

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BELO HORIZONTE - UNIBH

MILENA BARROS ANDRADE

WANESSA CARLA ARAÚJO NETO

**OS IMPACTOS DA GUARDA ALTERNADA NA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR
ALIMENTOS E DESENVOLVIMENTO DO MENOR**

**PROFESSOR ORIENTADOR: BRUNO MIGUEL PACHECO ANTUNES DE
CARVALHO**

Belo Horizonte

2023

MILENA BARROS ANDRADE

WANESSA CARLA ARAÚJO NETO

**OS IMPACTOS DA GUARDA ALTERNADA NA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR
ALIMENTOS E DESENVOLVIMENTO DO MENOR**

**Projeto de Trabalho de Conclusão
de Curso (TCC) apresentado ao
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE
BELO HORIZONTE, como
requisito parcial para bacharelado
em Direito.**

**Orientador: Prof. Bruno Miguel
Pacheco Antunes de Carvalho.**

Belo Horizonte

2023

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradecemos a Deus por sua graça e bondade que nos acompanhou e permitiu com que chegássemos até aqui, nos ajudando a ultrapassar cada percalço. Aos nossos familiares que nos apoiaram, dando força e incentivo para alcançarmos nossos sonhos, nos fazendo lembrar sempre de quem somos e do quanto somos capazes. Aos nossos professores, que contribuíram imensamente para o êxito de cada passo durante a graduação, ensinando e somando continuamente para nosso crescimento profissional e pessoal, em especial para nosso professor e orientador Bruno Miguel Pacheco Antunes de Carvalho, que não mediu esforços e sempre se dispôs a nos ensinar e nos guiar no caminho da educação.

*“O sucesso é a soma de pequenos esforços repetidos
dia após dia.”*

Robert Collier

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro adota apenas dois tipos de guarda, sendo elas, guarda compartilhada e unilateral, excluindo-se, portanto, a modalidade de guarda alternada, que por sua vez não encontra qualquer respaldo jurídico para vigorar no Brasil. Contudo, comumente se vê tal instituto incidir em decisões judiciais prolatadas por tribunais, como Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça de São Paulo, chegando até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, sendo evidente principalmente em sentenças de natureza homologatória. Dessa forma, foi necessário evidenciar no presente estudo os impactos da guarda alternada no que tange a obrigação de prestar alimentos e desenvolvimento do menor, levando em conta os princípios basilares da guarda, como melhor interesse da criança, proteção integral e paternidade responsável. Realizou-se, então, pesquisas bibliográficas, bem como, jurisprudências dos tribunais, além de legislações como a Norma Pátria e Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante disso, verificou-se que o instituto da guarda alternada é sutilmente aplicado na prática pelos tribunais brasileiros, desencadeando contínuos problemas referentes a obrigação alimentar, que sequer possui respaldo jurídico para aplicação nesta modalidade de guarda, já que o menor se encontra constantemente em dois lares. Além disso, constatou-se grande incidência de abalo ao desenvolvimento do menor, que é submetido a pluralidades de rotinas, educação e vivências, o que corrompe a imprescindível referência de lar, causando impactos que comprometem por completo o bom desenvolvimento da criança.

Palavras-chave: Guarda alternada; melhor interesse do menor; proteção integral; obrigação de prestar alimentos; proporcionalidade; desenvolvimento do menor; referência de lar.

ABSTRACT

The Brazilian legal system adopts only two types of custody, namely, shared and unilateral custody, therefore excluding the type of alternating custody, which in turn does not find any legal support to be in force in Brazil. However, this institute is commonly seen to affect judicial decisions handed down by courts, such as the Court of Justice of Minas Gerais, the Court of Justice of São Paulo, and even the Federal Supreme Court, being evident mainly in sentences of a ratifying nature. Therefore, it was necessary to highlight in the present study the impacts of alternating custody in terms of the obligation to provide food and development of the minor, taking into account the basic principles of custody, such as the child's best interests and full protection and responsible parenthood. Bibliographical research was then carried out, as well as court jurisprudence, in addition to legislation such as the National Standard and the Child and Adolescent Statute. In view of this, it was found that the institute of alternating custody is subtly applied in practice by Brazilian courts, triggering continuous problems regarding the maintenance obligation, which does not even have legal support for the application of this type of custody, since the minor is constantly in two homes. Furthermore, there was a high incidence of harm to the development of the child, who is subjected to a plurality of routines, education and experiences, which corrupts the essential reference of home, causing impacts that completely compromise the child's good development.

Keywords: Alternating guard; best interests of the minor; comprehensive protection; obligation to provide maintenance; proportionality; development of the minor; home reference.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	8
2 - PRINCÍPIOS NORTEADORES DA REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA	8
2.1 – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	9
2.2 – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL	10
2.3 – PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL	10
3 - A ORIGEM DA GUARDA NO BRASIL E A MUDANÇA NO CONTEXTO FAMILIAR	11
4 – DIFERENÇA ENTRE PODER FAMILIAR E GUARDA	13
5 – EXPECTATIVA DA GUARDA ALTERNADA E SUA INCOMPATIBILIDADE	14
6 - IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO DO MENOR	17
7 – OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E SEUS REFLEXOS	18
7.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	18
7.2 APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE	21
8 – CONCLUSÃO	21
9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	22

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a pesquisar e expor os impactos causados pela guarda alternada, analisando seus atributos e investigando suas consequências. Tal temática torna-se pertinente por se tratar de uma situação de suma relevância quanto ao melhor interesse da criança e seu desenvolvimento, além disso, torna-se extremamente significativa por ter vínculo direto com direitos constitucionais pela lei maior designados, como o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar, com prioridade absoluta, os direitos das crianças e dos adolescentes, à exemplo do direito à vida, à saúde, à alimentação e à educação.

A análise desse instituto é imprescindível para além da ótica do mínimo existencial do menor, e sim, para verificar e expor se os atributos da guarda alternada amparam os direitos em lei consignados. Dessa forma, deseja-se analisar a eficácia da referida modalidade de guarda, examinando pela ótica do melhor interesse da criança e expondo se acarreta ou não, em prejuízos ao menor.

Além disso, cumpre ressaltar que, planeja-se verificar a existência de normas regulamentadoras que amparem este instituto de guarda, considerando diversos entendimentos jurisprudenciais em alguns dos tribunais brasileiros, mas em específico, o Tribunal de Minas Gerais, Tribunal de São Paulo, Supremo Tribunal Federal, bem como, entendimentos doutrinários.

Ainda serão analisados, os impactos das decisões dos referidos tribunais, quanto a abrangência do tema em questão, analisando se há influência dessas medidas quanto a repercussão do instituto da guarda alternada e se há impactos disso diante ao poder judiciário.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA

Inconteste é que a guarda visa a proteção integral dos interesses dos incapazes, haja vista tratar-se de indivíduos dotados de extrema vulnerabilidade e fragilidade. A guarda é um instituto jurídico de direitos e deveres atribuídos a pessoas capazes de exercê-la, seja pela guarda civil ou estatutária.

Neste sentido, cumpre destacar o entendimento da estimada escritora, Silvana Maria Carbonera, que define guarda como:

Instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (CARBONERA, 2000, Pg. 64).

Dado tal contexto, cumpre-se afirmar que os princípios basilares da instituição da guarda buscam resguardar integralmente a proteção e melhor interesse do menor, acautelando sua vida, desenvolvimento e educação.

O melhor interesse do menor, inaugura a ideia de que as crianças devem ser tratadas como seres possuidores de direito, personalidade e necessidades de proteção e garantias. Tal princípio busca garantir ao menor que seus interesses sejam priorizados em meio aos debates.

Sabe-se que comumente vislumbra-se em litígios familiares extrema incidência de disputas de interesses pessoais, em que os indivíduos capazes colocam em primeiro plano seus próprios desejos, ignorando por completo a melhor realidade a ser proporcionada aos menores.

Dessa forma, pode-se afirmar que o melhor interesse do menor busca acautelar a priorização das necessidades do infante, fazendo com que seus interesses se sobreponham a qualquer litígio, o que também inaugura a ideia do Princípio da Prioridade Absoluta, que estabelece que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser tutelados com absoluta prioridade.

O conceito do melhor interesse da criança é amparado pelo artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece os deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e ao adolescente.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Além disso, pode-se afirmar que o melhor interesse da criança acompanha o princípio da Proteção Integral, amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º da lei 8.069/90.

O instituto da Proteção Integral busca zelar pelo menor garantindo-lhe melhores condições de vida, desenvolvimento e educação. Sabe-se que tal princípio impede que o menor seja tratado como mero objeto, ou seja, sem levar em conta o lado emocional e o psicológico.

A proteção integral ampara plenamente todos os interesses do menor, prezando pela garantia de todas as suas necessidades, fazendo com que cada peculiaridade seja piamente considerada nas decisões que impactam diretamente a vida do incapaz.

Torna-se necessário destacar por derradeiro, que os princípios em destaque ensejam a proteção de indivíduos completamente vulneráveis, que não conseguem por si garantir a própria segurança, muito menos fazer escolhas que delimitarão todo o trajeto de suas vidas.

Não há dúvidas de que as crianças necessitam do apoio de indivíduos capazes de lhes assegurar a melhor qualidade de vida possível, acautelando cada interesse do menor, zelando sempre pela priorização de suas necessidades, o que por certo lhes garantirá um salutar desenvolvimento.

Dessa forma, pode-se afirmar com indubitabilidade que os responsáveis pelos incapazes devem ser indivíduos repletos de presença, responsabilidade e zelo, o que deve ser ponto crucial nas análises judiciais.

Destaca-se que a guarda é um direito-dever dos pais, sendo dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono e direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho (RODRIGUES, 1995, Pg. 344).

Ainda em tempo, cumpre destacar o princípio da paternidade (maternidade) responsável, que promove a imprescindibilidade do compromisso dos pais na relação filial, ou seja, evidencia a importância da responsabilidade dos genitores na criação e desenvolvimentos dos menores.

Além disso, tal princípio estimula a necessidade de planejamento e priorização da instituição familiar, fazendo com que os genitores entendam seu papel crucial na formação dos filhos, a fim de evitar casos de abandono material e afetivo por parte dos representantes.

A paternidade responsável começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do Artigo 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental.

Os princípios supracitados buscam garantir aos menores os direitos fundamentais que todos possuem: vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e proteção no trabalho, ou seja, tudo para que possam exercer a cidadania plena.

Não há dúvidas de que as crianças devem ser tratadas pelo viés da equidade, isto é, tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior. Além disso, sabe-se que os interesses dos incapazes devem ser compreendidos como ponto de extrema relevância e seriedade.

Dessa forma, torna-se fulcral a observância e aplicação dos princípios norteadores da aplicação da guarda, com cunho específico de resguardar o melhor interesse e proteção dos menores.

3. A ORIGEM DA GUARDA NO BRASIL E A MUDANÇA NO CONTEXTO FAMILIAR

O instituto da guarda passou por mudanças significativas ao decorrer das últimas décadas, pois sabe-se que sempre houve conflitos e litígios no meio familiar, porém, até o ano de 2002, nada havia sido regulamentado, em que pese a vinda da Constituição de 1988 ter chegado para dar maiores garantias e direitos, em especial à criança e ao adolescente.

Entretanto, o instituto da guarda compartilhada surgiu antes mesmo de ser regulamentado, embora sujeito a falhas naturais da falta de regulamentação. Tais lacunas

surgiram, pois, a regra foi definida pela guarda unilateral, sem adequar critérios ou parâmetros para a tomada de decisão do genitor mais adequado para deter a guarda.

Sendo assim, a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, além de todas as questões cíveis, trouxe também um artigo importante em defesa da guarda. Lê-se:

Art. 1.584 Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (BRASIL, 2002).

Observa-se que até então, a regra era a guarda unilateral, fazendo com que um dos genitores se afastasse das decisões da vida do próprio filho e do acompanhamento integral em todos os âmbitos. É evidente que traz danos ao genitor que não detém a guarda, porém, cumpre destacar os danos irreversíveis da ausência de um genitor, na vida de uma criança.

Aliado a isso, caso seja observado o contexto histórico-cultural do país, a maioria das vezes a guarda era concedida à genitora, pois era a figura familiar mais afetiva, justamente pelo fato de ser a mulher que cuidava do lar, da família e da casa, enquanto o genitor era o “provedor do lar”, sendo possível identificar até mesmo no seio familiar, a desigualdade de gênero. O que será explorado no decorrer do estudo, com as evoluções das leis após a aplicabilidade da Lei nº 10.406/2002.

Sendo assim, houve, após alguns anos, uma regulamentação específica sobre a guarda dos menores através da Lei 11.698/2008, especificadamente os artigos 1.583 e 1.584, tratando desde então a guarda compartilhada como uma regra e a guarda unilateral consequentemente a sua exceção.

Uma das exceções claramente consideradas, eram em casos de negligência por parte de um dos genitores, uso de drogas ilícitas, violência, ou qualquer característica que poria em risco a integridade física e mental do menor envolvido.

Por fim, após várias mudanças e impactos evidentes na ausência de mais especificidade e olhar cauteloso sobre um tema tão delicado, a última lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que atualmente se encontra vigente, veio para otimizar as relações e direcionar o Judiciário em alguns pontos. Alterando especificadamente os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 do Código Civil.

Destaca-se a alteração no seguinte texto:

Artigo 1.583, § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores 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 (BRASIL, 2002).

Tal alteração, permite que o genitor que não detenha a guarda, possa ter o mesmo acesso à informação inerentes ao menor, o que não tinha previsão nas leis anteriores. Além disso, a lei 13.058/2014, trouxe mais igualdade entre os genitores e estímulo à cooperação, visando o bem-estar e melhor interesse da criança.

As mudanças apresentadas, foram necessárias e viscerais para o desenvolvimento não somente do menor, mas das relações parentais no geral. É importante recordar, que, a sociedade emergiu de um contexto legal e jurídico interposto de misoginia e machismo, conseqüentemente, muitas leis precisariam moldar-se, uma vez que a instituição familiar anteriormente refletia uma estrutura completamente divergente dos princípios atuais de igualdade de gênero, considerando sobretudo os direitos e garantias estabelecidos na Constituição de 1988.

4. DIFERENÇA ENTRE PODER FAMILIAR E GUARDA

Poder familiar é um instituto jurídico que garante uma série de direitos e deveres firmados entre pais e seus filhos incapazes. Destaca-se que, a expressão supracitada fora introduzida pelo Código Civil de 2002, sendo outrora chamada de “pátrio poder” o que à época inaugurou um preceito completamente arcaico, no qual o genitor exercia tal poder de forma predominante, sendo considerado como o “homem da casa”.

Sabe-se que com o advento do Código Civil de 2002 o preceito de “pátrio poder” tornou-se completamente ultrapassado. Dessa forma, passou-se a considerar ambos os genitores como titulares igualitários desse poder, extinguindo por completo qualquer ideia de desigualdade anteriormente existente.

O instituto do poder familiar é retratado pelo Artigo 1634 do Código Civil e Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que se destaca o dever dos pais

em dirigir a criação e educação dos filhos, prover ou negar consentimento para se casar, além de proverem seu sustento e exercerem sua guarda, dentre outros.

Convém destacar a conceituação de "pátrio poder" de acordo com Ivio Rodrigues

O conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. (RORIGUES, 2002, p. 398).

Passo adiante, convém destacar que a guarda é um dos atributos do instituto do poder familiar, podendo ser exercida unilateralmente por um genitor ou de forma compartilhada por ambos. A guarda corresponde ao dever de resguardar o filho incapaz, abrangendo ao poder de prestar ao menor toda a assistência devida.

O genitor terá o poder familiar mesmo que não detenha a guarda, pois conforme outrora destacado tal poder destinar-se a ambos os genitores. A concessão da guarda pode ser revogada a qualquer momento, caso a situação mude e seja fator crucial para a criança, sempre devendo se amparar nos princípios basilares da guarda, como melhor interesse da criança e proteção integral.

O poder familiar pode ser suspenso ou extinto mediante certas circunstâncias, como quando houver abuso de autoridade pelos genitores, ausência de deveres, podendo ainda ser extinto pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação ou maioridade do filho ou por decisão judicial, aplicada aos pais que submeterem suas crianças a castigos imoderados, abandono ou que praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes.

Pode-se de afirmar, que a guarda dos filhos menores e incapazes é um dos deveres que decorrem do feixe de poderes a que denominados de poder familiar, que devem ser crucialmente seguidos pelos genitores, como uma série de direitos/deveres a eles atribuídos.

5. EXPECTATIVA DA GUARDA ALTERNADA E SUA INCOMPATIBILIDADE

O instituto da guarda alternada consiste na premissa de que o ambos os pais poderiam exercer unilateralmente a guarda do filho menor por lapso um temporal definido, ou seja, se trata da distribuição de tempo em que a guarda deve ficar com cada um dos genitores.

Na prática, comumente se vê este tipo de modalidade sendo exercida quando o menor passa semanas alternadas com cada um dos genitores ou até mesmo quinzenalmente na residência de cada um. Dessa forma, tem-se que a genitora seria guardiã e responsável durante um determinado tempo e o genitor seria o guardião e responsável durante o tempo posterior, sendo assim consecutivamente.

Ainda sob esse prisma, cumpre destacar algumas decisões prolatadas em sentenças, majoritariamente homologatórias, na qual o magistrado ignora as especificidades e falta de regulamentação da guarda alternada, concedendo-a. Veja uma delas:

Apelação. Divórcio consensual. Intervenção do Ministério Público como terceiro interessado. Acordo celebrado na fase pré-processual, no CEJUSC, homologado judicialmente que fixou guarda alternada, em prejuízo aos menores, sem a intervenção do Ministério Público. Nulidade. Ocorrência. Interesse de menor, não preservado. Decreto de nulidade da citação e dos atos processuais seguintes, devendo o feito voltar a ter curso com a intervenção do Ministério Público em primeiro grau. Decisão reformada. Recurso provido com determinação. (TJSP; Apelação Cível 0001438-62.2021.8.26.0281; Relator (a): Coelho Mendes; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - CEJUSC (Pré-Processual); Data do Julgamento: 16/08/2022; Data de Registro: 24/08/2022) (São Paulo, 2022)

A grande expectativa contida nesta modalidade se enquadra na ideia de que os menores poderiam criar vínculos nos dois lares, estando próximos e encaixando suas rotinas ao convívio de cada um dos genitores, além de estarem livres de qualquer tipo de escolha no que se refere ao lar que desejam viver.

Ocorre que, como dito, na referida modalidade de guarda há inserção de mudanças contínuas na vida do menor, que é obrigado a se mudar de lar para lar em pouco espaço de tempo, fazendo com que a criança perca o referencial de família, em razão das diversas mudanças em seu cotidiano.

Não há dúvidas de que a constante troca de casas seria prejudicial ao equilíbrio do menor, que se vê inserido em duas rotinas, educações e hábitos diferentes, o que se torna extremamente prejudicial a sua estabilidade e desenvolvimento. Sendo assim, o Tribunal de Minas Gerais, em sede de apelação, tem recente entendimento pacificado sobre o tema em questão.

APELAÇÃO CÍVEL - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO DE GUARDA - GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA - DÚVIDA QUANTO AOS BENEFÍCIOS/PREJUÍZOS A FORMAÇÃO DA INFANTE - ESTUDO SOCIAL - NECESSIDADE - SENTENÇA PARCIALMENTE CASSADA.

- De forma que seja determinada a guarda compartilhada, necessário a demonstração inequívoca dos benefícios a serem trazidos ao infante, sendo imprescindível que a relação entre os pais seja respeitosa e harmoniosa.

- É fato que a ausência de uma residência fixa para o menor e as repetidas alterações do exercício da guarda podem causar demasiado transtorno ao seu interesse, em vista das segundas modificações de ambiente e de rotina familiar, incumbindo ao Judiciário zelar pelo sereno equilíbrio da criança, de modo a possibilitar o seu desenvolvimento integral, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social.

- Não é menos certo que cada núcleo familiar e cada criança tem a sua singularidade, devendo questões controversas que envolvam o melhor interesse da criança e do adolescente ser decididas mediante estudo psicossocial prévio da família em contexto.

- Visando como escopo maior da Lei, que é a proteção da criança e do adolescente, salvaguardando seu melhor interesse, mostra-se prudente cassar a sentença, devendo o acordo formulado ser eventualmente homologado apenas após a realização de estudo social do seio familiar, de modo a garantir, com a certeza que se faz necessária, qual o modelo de guarda que melhor atende a singularidade da menor. (TJMG – Apelação Cível, 1.0000.21.202561-3/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 05/05/2022, Data da publicação da súmula: 17/05/2022) (Minas Gerais, 2022).

Destaca-se que muitos pais optam por esta modalidade por considerarem apenas o próprio benefício, aproveitando dos dias contínuos que estarão distantes dos filhos para viverem uma vida isenta de quaisquer responsabilidades.

Doutro lado, encontra-se o menor, perdido em meio a dois lares opostos. Há de se afirmar que para os filhos em tenra idade, as diversas mudanças podem causar extrema dificuldade de adaptação e abalo ao desenvolvimento.

Já com relação aos filhos jovens pode acarretar a descrença de rotina e hábitos, fazendo com que estes se utilizem das trocas de residência para se livrarem de possíveis situações de conflito, já que em cada lar encontram educação, rotina e convívios diferentes.

Importante torna-se destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não adota a modalidade de guarda alternada, contudo esta é percebida sorrateiramente em diversas decisões que a fixam na prática.

Não há dúvidas de se deve prezar pela conexão existente com os genitores, mas isso não significa que seja necessário alternar a residência do menor, haja vista se findar completamente divergente com os princípios basilares da guarda, conforme estudado anteriormente.

6. IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO DO MENOR

Sabe-se que o ponto mais preocupante em qualquer discussão acerca da guarda familiar, é o bem-estar emocional e psíquico do menor envolvido, a ponto de que em todos os processos judiciais que há essa discussão, faz-se necessário a produção de prova através do estudo psicossocial.

Além disso, é de suma importância considerar relatórios e laudos médicos, seja de psiquiatra, onde atestará algum ponto de atenção, ou seja do psicólogo que atestará a respeito da saúde mental do menor em face de todos os envolvidos, sendo normalmente genitores e genitoras.

Dito isso, em alguns processos judiciais e estudos, pode-se observar a incompatibilidade dessa modalidade de guarda, pois não visa o melhor interesse da criança, uma vez que traz danos irreversíveis ao estado psicológico do menor, conforme percebe-se através de entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA DE MENOR – PAIS SEPARADOS – SENTENÇA QUE DETERMINA A GUARDA ALTERNADA POR PERÍODOS DE SEIS MESES – AGRAVO RETIDO INSURGINDO-SE CONTRA ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS – IMPROVIMENTO – PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL, EM FACE DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA QUANDO PENDENTE DE JULGAMENTO EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – REJEIÇÃO – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DA INSTRUMENTALIDADE, ECONOMIA E CELERIDADE – ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO CONTRA A GUARDA ALTERNADA, QUE DESATENDE AOS INTERESSES DO MENOR – AUSÊNCIA DE PROVAS DA ALEGADA INSTABILIDADE FINANCEIRA OU EMOCIONAL CAPAZ DE DESAUTORIZAR A GUARDA MATERNA – PREVALÊNCIA DO NATURAL ELO MATERNO, EM PROL DA ESTABILIDADE PSICOLÓGICA DO MENOR – REFORMA DA SENTENÇA PARA ESTABELECE-SE A GUARDA DEFINITIVA EM FAVOR DA GENITORA DO MENOR, REGULARIZANDO-SE O DIREITO DE VISITAÇÃO PELO PAI, EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS, BEM COMO A PERMANÊNCIA COM ESTE POR UM DOS PERÍODOS DE FÉRIAS ESCOLARES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (STF – Recurso Especial, RE 594020, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Julgamento: 29/04/2009, Publicação: 15/05/2009) (Brasília, 2009).

A transição entre os lares, pode causar a sensação de “não-pertencimento”, perder o referencial de lar, bem como fazer com que a criança se sinta dividida entre os

dois genitores, podendo experimentar o sentimento de perda ou de abandono quando não estiver na presença de um deles.

Normalmente o contexto que as famílias estão inseridas, são contextos extremamente inóspitos e desafiadores, o que transfere ao Poder Judiciário o intermédio das melhores condições aos menores envolvidos. Não podendo assim, ser admitido uma guarda alternada, onde o menor tenha que passar semanas intercalando entre os genitores, por toda instabilidade que a situação causará, sobretudo com famílias que geralmente sequer conseguem ter uma relação neutra.

Em um cenário “perfeito” para a guarda alternada, os genitores teriam uma comunicação assertiva e madura, a criança faria acompanhamento psicológico, o legislativo teria definido regras para que o sistema da guarda alternada funcionasse, e talvez, seria um cenário perfeito para apenas a mera tentativa de tal modalidade pudesse acontecer.

7 - OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E SEUS REFLEXOS

Quando nos referimos às obrigações alimentares, também é possível observar a evolução histórica. Tal obrigação sempre existiu no ordenamento jurídico brasileiro, porém, não da forma mais adequada. No ano de 1968, já havia uma Lei de Alimentos, de nº 5.478. Porém, conforme estabelecido na Lei de Divórcio nº 6.515/77, o cônjuge culpado pelo encerramento do vínculo conjugal, seria obrigado a prestar os alimentos. Lê-se:

Art. 19 - O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar (Brasil, 1977).

Cumprido destacar, que à época, o Brasil ainda passava por um contexto de extrema misoginia e aversão aos princípios norteadores da dignidade e igualdade entre as pessoas.

Observa-se até então, que os alimentos eram tratados conforme a análise da situação conjugal, e desprezando pelo melhor interesse da criança, de modo que era tratado como um objeto dentro desse litígio.

De forma que, em momento posterior à Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei 9.278/96, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, assegurando assim princípios basilares à obrigação de prestar alimentos, tais como princípio da solidariedade, isonomia, personalidade.

A partir disso, em que pese não esteja expressamente na lei, o genitor que não reside com o menor, se torna obrigado a prestar alimentos, considerando que os maiores encargos são do genitor que o abriga. O que nos traz à reflexão sobre a temática principal: se a guarda é alternada, logo os genitores dividem a residência do menor por igual período, conseqüentemente como ficaria a obrigação de prestar alimentos? Na proporção de 50%? E as despesas fixas?

Em que pese a Lei nº 13.08/2014 tenha sido estabelecida com melhor visão e segurança do melhor interesse da criança, em seu texto, especificadamente no artigo Art. 1.583, § 2º, deixou margem para interpretações errôneas, de modo que muitos legisladores e juristas pudessem compreender que a divisão igualitária poderia se tratar da residência alternada, refletindo automaticamente na fixação dos alimentos.

Art. 1.583 § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2014).

Dito isso, torna-se evidente, mais uma vez, a problemática da instituição da guarda alternada aplicada em alguns casos pelo país, de modo a considerar que a obrigação de prestar alimentos advém de uma análise do trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, e que, para além disso, tem como reflexo as conseqüências jurídicas, como por exemplo, o título executivo.

Para tudo que existe no ordenamento jurídico, deve-se existir uma conseqüência em caso de descumprimento, de modo que o inadimplemento da obrigação alimentar, gera um título executivo judicial, podendo ser objeto de cumprimento de sentença, conhecido antigamente como a execução.

Para que tal título executivo exista, também se torna necessário a presença de três requisitos, que seja líquido, certo e exigível. Se tratando de obrigação alimentar, o título necessita se tratar de um valor, necessita existir uma obrigação alimentar e uma decisão judicial que dê amparo.

Cumprindo tais requisitos, a cobrança será devida independentemente do tipo de decisão, seja de alimentos provisórios, provisionais, advindas de decisões interlocutórias ou sentenças, podendo ser executada imediatamente, uma vez que tem natureza de pagamento antecipado.

A súmula de nº 309 do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu limites para as execuções que seguiam o rito da prisão, de modo que estipularam que fosse dos últimos 3 (três) meses.

Súmula 309 STJ: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006, Pg. 153).

Dessa forma, alguns anos depois, a Lei de nº 13.105/2015 veio para atualizar todo o Código de Processo Civil e suas fases, incluindo a fase de liquidação e cumprimento de sentença, de modo que regulou da forma que se segue a respeito dos débitos alimentares, aproveitando o texto da Súmula 309 STJ.

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (BRASIL, 2015).

Além disso, será possível também a execução pelo rito da penhora de bens, quando não couber o rito da prisão conforme preceitua o parágrafo 8 do artigo 528, CPC.

Art. 528 § 8 O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação. (BRASIL, 2015).

Tais consequências jurídicas, sobretudo a mais grave, com coação pessoal, é completamente ignorada no ato em que é estabelecida uma modalidade de guarda alternada, seja por homologação de acordo, ou por decisão judicial. Isso porque, conforme será explicado, não existe um parâmetro assertivo para definição dos alimentos, logo, da obrigação alimentar. Sendo desprezado, mais uma vez, o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, para que os alimentos sejam fixados, é necessário a análise do trinômio: possibilidade, necessidade e proporcionalidade. Com a guarda alternada, de modo que o menor tenha dois lares referenciais, o conceito de proporcionalidade para a fixação da pensão alimentícia fica comprometido.

Em um cenário de concessão da guarda alternada, fica prejudicado o estabelecimento da proporcionalidade, pois a lógica de quem obtém a guarda, é de que detém os encargos da moradia etc., sendo que nesta modalidade os dois genitores declarariam custos com o menor, provenientes da moradia, como aluguel, luz, internet, água, IPTU, lazer e entretenimento.

Dito isso, não se pode ignorar os prejuízos acarretados as partes caso houvesse dispensa dos alimentos, isto pois, diante deste cenário cada um arcaria com os custos provenientes ao período em que o ficasse responsável pelo menor, o que se distancia de uma divisão “justa” e “proporcional” de despesas.

Restando nítido, mais uma vez, a problemática que se torna presente em alguns casos, onde a guarda alternada é concedida numa falsa ideia de tal modalidade representar o melhor interesse da criança.

8. CONCLUSÃO

Durante a pesquisa desenvolvida, observou-se que o instituto da guarda alternada, não tem amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, porém vem sendo sutilmente aplicado na prática rotineira familiar, e em algumas sentenças majoritariamente homologatórias.

Foi possível identificar a problemática de tal modalidade, sobretudo no desenvolvimento psíquico e mental do menor envolvido, por perder a referência de lar, educação, rotina e hábitos. Além disso, colocando o menor em uma condição de

vulnerabilidade, ignorando por completo os princípios constitucionais basilares para um desenvolvimento salutar.

Outrossim, percebe-se, que a ausência de regulamentação causa incontestes óbices quanto à obrigação alimentar, uma vez que com a pluralidade de lares, seria impossível aplicar o trinômio da possibilidade, necessidade e proporcionalidade. Dessa forma, o menor é submetido a um cenário de extrema instabilidade para além da financeira.

Ressalta a análise realizada acerca das decisões proferidas comumente nos Tribunais, em que se vê grande incidência de sentenças homologatórias favoráveis à guarda alternada, podendo observar que desafiam até mesmo o parecer Ministerial desfavorável, colocando em risco à segurança jurídica e afrontando os direitos constitucionais que protegem o melhor interesse da criança.

Desse modo, é evidente que a guarda alternada acarreta inúmeros prejuízos ao menor, sendo de ordem psíquica e na manutenção do mínimo existencial, além de contrapor-se ao ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, sugere-se que sejam realizados programas de parentalidade para promover informação e conscientização sobre os impactos da guarda alternada no desenvolvimento do menor e na obrigação de prestar alimentos. Além disso, é necessária a implementação de projetos junto ao CNJ (Conselho Nacional da Justiça), a fim de averiguar de maneira criteriosa a conduta dos aplicadores do direito nas ações de família que versam sobre guarda.

Somente com uma abordagem cautelosa e integrada, será possível avançar na busca pela garantia dos direitos inerentes à criança e o adolescente, com metodologias sociais e jurídicas que devem ser desenvolvidas em completa consonância e uniformidade.

09. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHERULLI, Jaqueline. Guarda Compartilhada no Brasil. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil>. Acesso em: 12 de out, 2023.

Câmara dos Deputados. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 12 de out, 2023.

MANSUR, Gisele Muller. Evolução histórica da guarda compartilhada. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-da-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 12 de out, 2023.

MELLO, Felipe Monteiro. O princípio do melhor interesse da criança: tema fundamental e relevante quando se trata de decisões relacionadas às crianças. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/389018/o-principio-do-melhorinteresse-da-crianca>. Acesso em: 23 de out, 2023.

Poder Judiciário de Estado do Acre. Acre. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/infanciaejuventude/estatutodacriancaeadolescenteeeca/#:~:text=C%20considerando%20esses%20princ%C3%ADpios%2C%20o%20ECA,profissionaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20prote%C3%A7%C3%A3o%20no%20trabalho>. Acesso em: 23 de out, 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de nov, 2023

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 22 de nov, 2023

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Poder familiar na atualidade brasileira. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>. Acesso em: 23 de out, 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10ª edição, Porto Alegre, 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual do Direito Civil. 5ª edição, São Paulo, Editora Método, 2015.

CARBONERA, Maria Silvana. Guarda de filhos na família constitucionalizada, Porto Alegre, Editora Fabris, 2000.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família. São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 11 de nov, 2023.

Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 11 de nov, 2023.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 11 de nov, 2023.