ago/set. 2014, p.9.