

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
JOSENI DO CARMO VEIGA CAPEL**

**A GUARDA COMPARTILHADA E OS ASPECTOS JURÍDICOS
TRANSPORTADOS PELA LEI 13.058/2014 COMO CONCRETIZAÇÃO
DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

**RUBIATABA/GO
2017**

JOSENI DO CARMO VEIGA CAPEL

**A GUARDA COMPARTILHADA E OS ASPECTOS JURÍDICOS
TRANSPORTADOS PELA LEI 13.058/2014 COMO CONCRETIZAÇÃO
DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Glaucio Batista da Silveira.

**RUBIATABA/GO
2017**

JOSENI DO CARMO VEIGA CAPEL

**A GUARDA COMPARTILHADA E OS ASPECTOS JURÍDICOS
TRANSPORTADOS PELA LEI 13.058/2014 COMO CONCRETIZAÇÃO DO
MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Glaucio Batista da Silveira.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 28 / 06 / 2017

**Especialista Gláucio Batista da Silveira.
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Karoline Pires Vital França
Examinadora 1
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Vilmar Martins Moura Guarany
Examinador 2
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

RESUMO

Este trabalho busca esclarecer os principais aspectos que se refere o instituto da Guarda Compartilhada, já que ela é um tipo de guarda considerada aplicável e cabível pelo ordenamento jurídico brasileiro, laborando como garantia que traduz igualdade entre os pais na orientação do convívio familiar, da educação, e participação na vida dos filhos. Buscar-se-á focalizar os interesses dos filhos, principalmente no campo afetivo, considerando os elementos da convivência assim como a responsabilidade parental que deve ser compartilhada entre os genitores. Infelizmente, com a grande incidência de rompimento de relações conjugais foi preciso criar um novo modelo de guarda, que possibilitasse a permanência do afeto e o cuidado aos interesses de filhos.

Palavras-chave: Aplicação da Guarda. Compartilhada. Obrigações Iguais.

ABSTRACT

This work seeks to clarify the basic principles that refer to the institute of Shared Guard, since it is a type of guard applicable and suitable for the Brazilian legal system, working as a guarantee that translate equality between parents in the orientation of family life, Education, and participation in the lives of children. It will be sought to focus the interests of the children, especially in the affective field, considering the elements of coexistence as a parental responsibility that must be shared between the parents. Unfortunately, with a great incidence of disruption of conjugal relations, it was necessary to create a new model of guard, which allowed the permanence of affection and care to the interests of children.

Keywords: One. Guard. Shared. Equality. Obligations

Traduzido por:

Titulação formação:

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART – Artigo

AP – Alienação Parental

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CRF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

C\C – Combinado

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

INC - Inciso

MEC – Ministério da Educação e Cultura

MP – Ministério Público

MG – Minas Gerais

Nº - Número

P – Página

REsp – Recurso Especial

SAP – Síndrome da Alienação Parental

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

USP – Universidade São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	09
2.1 Conceito	10
2.2 Breve recorte histórico do instituto da guarda.....	13
2.3 Natureza jurídica da guarda	16
2.4 A presença dos pais no desenvolvimento da criança	17
3 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
3.1 Critérios de determinação da guarda.....	21
3.1.1 Culpa no divórcio.....	22
3.1.2 Presunção maternal	22
3.1.3. Preferência da criança.....	24
3.1.4 A não separação dos irmãos	24
3.1.5 Capacidade educativa dos pais.....	25
3.1.6 Capacidade econômica dos pais	25
3.2 A intenção e expectativa do legislador com a guarda compartilhada.....	26
3.3 Efeitos da guarda compartilhada	28
3.4 Causas que modificam o exercício do poder familiar	29
3.5 Entendimento jurisprudencial sobre o instituto da guarda compartilhada	32
4 A GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	36
4.1 Princípio do melhor interesse do menor	37
4.2 As mudanças no instituto transportadas pela Lei nº. 13.058/2014	40
4.3. A guarda compartilhada como uma dimensão para evitar a alienação parental	44
4.4. As vantagens da guarda compartilhada para a criança.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, as crianças e adolescentes quando estão em pleno desenvolvimento, lhe faltam, a capacidade de desenvolver-se sozinhos no sentido intelectual, social, moral e também afetivo. Do mesmo modo, eles também não têm condições de se protegerem sozinhos, e cuidar da sua própria vida, já que eles não contam com meios independentes para suprir as necessidades básicas da sua vida.

Com a promulgação da lei n 11.698, de 13 de junho de 2008 foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada, o que trouxe grandes inovações para o direito e à sociedade. No Brasil, infelizmente a guarda dos filhos ainda está baseada nos preconceitos e em teorias no seio jurídico, ignorando totalmente o caminho e evolução da família, desconsiderando inclusive, os avanços de direitos da mulher quando se igualou ao homem nos direitos e obrigações.

O problema a ser investigado desse trabalho parte da acepção que, o direito está em mudança constante, especialmente o direito civil, ramo do *direicto* de família, igualmente, muda de acordo com os passos da sociedade, nesse sentido, esse estudo perfilha com o mesmo entendimento já adotado no direito comparado, que é justamente a possibilidade da guarda compartilhada, entre os pais e ou responsáveis do menor. Portanto, a problemática desse trabalho é analisar os aspectos jurídicos da guarda compartilhada que preserve sempre o melhor interesse do menor.

A justificativa do tema refere-se ao problema em que a família permanece junta e unida fisicamente somente enquanto dura o casamento dos pais. Após a ruptura da relação conjugal é que emergem os novos modelos de família conhecidos nos dias de hoje como, a família monoparental, anaparental, que antes era exercida por ambos, pai e mãe, diferentemente agora, em que o poder concentra-se somente nas mãos de um; doutro lado, as funções secundárias que envolvem a responsabilidade dos pais com os filhos concentram-se nas mãos do outro genitor, como o dever de pagar pensão alimentícia, a visita, e outros aspectos que envolvem a guarda dos filhos.

Sob esse enfoque que a guarda compartilhada apresenta uma grande importância, considerando que ela prima pelos valores afetivos e de convivência

com ambos os genitores, e exercendo juntos à autoridade parental, surge esse trabalho, com a necessidade de se investigar mais acerca do assunto.

Assim, no primeiro capítulo desse trabalho, iremos abordar sobre o instituto da guarda, fazendo um estudo sob a ótica da lei nº. 10.406, Código Civil Brasileiro, promulgada em 10 de Janeiro de 2002, o Estatuto do divórcio lei nº. 6.151/1977, e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, um breve recorte histórico do instituto da guarda, o conceito dado pela doutrina, apontando inclusive a natureza jurídica da guarda, e investigando a importância da presença dos pais no desenvolvimento dos filhos.

No segundo capítulo falaremos sobre os efeitos da guarda compartilhada, e as causas que ensejam na perda do exercício familiar. Por fim, no terceiro capítulo, será feita uma análise sobre o instituto da guarda compartilhada, expondo sua importância no direito de família, e os efeitos que ela produz em relação aos filhos, abordando inclusive, a sua aplicabilidade a partir dos entendimentos da corte.

O objetivo desse trabalho é demonstrar as novas mudanças transportadas pelo instituto da guarda compartilhada, assim como os pontos positivos e negativos a partir de seu deferimento, considerando os efeitos que podem trazer na vida dos filhos após o rompimento da relação conjugal, tentando provocar várias reflexões sobre a matéria que apresenta muita importância, considerando a expressa admissão como responsabilidade parental dos filhos.

A metodologia utilizada foi o tipo de pesquisa bibliográfica descritiva, não surgindo interferência do investigador a procura pela frequência de ocorrência do tema em comento, bem como suas características, as classes sociais alvo, e relações e possíveis conexões com as outras esferas do direito. Portanto, esse trabalho almeja o conhecimento decorrente do emprego de quaisquer informações desde que válidas e oriundas do material bibliográfico, documental, e também a partir da própria legislação. Foram utilizados ainda, livros, dissertações, trabalhos publicados recentemente, teses, enfim, tudo relacionado ao tema proposto.

Assim, resta claro nessa pesquisa, a importância da guarda compartilhada na vida das crianças, considerando que essa modalidade de guarda oportuniza a convivência com ambos os genitores, ainda que estejam separados, e principalmente considera o melhor interesse do menor.

2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Esse capítulo tem a finalidade de demonstrar como é a guarda compartilhada no direito brasileiro, esmiuçando suas particularidades, e os aspectos gerais sobre esse instituto. Desse modo, abordará o primeiro capítulo desse trabalho, sobre a evolução histórica de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, assim como, a partir de doutos doutrinadores do direito de família, far-se-á uma explanação acerca do conceito, com a intenção que ajude ao final desse estudo proporcionando uma compreensão melhor acerca da sua aplicabilidade nos dias atuais, demonstrando a importância dos pais no desenvolvimento da criança.

Nos dias atuais, é possível notar que a sociedade está em constante mutação, e, com ela, o direito de família tenta se adaptar para conseguir amparar essas evoluções de acordo com o fenômeno natural dos costumes, nessa inconstante base familiar, que a todo o momento adota um meio de vida. Tais mudanças ocorrem, principalmente, nas relações conjugais, pois, elas são desconstituídas com a mesma velocidade da evolução humana, assim, os filhos de um relacionamento conjugal, tornam-se sujeitos dos efeitos de conflitos que possa acontecer em detrimento da dissolução da união dos pais. (DIAS, 2010).

Para isso, este capítulo foi dividido em tópicos, cada qual com seu conteúdo a oferecer para a prosperação do presente trabalho.

Nesse sentido, as mudanças deram origem ao modelo novo de guarda, que busca assegurar a efetividade do poder familiar mesmo com descontinuação da relação conjugal do casal, buscando somente fortalecer os laços afetivos, e não deixar que o momento da dissolução conjugal possa prejudicar a relação dos genitores e seus filhos. A fim de resolver esse impasse, a Lei nº. 11.698 promulgada no ano de 2008 foi inserida no ordenamento jurídico, e passou a regulamentar a guarda compartilhada, trazendo significativas mudanças para o Código Civil, assim como instituiu um modelo de guarda que pudesse favorecer a relação afetiva, preservando o melhor interesse da criança e adolescente. (BRASIL, 2008).

A guarda compartilhada sob essa perspectiva é de suma importância para a sociedade, deste modo, se mostra necessário o aprofundamento sobre o tema, provocando destaque à sua definição, com o intuito de investigar qual foi o anseio do

legislador para que houvesse a Lei n.º 11.698/08, que inseriu o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio.

2.1. Conceito

Através do texto instituído pela Lei 11.698/08, ganhou o artigo 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, a figura da guarda compartilhada que antes não existia no diploma anterior, aduzindo o seguinte: “compreende-se (...) por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direito e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, ou seja, a guarda dos filhos deve ser usada se houver uma separação de seus pais, nesse momento se determinará as questões relativas ao domínio dos genitores. (BRASIL, 2002).

Nesse enfoque, emergiu a guarda compartilhada:

O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade. (DIAS, 2010, p. 436)

Ainda nesse sentido sobre a guarda compartilhada, vejamos o que diz Teixeira (2010, p.239): “a guarda compõe a estrutura do poder familiar, de modo que serve para mostrar quem ficará com a companhia direta do menor, pois mesmo que o casal não possua mais um vínculo conjugal a autoridade parental permanecerá intacta”.

O autor Dias segue com seu pensamento dizendo que:

É o modo de garantir, de forma efetiva, a co-responsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. (DIAS, 2010, p. 436)

A finalidade arguida pela guarda compartilhada é conservar os vínculos de afetividade, dos pais para com os filhos, objetivando ainda, minorar as sequelas que a separação dos pais sempre deixa nos filhos e outorgando aos genitores o

exercício da atividade parental de forma democrática para ambas as partes. (Dias, 2010, p.436).

Assim, vejamos o entendimento de Thomé sobre a guarda unilateral:

Determinar a guarda unilateral como regra geral de conduta é diminuir os cuidados inerentes ao poder familiar daquele genitor a quem não foi outorgada a guarda e representa um prejuízo ao desenvolvimento da personalidade do filho que se vê afastado de um dos genitores. A guarda única deve ser decretada em regime de exceção, quando um dos genitores ou ambos apresentarem comportamentos novíços à integridade dos filhos, mas o litígio, brigas e comportamentos beligerantes do casal, em razão do rompimento afetivo, não podem servir de fundamento desse modelo, pois o local adequado para a discussão do término da relação e seus efeitos é nos consultórios de psicoterapias. (THOMÉ, 2005, p. 270)

Assim, busca proteger o direito da criança e de seus pais, e não assoberbar somente um dos responsáveis pela criança, como é o caso da guarda unilateral. Desse modo, Gonçalves, esclarece em sua obra que:

A lei impõe, pois, ao juiz o dever de informar os pais sobre o significado da guarda compartilhada, que traz mais prerrogativas a ambos e faz com que estejam presentes de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estreita dos pais na formação e educação do filho. (GONÇALVES, 2010, p. 286)

Como se nota na exposição acima, o juiz, nos moldes do que determina a lei, tem a obrigação de comunicar os pais sobre o sentido da guarda compartilhada, tentando demonstrar a responsabilidade e importância de cada um dos pais na vida dos filhos, além de que, estes deverão se submeter a algumas prerrogativas para ajudar na educação da prole, de acordo com Akael

O Estado impõe aos pais a obrigação de atender ao filho, assegurando todos os direitos que lhe são reconhecidos e a autoridade dos pais prevalece em razão de melhor alcançar os fins necessários à formação dos filhos. Significa que o fato de se caracterizar um poder trata-se de autoridade e dever, ou seja, os pais têm obrigação de exercer o poder familiar a benefício exclusivo dos filhos, em razão da sua experiência e maturidade em face destes. (AKAEL, 2009, p. 11).

Nos dizeres de Fontes (2009), a definição da guarda compartilhada está intrinsecamente coadunado com o instituto do pátrio poder, como prevê o Código Civil de 2002, o denominado “Poder Familiar”, também conhecido pelo exercício de

direitos e deveres incumbidos aos genitores sobre a criança e adolescente e seus respectivos bens, considerando a proteção destes. Vejamos o que dispõe sobre a o instituto da guarda compartilhada, o art. 1584 do Código Civil Brasileiro:

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. (BRASIL, 2002)

Ou seja, na hipótese de o magistrado entender que o filho não pode continuar sob a guarda do pai, ou da mãe, (e ou dos dois), ele pode despachar a guarda a terceiros, para isso eles deverão provar que tem compatibilidade com a natureza, haja vista o grau de parentesco, e também as relações de afinidade e afetividade entre eles. Para Dias:

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. (DIAS, 2010, p. 438)

Desse modo, não existem impedimentos para que não fique com os pais a guarda, e como na maioria das situações, com os avôs e terceiros, já que estes têm uma relação de parentesco com os pais e também as crianças, entretanto, para conseguir a guarda, devem obrigatoriamente obedecer aos requisitos mencionados alhures.

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e sigam responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando separados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais. A prática dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm com suas funções parentais e com as decisões relativas aos filhos menores e incapazes. (GONÇALVES, 2010, p.287).

Importa registrar, que tem influência a guarda compartilhada na responsabilidade civil dos genitores pelas condutas e atos praticados por seus filhos

se menores, ademais de acordo com a jurisprudência que predomina, a responsabilidade dos genitores emerge antes da guarda que do poder familiar.

A guarda compartilhada realiza uma verdadeira revolução ao atribuir a cooperação de ambos os pais no exercício do poder familiar, que, passando a deter igual “autoridade” e desfrutar igual ‘companhia’ em relação a seus filhos menores, tornam-se conjunta, objetiva e solidariamente responsáveis pelos danos causados por seus filhos a terceiros. (AKAEL, 2009, p.11)

Desse modo, existem situações em que na guarda compartilhada tanto o pai quanto a mãe detêm o poder de fato sobre os filhos, considerando a autoridade dos pais, nos termos dos art. 932, I do Código Civil, os pais devem responder de forma solidária pelas condutas ilícitas dos filhos menores de idade, ao contrário da guarda unilateral, onde somente o genitor que a tem responderá pelo filho menor, ainda que os dois detenham o poder familiar (FONTES, 2009).

2.2. Breve Recorte Histórico do Instituto da Guarda Compartilhada

Não estava presente a feição da dissolução conjugal no Código Civil de 1916. No ancião diploma, tínhamos a figura do desquite, que quando ocorria, restava claro que os filhos do casal deveriam ficar com aquele cônjuge que fosse apontado como inocente. Desse modo, resta claro que o modelo patrocinado pelo Código Civil de 1916 era declaradamente arbitrário, considerando a definição de que a guarda dos filhos dependia de um prévio julgamento sobre a inocência de um dos cônjuges, considerado culpado pelo término do relacionamento.

Com a intenção de punir a parte “culpada” este perderia o direito à guarda da prole, essas regras permeadas de conservadorismo provocavam a não priorização dos interesses dos filhos. (Dias, 2010). A denominada Lei do Divórcio, (Lei nº. 6.515/77) privilegiava o consorte considerado inocente, em seu art. 10: “Na separação judicial fundada no ‘caput’ do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ele não houver dado causa.” Assim, existia intimidação dos pais, para a continuação do casamento. (BRASIL, 2014).

Sucessivamente, surge a Constituição Federal em 1988, que consigo trouxe importantes inovações, como exemplo, o 5º: “homens e mulheres são iguais

em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O Constituinte, mais precisamente no artigo 226, § 5º que dispõe o seguinte: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

Porém, compreende-se, por intermédio do artigo aludido, que o legislador quando assemelhou a mulher e o homem, como elementos tanto de direitos quanto de obrigações, outorgou também esta similitude em relação à estrutura familiar, e conseqüentemente ao poder familiar.

Vejamos a percepção de Dias a despeito disto:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade masculina. Da mesma forma o ECA, ao dar prioridade absoluta às crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a dezoito anos. (DIAS, 2010, p. 432)

Completo ainda Dias dizendo que:

O Código Civil olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse, não atentando sequer ao paradigma ditado pelo ECA sob o título de proteção da pessoa dos filhos, de forma singela, estabelecia algumas diretrizes com referência à guarda, quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto, identificando a guarda como um atributo do poder familiar . (DIAS, 2010, p. 432)

Em razão de que, aos meninos foi sempre taxativamente proibido brincar de boneca, e ainda entrar na cozinha. Como resultado disto, eles não tiveram inoperante instrução sobre os afazeres, e claro, não desenvolveram nenhuma aptidão para cuidar de seus filhos. Desta forma já é natural que essas atividades sejam realizadas pelas mulheres. Os filhos por uma questão histórica ficavam sempre sob a proteção da genitora, considerando que é natural os homens não ter uma estrutura plena para executar as atividades que cabiam às mães. Para Dias:

A definição da guarda era unipessoal. Quando da separação dos pais, a lei impunha a necessidade quem ficaria com a guarda dos filhos, sendo estabelecido o regime de visitas. Quando os pais passaram a reivindicar a guarda compartilhada, enorme foi à

resistência da justiça em homologar tais pedidos, sob o fundamento de inexistir fundamento legal. (DIAS, 2010, p.433).

Evoluindo um pouco mais na historicidade da matéria, importa destacar que, a guarda compartilhada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, no ano de 2008, através da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual alterou alguns artigos (1.583 e 1.584) do Código Civil Brasileiro. (BRASIL, 2002)

Outrora, sucedeu uma vasta mudança no Código Civil de 2002, visto que, a lei deixou de dar prioridade à guarda individual. Além do mais, ainda estabeleceu a distinção de guarda unilateral e a guarda compartilhada, e também fixou os critérios de preferência pelo compartilhamento (BRASIL, 2002).

Portanto, o instituto da guarda, refere-se ao exercício do poder familiar peculiar aos pais, ou seja, os filhos ficaram sob os cuidados e responsabilidades dos genitores. Assim, o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

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

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (BRASIL, 1990)

Nos dizeres de Dias (2010, p.439), ao juiz foi imposto o dever de prevenir aos pais sobre a semântica da guarda compartilhada, cabendo ao magistrado determiná-la, ainda que não tenha qualquer consenso e competição pela guarda única.

Atualmente, cabe aos pais o poder familiar dos filhos, por meio do instituto da guarda compartilhada está prevista na lei: de responsabilização juntamente com

as regras de direitos e obrigações que se refere o poder familiar, nos moldes do art. 1.583 § 1º do Código Civil. (DIAS, 2010)

A execução dessas normas espera dos cônjuges um absoluto desarmamento, juntamente com a superação de frustrações e eventuais mágoas, buscando um melhor convívio em nome dos melhores interesses dos filhos (DIAS, 2010, p.437).

2.3. Natureza jurídica da guarda

Como já explicado em tópico anterior, a guarda dos filhos menores impúberes é particularidade do poder familiar. Baseado no art. 1634, inciso II do Código Civil: “Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores (...); II – tê-los em sua companhia e guarda ter os filhos menores em sua companhia e guarda.” Nas anotações de Grisard Filho (2005, p. 50) sobre isso: “é inquestionável que a guarda compreenda o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta”. De acordo com Madalena

A guarda de um menor pode advir de situações diferentes. A princípio, surge do poder familiar legalmente imposto aos pais visando à segurança do pleno desenvolvimento de seus filhos (guarda legal), mas tamanha é sua importância que, como visto, na falta dos pais ou quando estes não apresentarem condições de exercê-la, será atribuída a uma família substituta, através de uma decisão judicial. É a chamada guarda judicial. Neste caso a guarda é mais abrangente, já que um terceiro não tem atribuições do poder familiar. (MADALENA, 2010, p. 19)

Está presente, no instituto da guarda o dever de segurança que, ininterruptamente age de forma indubitavelmente no desenvolvimento da personalidade da criança, assim como sua formação total. De acordo com a lição de Rodrigues:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; 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, p. 82)

No mesmo sentido, segue o doutrinador Filho (2005) asseverando que o instituto da guarda no ordenamento jurídico é uma espécie, cuja relação entre pais e filhos é gêneros, entendendo que a sociedade contemporânea passou por inúmeros caminhos, como o Código de Menores, a Lei do Divórcio, e a Constituição Federal, até chegar ao ECA o qual disciplina sobre a normatização a respeito dos direitos das crianças e dos adolescentes.

2.4. A presença dos pais no desenvolvimento da criança

A respeito disto, Bittencourt (1981) explana que é na infância da criança que é formado o seu caráter. A criança de zero a sete anos consegue absorver as noções morais, de cidadania, éticas, e respeito, que, ao decorrer da vida irá nortear a pessoa, ajudando na formação de sua personalidade quando tornar-se adulto, isso, ensejará na forma em que ele vai lidar com sua família, e toda a sociedade.

Nas lições de Checchinato (2007), entende-se por meio de sua experiência sobre o estudo de pais e filhos que existem três referências clínicas as quais levam a um regular desenvolvimento para a criança. O autor Checchinato (2007, p. 83) ressalta ainda que: “A falta de pais é um desastre para o desenvolvimento psíquico da criança, sobretudo de pais fisicamente presentes. Não há como a criança se organizar psiquicamente num Édipo desordenado. “

Cabe lembrar, que na guarda unilateral não ocorre um contato contínuo entre pais e filhos, isso acarreta na perda do vínculo afetivo entre ambos, afastando o filho de seu guardião. Sobre esse afastamento, Filho, assevera que:

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas. (FILHO, 2005, p. 143)

Nesse mesmo sentido, Maluf, preconiza que:

Sendo fundamental importância à família para o desenvolvimento adequado do ser humano, à luz dos princípios e garantias constitucionais em matéria de maternidade, paternidade e filiação, visa-se a supremacia o bem-estar da criança e do adolescente, no sentido de garantir-lhes o direito à vida, dignidade humana, à honra, e, principalmente, o acesso ao seu estado familiar. (MALUF, 2010, p. 121)

Ou seja, a família transmite uma grande importância para o desenvolvimento da pessoa, baseado nos princípios, nas garantias constitucionais, visando garantir uma boa vida, com tudo que permite o crescimento do ser humano, principalmente no que diz respeito ao convívio familiar.

Esse mesmo fato é por Brito e Ramires (2004, p. 79) reiterado; “o afastamento do pai, gera ressentimentos, sentimentos negativos sobre a sua paternidade, tais como: exclusão, frustração e angústia. Intensificados pelo fato de que a separação não ocorre somente entre os pais, mas principalmente entre pais e filhos”.

Gama (2012) demonstra através de sua atuação na área de direito civil, que a guarda compartilhada ajuda a minorar os problemas que ocorrem entre os pais, segundo o autor: “Uma das vantagens da guarda compartilhada é o fim da problemática com relação à regulamentação de visitas e o afastamento daquele que não detém a guarda, o que às vezes provoca instabilidade emocional nos filhos ” (GAMA, 2012, p. 222).

Em conclusão, podemos asseverar que, mesmo que ocorra todas as mudanças naturais que um processo de divórcio traga para vida dos filhos, não precisam necessariamente ser negativas, isso depende muito do jeito como os pais vão lidar com a situação, e expor para seus filhos.

A convivência familiar é muito importante para desenvolvimento dos filhos de forma harmoniosa, contribuindo na formação da personalidade, por isso deve se prezar um ambiente familiar ladeado pelo amor, pelo diálogo e a compreensão, somente assim, pode-se assegurar a formação de um homem do bem. À família e à sociedade impõe-se a ordem constitucional primordial que é o dever de zelar e garantir à criança o direito fundamental à convivência familiar como demonstra o art. 227 da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988)

Assim, verifica-se como principais resultados obtidos no presente capítulo que o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio vem garantir a co-responsabilidade de ambos os genitores, assim como a participação no desenvolvimento da criança, através do acompanhamento em todos os sentidos da vida do menor, considerando a importância que os pais tem na vida dos filhos.

Verificou-se ainda que há importância dos pais no desenvolvimento psíquico da criança, já que o modelo de guarda unilateral não condiciona o contato

continuo, pelo contrario, afasta o genitor que não detém a guarda da criança, tornando os laços afetivos enfraquecidos pela ausência e distancia.

Além disso, importante mencionar que a família é essencial para o desenvolvimento da pessoa, e à luz dos princípios constitucionais, visa-se a supremacia e o bem-estar do menor, pois é na família, que nos primeiros anos de vida o ser humano encontra apoio e ensinamentos para quaisquer atos que irão cometer, assim, a família é responsável pela construção da personalidade, caráter e princípios do ser humano.

Ademais restou claro que a finalidade da guarda compartilhada é conservar os vínculos afetivos entre pais e filhos, com o fito de minorar as consequências trazidas com a separação conjugal dos genitores. A guarda compartilhada propõe o exercimento das obrigações e incumbências dos responsáveis, atendendo aos deveres inerentes ao poder familiar, exercendo-as conjuntamente em prol da criança ou adolescente.

A partir dos resultados extraídos, espera-se que os mesmos possam auxiliar o leitor na construção de um entendimento sólido acerca do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, principalmente ajudando a compreender os aspectos jurídicos transportados pela Lei 13.058/2014 em benefício da criança e do adolescente. (BRASIL, 2014)

3. A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo abordaremos os aspectos gerais sobre a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, analisando os critérios que deveram ser reunidos para a concessão da guarda, a partir da intensão do legislador com a criação da Lei Nº. 11.698/2008, descobrindo um pouco mais sobre os efeitos que traz a guarda compartilhada, as causas ensejadoras de revogação, os obsis para a aplicação do instituto e jurisprudência sobre o assunto. (DIAS, 2010)

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento pátrio no ano de 2008 por meio da Lei nº. 11.698, cuja finalidade precípua é garantir o direito do menor, em detrimento ao interesse de seus pais, tendo em vista que antes da lei a guarda era apenas unilateral e nem sempre era analisada a vontade da criança. Após o advento da Lei 11.698, os pais, depois de determinação do juiz ou estando em acordo as partes, ambos serão detentores da guarda e terão poder de decisão em igualdade na educação do filho. (MADALENA, 2010)

“A Guarda Compartilhada de forma admirável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a ideia de posse”. (AKAEL, 2012, p. 33)

Como assevera a doutrina que cuida da Proteção Integral da Criança, expressa no caput, do artigo 227, da Constituição Federal de 1988, é determinada à família, ao Estado e à sociedade o dever de com absoluta primazia, garantir à criança e ao adolescente, como afirma Gesse:

O direito à vida, à alimentação à saúde, à educação, à profissionalização, à dignidade, ao lazer, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, desse modo, também contribuir para colocá-los a salvo de toda e qualquer meio de negligência, exploração, discriminação, crueldade, opressão e violência. (GESSE, 2001, p. 109).

A criança, neste regime de guarda terá duas casas, a do pai e a da mãe e cada um diante da necessidade do menor são incumbidos de prover as necessidades deste quando estiver sobre a sua tutela, mas nada impede que um

dos detentores peça judicialmente alimentos aos filhos. Esta modalidade permite o contato do menor com os dois genitores evitando o distanciamento da criança daquele pai que não detém a guarda, e funciona em forma de revezamento. (BERNARDI, 2011)

3.1. Critérios de Determinação da Guarda

Nesse item será apresentado os critérios de determinação da guarda compartilhada, a partir dos sub tópicos que se dedicam a apontar quais são as exigências legais para a guarda.

De acordo com Grissard Filho (2002) a guarda compartilhada mostra-se com a finalidade unicamente de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução da sua prole, tornando a disponibilidade do relacionamento mais aberta com o pai ou a mãe que não irá mais residir com a família. Nesse sentido, opõe-se, a existência de vantagens, à guarda única, frustrada a adequada relação da criança com o pai não guardião.

O Desembargador Reelator Dárcio Lopardi Mendes na Apelação Cível 1070210053889200 relatou em seu voto que:

Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos. Não havendo nos autos prova cabal de que aquele que detém a guarda do menor esteja maltratando ou desamparando o infante, nos aspectos material, afetivo, psíquico, social e sentimental, motivo não há para que se modifique a guarda anteriormente fixada. (GESSE, 2011, p. 2005)

Vislumbra-se com o julgamento acima, uma apelação civil, que envolve o direito de família, no sentido de, pacificar uma decisão acerca dos critérios para determinação da guarda, prevalecendo que o critério determinante para a concessão da guarda é o melhor interesse da criança. Nesse sentido, deve-se considerar e preservar a relevância dos interesses de todos os envolvidos. (GESSE, 2011)

A guarda não é necessariamente compartilhada entre os genitores, também pode haver guarda compartilhada, por exemplo, entre um dos pais e os avós. O critério utilizado para determinar a guarda é a análise do direito que melhor

interesse à criança, o parâmetro para determinação deste preceito se baseia no Princípio do Melhor Interesse da Criança. (FILHO, 2002)

Como não é possível conceituar o melhor interesse por ser um requisito personalíssimo, o juiz diante do caso concreto irá analisar o que melhor será adaptado para o menor. Diante da impossibilidade de conceituação do tema, poderá o juiz se valer de subcritérios para a determinação da guarda, que discorreremos a seguir:

3.1.1. Culpa no Divórcio

Como determina o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/16): “guarda dos filhos era vinculada ao comportamento dos cônjuges no decorrer do casamento, ou seja, a guarda era conferida ao genitor inocente no processo de divórcio e também uma forma de punir o culpado”. (BRASIL, 2016)

Em casos de reciprocidade de culpa, o juiz verificaria se os menores não sofreriam dano moral, observa-se que a preocupação não era o melhor benefício da criança, mas a moral, então analisado este critério a guarda era concedida à mãe. Caso a mãe tivesse dado origem ao divórcio a guarda não era concedida a ela, mesmo se tratando filhos com pouca idade.

A Lei 6.515/77 também denominada lei do divórcio, assegurava “o direito de guarda ao cônjuge inocente, contudo, este ordenamento jurídico previa que o juiz poderia decidir de forma diferente diante do caso concreto”. (BRASIL, 1977)

Contudo, diante do princípio da isonomia, o homem e a mulher é igual perante a lei, o que levou o atual Código Civil a deixar de analisar a culpa pelo divórcio como requisito no processo de guarda. Desde então a guarda será deferida a quem possuir melhores condições de exercê-la, inclusive a um terceiro. (COMEL, 2003)

3.1.2. Presunção maternal

A guarda dos filhos era de preferência deferida à genitora na vigência da lei do divórcio, se a culpa do divórcio fosse de ambos os cônjuges, mas este entendimento é ultrapassado e verificam-se outros critérios para deferir a guarda. Na

atualidade as mulheres não estão mais voltadas exclusivamente para o lar, pois estão cada vez mais inseridas no mercado de trabalho, sendo obrigadas a dividir a atenção entre o trabalho, casa, filhos, etc.

Noutro giro, Filho (2002) assevera que é relevante ressaltar que o simples fato de a mulher ser a genitora da prole, não garante que será a melhor protetora e cuidadora, pois, o judiciário encontra-se abarrotado de ações envolvendo maus tratos a crianças oriundos da mãe.

De forma bem clara, Dias pondera sobre o tema:

Historicamente os filhos sempre ficavam sob a guarda materna, por absoluta incompetência dos homens de desempenharem as funções de maternagem. Sempre foi proibido aos meninos brincar de boneca, entrar na cozinha. Claro que em face disso, nunca tiveram qualquer habilidade para cuidar dos filhos. Assim, mais do que natural que estas tarefas fossem desempenhadas exclusivamente pelas mães: *quem pariu que embale!* Quando da separação, os filhos só podiam ficar com a mãe. Até a lei dizia isso. (DIAS, 2001, p. 394)

No entendimento da autora nos tempos passados a guarda dos filhos sempre ficava com a genitora, porque os homens não conseguiam exercer as funções que na época eram inerentes às mulheres e proibido a eles. No entanto, se as crianças tiverem tenra idade, caso não haja maus tratos a doutrina é uníssona no entendimento de que estas crianças devem permanecer sobre a guarda da genitora.

De acordo com Casabona (2006, p.130): "os menores de tenra idade, por uma questão de natureza (amamentação), em princípio devem ficar preferencialmente com a mãe.

Este também é o entendimento de Venosa (2005, p. 182): "somente em situações excepcionálíssimas o menor de idade pode ser afastado da mãe, a qual, por natureza, deve cuidar da criança".

Na atualidade é bastante comum que a guarda também seja deferida aos pais, que com ou sem a ajuda dos avós paternos conseguem desempenhar bem o papel de guardião, mesmo crianças com tenra idade ou até mesmo desde o nascimento. Este requisito da pouca idade deve ser analisado, mas não isoladamente, tendo em vista que outros fatores podem pesar mais na análise do caso concreto.

Filho (2002) pondera que atualmente não se analisa a honra dos genitores como critério para o deferimento da guarda, a análise no caso versa sobre

as condições financeiras, físicas, psicológicas, etc. dos genitores para cuidar dos filhos. O caráter só terá valor se for capaz de trazer prejuízo à criança. O critério da preferência maternal encontra-se em desuso e cabe ao juízo decidir em conformidade com a lei analisando o caso minuciosamente e atendendo ao melhor interesse da criança.

3.1.3. Preferência da criança

Neste critério é levada em consideração a vontade da criança, que aparada pelo princípio da preferência tem a faculdade de pronunciar sobre os fatos que serão relevantes para sua vida. O filho pode demonstrar predileção por uns dos pais e neste caso é analisado o afeto e vínculos relacionados aos genitores. Para Sottomayor:

Na avaliação do peso a ser conferido às declarações de vontade da criança, a jurisprudência tem levado em consideração determinados aspectos, como a idade do menor, a sua maturidade assim como a intensidade com que a sua preferência foi manifestada. Entende-se que a manifestação, neste sentido, de um adolescente seria vinculativa, enquanto a de uma criança de tenra idade não. Vale ressaltar que essa vinculação apenas se daria se o progenitor "preferido" não fosse incapaz ou notoriamente inidôneo. (STTOMAYOR, 2005, p. 38)

Conforme passagem acima nota-se que uma verificação da vontade da criança conta bastante para a determinação da guarda, ao passo que, a declaração do menor influenciará na decisão. A análise a partir da consulta à criança leva em consideração a idade e a maturidade quanto da predileção da criança exposta.

O menor não pode ser obrigado a comparecer em juízo a fim de demonstrar a qual genitor denota preferência, uma imposição neste patamar poderia causar sérios danos psicológicos à criança que se vê obrigada a escolher entre um dos pais, todavia, se o infante demonstrar interesse em fazê-lo e tiver capacidade de exprimir sua vontade, o juiz poderá ouvi-lo, contudo não estará vinculado a vontade da criança.

3.1.4. A Não separação dos irmãos

A existência de irmãos é um ponto considerável a ser analisado pelo juiz, que deve determinar a permanência de todos juntos sob a guarda do mesmo pai ou guardião, estimulando a convivência e amor entre a entidade familiar. No entanto, é necessária cautela por parte do magistrado mesmo diante deste requisito, havendo irmãos, mas que não possui vínculos, não cabe em que se falar em manter o vínculo fraternal. (FILHO, 2002)

3.1.5. Capacidade educativa dos pais

Este critério somente é aplicado quando um dos genitores cometeu erros concernentes a este requisito ou abandono da prole, se furtando de prover alimentos, utilizando de violência como castigo e praticando alienação parental contra o outro genitor.

De acordo com Sottomayor:

Não é função do Estado atribuir valores a modelos e meios educativos. Assim, tal critério só tem relevância nos casos em que um dos progenitores cometeu, em relação à prole, erros patentes em relação à sua educação, moralidade, como por exemplo, abandono dos filhos, violação culposa da obrigação alimentar, utilização reiterada de castigos físicos, incentivo à aversão da criança pelo outro pai, etc. Em casos normais, em que nenhum dos progenitores descumpriu suas obrigações paternas, é trabalhoso e excede a competência do Estado, apontar e atribuir importância às disparidades de habilidade educativa dos pais. (STTOMAYOR, 2005, p. 42)

Como demonstra o entendimento da autora acima, não cabe ao Estado atribuir modelos para educação, somente terá alguma relevância quando o progenitor cometeu contra o filho quaisquer erros concernentes à educação, à moralidade, e ainda o abandono da criança.

3.1.6. Capacidade econômica dos pais

Este critério deve ser analisado cuidadosamente pelo juiz e deve atribuir peso no momento da concessão da guarda, contudo a hipossuficiência econômica de um dos pais não pode ensejar a perda automática da guarda, é necessário analisar criteriosamente o interesse do menor, até porque a prestação de alimentos

pode reverter esta situação e será verificada juntamente com outros critérios que nortearão o magistrado a decidir conforme o que for melhor para a criança. (SOTTOMAYOR, 2005)

3.2. A Intenção e Expectativa do Legislador Com a Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada antes do advento da lei somente era deferida se houvesse um acordo entre os pais, a regra no ordenamento brasileiro era da guarda unilateral.

A intenção do legislador não foi desmembrar o poder familiar, mas fazer com que os pais decidam juntos assuntos inerentes à vida do filho, não ficando esta responsabilidade apenas com um dos genitores. É necessário que haja cooperação entre os pais que devem programar juntos a rotina do menor e seguir esta programação com rigor e compromisso. (FILHO, 2002)

O legislador entendeu que a guarda compartilhada não está ligada em impor à criança uma rotina diferente para cada genitor, ao contrário, deve propiciar um ambiente saudável que favoreça o desenvolvimento da prole.

Objetivou também o legislador a proteger a igualdade entre os pais no que concerne os direitos e deveres da criança ou adolescente, priorizando assim o princípio do melhor interesse da criança, tendo em vista ser o Estado também responsável por garantir uma vida saudável à criança. No intuito de dirimir os conflitos entre os genitores que ofendiam os direitos dos infantes, como por exemplo, a alienação parental, o que ocorre frequentemente no instituto da guarda unilateral, o legislador elaborou a lei da guarda compartilhada com objetivo de inibir tais práticas. (VENOSA, 2005)

Antes da lei já havia questionamentos favoráveis de profissionais do direito e da saúde que já incentivavam os pais a manterem diálogo e exercerem seus direitos e deveres quanto à prole, visando sempre o bem da criança. Observemos as disposições dos artigos do Código Civil (Lei 10.406/2002) que versam sobre o assunto:

Art. 1.584. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002)

Cuidadosamente o legislador ponderou que a guarda compartilhada poderá ser deferida pelo magistrado mesmo que não haja acordo entre os genitores, desde que estejam aptos a exercer o poder familiar. Não obstante, o legislador tomou o cuidado de conceituar o poder familiar, a partir do Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (BRASIL, 2002)

A partir da exposição acima, aos pais compete independente da relação conjugal entre ambos o exercício do poder familiar, dirigindo aos filhos com base nos incisos de I a V. É possível observar que o legislativo tomou o cuidado e se preocupou com a criação e educação da criança, inclusive no que tange ao consentimento para casamento e mudança de domicílio. Para o CC/2002:

- VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

A relação entre filhos e pais não depende do relacionamento conjugal, que mesmo com o fim do relacionamento não podem permitir que os filhos sejam abalados com o advento do divórcio.

Como determina o atual Código Civil, devem os genitores em caso de morte, nomear através do testamento um tutor, devendo ser escrito e registrado, o qual constará o motivo de não poder exercer o poder familiar, assim, para até na

idade de 16 anos representa-lo, assisti-lo em partes. Além disso, o tutor pode exigir obediência e respeito, assim como serviços apropriados para suas respectivas idades.

3.3. Efeitos da guarda compartilhada

A guarda é um dever familiar que se materializa através da posse da prole e favorece prioritariamente a proteção e interesse da criança e do adolescente, pois é dependente do detentor da guarda para todos os fins de direito. Após a publicação da Lei 13058/14 a guarda compartilhada passou a ser regra e a unilateral exceção que somente será deferida é se um dos genitores não puder exercer o poder familiar.

Um dos efeitos da guarda compartilhada é a busca de uma convivência mais harmoniosa entre os pais, que mesmo em dificuldades, conjuntamente desempenharam o papel de guardião da prole. Outrossim, no regime da guarda compartilhada os genitores dividirão as despesas, não impedindo que um dos pais possa pagar alimentos a fim de manter o padrão de vida da prole. (CAMARGO, 2003)

O Código Civil de 2002 em seu art. 1584, § 6º traz um conteúdo de extrema importância para o instituto da guarda compartilhada, obrigando os estabelecimentos públicos e privados a fornecerem informações sobre a prole a qualquer dos pais. Outro efeito positivo da guarda compartilhada é o convívio equilibrado entre mãe e pai, que desfrutaram pacificamente da companhia da prole não sendo obrigatório aguardar o tempo imposto por um juízo. (BRASIL, 2002)

Neste instituto cai por terra a posse que é idealizada na guarda unilateral, garantindo o convívio diário dos filhos com ambos os pais. A alienação parental também perde forças diante da guarda compartilhada que está ligada ao sentimento de posse e exclusividade do detentor da guarda. A guarda compartilhada assegura a aproximação dos filhos com ambos os pais, mesmo depois de cessado o vínculo do matrimônio. (VIANA, 1993)

As autoras Thomé e Félix (2002) sobre a guarda compartilhada entendem que ela transporta aos pais um exercício multidisciplinar, imputando aos dois a tarefa de zelar do filho, e assumir todas as responsabilidades referentes à sua conduta. Entretanto, por outro lado, os autores arguem sobre a continuidade do conflito, grande instabilidade e incerteza depois do divórcio dos pais sendo bastante

prejudicial à criança, mesmo que nada impeça a aplicação da guarda compartilhada para que possa servir como um meio de aproximação dos pais na relação com seus filhos, considerando que estes podem até deixar de serem cônjuges, mas de serem pais. (THOMÉ, FÉLIX, 2002)

3.4. Causas que modificam o exercício do poder familiar

Conforme o poder familiar um múnus público tem que ser exercido a partir do interesse dos filhos menores e emancipados, pode o Estado determinar algumas normas que arrolam caso concedendo autorização ao juiz para privar o pai e ou mãe do seu exercício temporariamente ou definitivamente. Não é absoluto o poder familiar, e cabe o Estado o papel de averiguar através da fiscalização seu exercício, assim, ele poderá se achar conveniente suspendê-lo ou até mesmo destituí-lo.

Quintas (2009, p. 43) entende que:

Por se tratar de um múnus público, sujeito à fiscalização e controle do Estado, na hipótese de haver algumas incompatibilidades do exercício do poder familiar por parte de quaisquer dos genitores, vislumbra-se a possibilidade do magistrado privar seu exercício, temporariamente, em benefício do filho, nomeando-se assim um curador especial. (QUINTAS, 2009, p. 43)

Destaca o autor Quintas, que não podem os genitores abrir mão de suas funções devido a conveniência entre eles, mesmo que fundamentada em bons e plausíveis motivos essa faculdade em forma de uma voluntária renúncia solicita que o juiz faça nomeação de um curador especial. (QUINTAS, 2009)

Assim, o poder familiar se extingue por meios naturais ou através de uma decisão judicial, é o que preceitua o artigo 1635 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - Pela morte dos pais ou do filho;
II - Pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - Pela maioridade;
IV - Pela adoção;
V - Por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2002)

Temos no primeiro inciso que por meio da morte dos pais o poder familiar já se extingue, e com isso acabam os legitimados dos direitos. Da mesma forma, o

inciso ensina sobre a morte e a emancipação do filho, elencada no inciso II do artigo em comento, percebe-se que todos os elementos contidos nesses incisos esconde a finalidade do instituto, ou seja, a obrigação pela proteção do filho. O problema é que há várias possibilidades para a extinção do poder familiar, que também são legisladas pelo Código Civil pátrio.

As formas naturais são a morte dos pais ou dos filhos, e ainda através da emancipação do filho, a maioridade ou adoção, estes são os meios de extinguir naturalmente o poder familiar. Na questão concernente à adoção, o poder familiar é destituído no momento em que a guarda é transferida ao adotante, deste modo, os pais que precipuamente possuía o poder familiar perdem-no. (LEVY, 2008)

No que diz respeito às decisões judiciais o pai ou a mãe são exonerados do poder familiar se castigar de forma imoderada o filho, se o abandonar, se praticar atos contrários a moral e bom costume e se de forma reiterada descumprir as imposições propostas no artigo 1634 do Código Civil de 2002. No momento em que ocorre a perda do poder familiar, há que se falar que este se dá de forma permanente, no entanto não é definitivo, tendo em vista a possibilidade de recuperá-la judicialmente quando não mais existir a causa que deu razão a perda. O doutrinador Gomes traz o entendimento de que:

No decorrer da vida, mais especificamente no início, todo o ser humano necessita de alguém para a sua criação e educação durante a infância e a adolescência, amparando-o e cuidando de seus interesses. Naturalmente a pessoa mais indicada para realizar esta tarefa são os pais, e em sua falta, adulto que possa desempenhá-la. (GOMES, 2000, p. 389)

Brilhantemente o doutrinador Gomes em seu comentário reporta a importância que a pessoa humana mostra ter durante a sua fase de desenvolvimento, seria de acordo com o autor, as fases iniciais da vida, como na infância e adolescência, considerando todas as mudanças e descobertas que a pessoa adquire nesse momento da vida, portanto, os pais seriam esse guia o qual direcionaria a pessoa que somente em sua vida adulta não tem mais a dependência de seus pais.

Já Leite faz a seguinte comparação do instituto no Codex de 1916 e 2002:

No que tange ao instituto do poder familiar, não houve muitas modificações, com relação ao Código de 1916, tendo alguns juristas inclusive atribuídos severas críticas a esta timidez. Eduardo de Oliveira Leite argumenta: “Lamentavelmente, a grande oportunidade oferecida pela feitura de um novo código, não foi devidamente explorada pelo legislador atual”, e continua: “ A leitura da parte referente à filiação, inexplicavelmente, mantém incólume a estrutura patriarcal, própria do início do século, na qual todos os membros da família, e em especial os filhos, gravitam em torno da figura paterna”. (LEITE, 2005, p. 279)

Extraí-se dos ensinamentos de Leite que não foram muitas mudanças na instituição da família, assim, existem autores capazes até de criticar a vagariedade da legislação quanto a um assunto tão importante para a sociedade, aduzindo que não foi aproveitado o momento de reforma do diploma civil, para inserir dispositivos capazes de sanar as lacunas e obscuridades deixadas pelo antigo código. Outro instituto que pode ocorrer é a suspensão do poder familiar previsto no artigo 1.637 do Código Civil.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes 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.
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 dois anos de prisão. (BRASIL, 2002)

A suspensão ao contrário da perda é temporária e perdura até que cesse a causa que impedia o genitor ou genitora de exercer sua função e o poder familiar. Cabe ressaltar que essa suspensão do poder familiar poderá ser tanto parcial quanto total, o total acontece quando um dos genitores perde os poderes que concernem ao poder familiar dos pais, diferentemente o parcial ocorre se verificado algum impedimento temporário para o exercício do poder familiar.

O Código Civil Brasileiro vigente trouxe várias mudanças sobre os direitos e deveres dos pais com seus filhos assim como seus respectivos bens. Existiu primeiramente a mudança do pátrio poder para formação do instituto da família, o qual foi baseado na concepção de que tal poder deve ser exercido, pela mãe e pelo pai. (BRASIL, 2002)

Em decorrência das suas particularidades, o poder familiar, constitui um importante instituto jurídico, isso fica claro com a imposição de inúmeros direitos e deveres dos pais que estão expressos na Carta Magna. A partir desse enfoque, as causas de extinção e suspensão demonstram o quanto é essencial o cumprimento dos deveres incumbidos aos genitores no que tange a educação de seus filhos.

3.5. Entendimento Jurisprudencial sobre o Instituto da Guarda Compartilhada

A responsabilidade dos genitores sobre os seus filhos como já demonstrado através de uma visão doutrinária é um direito irrenunciável, considerando que os pais têm a obrigação de criar, representar e dar assistência aos filhos (WALDYR FILHO, 2010).

Entre as responsabilidades que os pais possuem em relação aos filhos têm, a assistência, a criação e representação. Os pais são ainda responsáveis objetivamente pela reparação civil de seu filho, considerando que os pais são responsáveis por todos os atos dos filhos menores. Desse modo, não seria somente o genitor que possui a guarda, essa responsabilidade é atribuída a ambos os pais (DIAS, 2008).

Assim, o pai e a mãe na condição de genitores da criança e adolescente, são obrigados a prestar toda assistência para o desenvolvimento do menor infante, sejam eles, material, moral, social, afetivo e psíquico, na verdade, cabem aos pais a formação pessoal e moral do filho, podendo até ser responsável por sua formação profissional, como por exemplo, o incentivando a buscar trabalho, e ingressar em uma faculdade que lhe proporcione reconhecimentos profissionais.

Nessa linha de raciocínio também compactua o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS, na Apelação Cível 70058975152 o Relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins em seu voto:

Em que pese no curso da ação o requerido Leônidas Adriano Muller tenha atingido a maioridade civil, à época dos fatos ainda era menor de idade, razão pela qual seus pais respondem objetivamente pela reparação civil decorrentes dos atos praticados por ele, tendo em vista o disposto nos artigos 932 e 933 do Código Civil. Caso dos autos em que o demandado Leônidas Adriano Muller, munido de um canivete, agrediu fisicamente a parte autora, causando-lhe lesões corporais. Alegação de defesa própria incomprovada. Se o

demandado confessa ter agredido o autor, mas afirma ter agido em legítima defesa, compete-lhe comprovar tal excludente (art. 333, inciso II, do CPC). Não tendo o réu feito a prova de que agiu em legítima defesa, responde civilmente pelos danos causados ao demandante. Manutenção do montante indenizatório, considerando a gravidade do ato ilícito praticado, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes. (DIAS, 2010)

Do estudo do voto mencionado, nota-se que os pais são responsáveis pelas condutas ilícitas praticadas pelo seu filho caso ele seja pela lei considerado menor impúbere ou então absolutamente incapaz. Isso ocorre devido os indivíduos não terem a capacidade para responderem sobre seus próprios atos, eles são considerados incapazes de compreender a ilicitude do ato, portanto, não se fala na existência de culpa dos filhos, assim, os pais responderão objetivamente pela conduta dos filhos. (DIAS, 2008)

O instituto da guarda compartilhada é amplamente aceito pelos Tribunais, desde que estejam presentes os critérios de apreciação, vejamos o entendimento da Ministra Nancy Andrighi em seu voto como relatora do Recurso Especial Nº 1.428.596 - RS (20130376172-9):

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. 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. 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. 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. 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. (BRASIL, 2013)

Neste íterim, é analisada a viabilidade do deferimento da guarda compartilhada, no caso em tela se tornou viável diante das diferenças e do

distanciamento do casal, tendo em vista que a guarda unilateral afastaria ainda mais a criança de um de seus pais.

Ou seja, fica evidente outra vez, que a guarda compartilhada é a mais adequada em situações em que o casal não convive mais na mesma residência, considerando que, a guarda unilateral não apresenta a mesma preocupação em manter os laços afetivos entre a criança e o pai ou mãe que não detém a guarda. Por isso, a guarda compartilhada, ainda é o modelo de guarda mais adequada para os pais e principalmente para criança, já que estaria garantindo o direito da criança em conviver com seu pai e mãe.

Entendimento diverso é o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, observe-se o voto do relator Jorge Luís Dall’Agnol:

A guarda compartilhada pressupõe a existência de consenso entre as partes, o que não se verifica in casu. Isso porque há beligerância entre os genitores, o que se constata neste recurso. Isto porque, não há nenhum indício, ao menos neste momento, que deixem dúvida quanto aos cuidados que a genitora dispense ao menor. O que se vê é a disputa acirrada entre pai e mãe em relação ao filho e que se assim se mantiver, deixará grandes sequelas emocionais na criança. A alegação de que a mãe do menino é drogada não foi provada. O único documento que existe é a ocorrência. (DIAS, 2010, p. 54)

O Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu neste caso considerando os pais estarem em clima de brigas e discussões o descabimento da guarda compartilhada é medida que se impõe.

Portanto, a guarda compartilhada é pouco aplicada pelos Tribunais brasileiros, diante do receio de ferir o melhor interesse da criança, que pode se abalar emocionalmente por não ter um ponto certo de referência como lar e por haver divergências entre os pais quanto à educação dos filhos.

A lei se constitui a partir do bem-estar da criança, sendo se vier a ocorrer o término do relacionamento conjugal, deve a família ainda manter-se. Contudo, com o decorrer do tempo, os pais irão ter consciência da relevância que apresenta a guarda compartilhada, e não usando os filhos como um meio de punição para o seu ex-cônjuge.

O Tribunal do Rio Grande do Sul decidiu ainda, em sede de Agravo de Instrumento nº 70066054669, observa-se o decidido através do voto do relator Luiz Felipe Brasil Santos:

É incipiente a tramitação do feito e carece o recurso de prova inequívoca ou de elementos de verossimilhança acerca da alegação de risco de dano ao bem estar e equilíbrio emocional da criança pelo fato de a genitora ter mudado de cidade levando consigo o filho, não bastando para este fim a alegação de precariedade da casa para onde teria ido ou de que o bairro tem ocorrências policiais em busca de traficantes. A simples mudança de localidade residencial, por parte da mãe, em que pese venha a significar a quebra de algumas atividades rotineiras para o menino Kauã, não impede possa o genitor exercer o direito de visitas.

Ou seja, o simples fato da genitora ter mudado para um local considerado perigoso não ensejou a mudança do regime de guarda para a compartilhada. Para a alteração do regime de guarda não basta que o guardião tenha situação financeira precária, sendo este requisito insuficiente para o pedido de alteração de guarda, desde que a criança seja cuidada com carinho e amor.

Ao relacionar essa matéria a outra tratada no primeiro capítulo, resta claro que o instituto da guarda passou por valorosas mudanças no decorrer dos anos, no entanto, ainda demonstra um pouco retraída quanto os aspectos de determinação da guarda, haja vista que, nem sempre aquele que apresenta uma melhor capacidade econômica significa ter condições psicológicas e morais para a criação de uma criança, sendo imprescindível um estudo social para determinação da guarda, o qual o juiz deve fazer de ofício, considerando que esse ponto não foi esclarecido pela normatização.

Dessa maneira, é nitidamente claro que o instituto da guarda compartilhada é de suma importância para a criança, já que ela possibilita a preservação do vínculo afetivo com os pais e filhos, conservando a relação de ambos. Espera-se que todo o desenvolvimento desse capítulo possa servir como referência para compreender o próximo, estabelecendo uma conexão de informações sobre os benefícios da guarda compartilhada em face da criança.

4. A GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A guarda compartilhada da criança ou adolescente deve ponderar sempre o preceito legal e a observância do princípio do melhor interesse da criança, da mesma forma que o respaldo legal sobre o direito que ela tem à convivência familiar a qual cabe exclusivamente aos pais promovê-las, considerando a importância da unidade familiar para a construção da personalidade de cada pessoa que faz parte dela, principalmente, das crianças, haja vista que, a guarda compartilhada tem um vasto respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente e em demais diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro, já que são privilegiados os interesses da criança e do adolescente como indivíduos que se encontram em condição intrínseca de desenvolvimento, sendo a continuidade do convívio dos filhos com os pais substancial para o crescimento e prosperidade pessoal, profissional, e em todos os aspectos para a criança e adolescente, não podendo ficar sem qualquer indagação sobre, os meios de deslindar os problemas existentes que envolvem a família e a criança no processo de separação dos pais.

Quando se trata de assuntos que concerne à guarda, deve-se considerar preliminarmente os benefícios que irão ser ofertado ao menor. O ano de 1989, por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, na época aprovado pela ONU, representou um grande e importante marco o qual confirmou o princípio do melhor interesse da criança, destinado aos menores de dezoito anos de idade, e assim, o legislador brasileiro elaborou uma classificação tanto para crianças quanto para adolescentes, o que, posteriormente foram ratificados pelo governo brasileiro por meio do Decreto nº 99.710/1990, mais precisamente no artigo 3.1 o qual preceitua o seguinte:

Todas as ações relativas à criança, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança. (BRASIL, 1990)

Da mesma forma, a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, identificou os direitos essenciais para a infância e adolescência, o qual foi depois absolvido pelo artigo 227 da CF/88, assim como pela legislação estatutária da

criança, que alterou o sentido do princípio do melhor interesse da criança. (BRASIL, 1988)

4.1. Princípio do melhor interesse da criança

Historicamente a origem do instituto protetivo vem do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, onde o Estado atribuía para si a custódia das pessoas consideradas limitadas juridicamente, ou seja, os menores de idade e loucos. Para Tânia da Silva Pereira (2000) o instituto no século XVIII foi afastado, difundindo-se sobre os conceitos da proteção infantil e do louco.

A aplicação do melhor interesse na vigência do Código de Menores limitava-se aos adolescentes e crianças que se encontravam em situação irregular. Posteriormente a adoção da doutrina que determina a proteção integral, passou a ter maior amplitude o mencionado princípio, passando a ser aplicado ao todo público infanto-juvenil, até mesmo nos litígios de natureza familiar.

Como se demonstrará no julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, através da apelação civil nº 70008140303, proposta pela relatora e desembargadora Maria Berenice Dias:

As ações relativas aos direitos de crianças devem ser considerados, primordialmente, os interesses dos infantes. Os princípios da moralidade e impessoalidade devem, pois, ceder ao princípio da prioridade absoluta à infância, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal.

O que faz com que se respeite no caso concreto a guarda de uma criança de 03 anos de idade, que desde o nascimento sempre esteve na companhia do pai e da avó paterna. Não é conveniente, enquanto não definida a guarda na ação principal, que haja o deslocamento da criança para a companhia da mãe, que inclusive, é portadora de transtorno bipolar. Agravo provido. (DIAS, 2010, p. 101)

Nota-se que tal princípio é de caráter subjetivo, haja vista que, o modelo de guarda procura o seguimento dos laços afetivos. Assim, através do advento no ordenamento jurídico do instituto da guarda compartilhada, em casos de divórcio dos pais, a culpa não é usada como critério de determinação da guarda dos filhos, necessitando ser dedicado o princípio que propõe a proteção integral da criança ou seu melhor interesse, a partir dessa indagação “o que será melhor para o menor?”,

nos assuntos sobre a fixação do modelo de guarda, deve-se deferir a guarda do menor.

Dessa forma, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da melhor proteção do menor vem implícito na Constituição Federal assim como no ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, ao juiz cabe definir em sua interpretação a definição de melhor interesse do menor com seu poder discricionário, analisando e determinando quais são esses interesses, para Nogueira:

(...) a noção de 'interesse do menor' é de difícil determinação, existindo dualidades de concepções, nos mais diversos entendimentos de que valores comportariam tal interesse, dada a complexidade e extensão dessa noção. (NOGUEIRA, 2001, p.171)

Esse princípio orienta o legislador e principalmente o aplicador do direito, fixando as prioridades das necessidades da criança e do adolescente a partir de requisitos de interpretação da lei, clareando as lides, e ainda conduzindo na elaboração de normas futuras.

Assim, o melhor interesse do menor não é o que o Julgador compreende que seja melhor para a criança, e sim aquilo que categoricamente atende à sua dignidade como criança, observando seus direitos fundamentais.

A título de exemplo, pensemos em uma criança que não tem lar, que se encontra em risco, fazendo uso de drogas, e vulnerável a todo tipo de violência. Se alguém vier ainda que contra sua vontade, acolhê-la e retirá-la das ruas, estaria atendendo ao princípio do melhor interesse. Nesse sentido, Moraes:

Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar em maior número, da forma mais ampla possível. (MORAES, 2006, p. 45)

Assim, após observação do exposto, verifica-se que todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, no princípio do melhor interesse da criança e adolescente devem pairar, como guardião e em obediência aos direitos fundamentais que possuem as crianças e adolescentes.

O ato em que estabelecer o resguardo dos direitos atenderá o princípio do melhor interesse, ou seja, toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo das garantias fundamentais do menor, estará exercendo o bem à criança.

Do Princípio do Melhor Interesse da Criança extrai-se da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, caput que:

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)

Segundo Costa sobre o assunto, ele profetiza o seguinte:

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para promoção e defesa dos seus direitos. (COSTA, 2002, p. 173)

Nesse aspecto, as crianças e adolescentes teve seus direitos reconhecidos, e passaram a ser titular de direitos plenos, que superam os direitos fundamentais concedidos a todos, isso devido sua condição própria de vulnerabilidade. Por meio da proteção integral pode-se sugar os fundamentos que direcionam o princípio do melhor interesse da criança, haja vista que esse princípio determina a prioridade das necessidades e dos direitos de todas as crianças e adolescentes.

Por fim, Fachin aduz que:

O melhor interesse da criança assume um contexto, que em sua definição o descreve como 'basic interest', como sendo aqueles essenciais cuidados para viver com saúde, incluindo a física, a emocional e a intelectual, cujos interesses, inicialmente são dos pais, mas se negligenciados o Estado deve intervir para assegurá-los. (FACHIN, 2002, p. 133)

Como nota-se, os direitos da proteção integral são determinados pela Constituição Federal de 1988, e também pelo ECA - Estatuto da Criança e Adolescente, considerando a grande importância desta teoria, assim como seu desempenho social, constituindo um papel valoroso na sociedade no sentido em que reconhece à criança e ao adolescente todos os direitos referentes à pessoa humana, da mesma forma em que assegura os direitos oriundos da condição inerente do indivíduo em desenvolvimento.

Observa-se ainda, a partir da interpretação do texto legal, que a proteção conferida às crianças e adolescentes, devem sobrepor-se aos demais interesses que são juridicamente tutelados, considerando o papel social da lei, e principalmente a condição de vulnerável da criança e do adolescente, ou seja, desprovido de autonomia como possui os adultos para tomar decisões daquilo que julga melhor para si.

Em face dos argumentos expostos é possível concluir que por meio dos princípios constitucionais que conferem proteção à criança, assim como o desempenho da doutrina em conferir proteção integral, é que surgem os rudimentos para assegurar a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes em todos os sentidos.

4.2. As mudanças no instituto transportadas pela Lei nº. 13.058/2014

Diante de todo o estudo demonstrado até aqui, resta claro, que a aprovação da Lei 13.058/2014, que guiou importantes regramentos sobre a guarda compartilhada para o ordenamento jurídico brasileiro, passando agora ser obrigatória, fomentando grandes debates e insegurança. No ensejo de evitar desnecessárias preocupações sobre o tema, é de suma importância que os genitores divorciados possam entender, que a guarda compartilhada distingue-se da guarda unilateral, sendo uma modalidade nova determinada com a nova Lei. (BRASIL, 2014)

Dias alega em relação aos filhos diante da dissolução do vínculo familiar que:

É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse

desenlace. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. (DIAS, 2015 p. 521-522)

Nesse sentido, a lei garante na guarda compartilhada, o direito de ambos os pais poder conviver com seus filhos, e não somente as visitas reduzidas como ocorriam no regime da guarda unilateral, onde havia determinação de dia, lugar e horário para o contato com o pai ou a mãe. Assim, a lei em vigor veio com o intuito de minorar a ausência decorrente do desmantelamento da família, e possibilitando para a criança uma reestruturação e equilibrando o emocional, já que ele sentira-se protegido tanto pelo pai quanto pela mãe, determinando a divisão moderada de tempo de convívio com ambos os genitores, nos termos da determinação legal do Código Civil Brasileiro em seu art. 1.583, § 2º e art. 1584, § 3º. Como leciona Dias:

Em boa hora veio a nova normatização, que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1º) e a imposição da guarda compartilhada com a divisão do tempo de convívio de forma equilibrada entre os pais (CC 1.583 § 2º). (DIAS, 2015, p. 524)

Para complementar o entendimento, Brito e Gonçalves alegam que:

Cabe ressaltar que a mudança na legislação pátria se deve a diversos fatores, dentre eles as contundentes reivindicações daqueles que não detinham a guarda de suas crianças e as distintas investigações efetuadas a respeito dos desdobramentos do rompimento conjugal para pais e filhos – o que incluía o exame das disposições de guarda. (GONÇALVES, 2003, p. 300)

Não há como negar que o direito civil, em especial o direito de família, há tempos imploravam por mudanças que pudesse analisar as condições de vida daquelas famílias que decidissem por tomar rumos distintos. Entre as mudanças transportadas pela Lei 13.058/2014, que determina a obrigatoriedade da guarda compartilhada em caso de destituição familiar, segue abaixo os principais efeitos manifestados no ordenamento jurídico contemporâneo com o advento da supracitada lei.

Assim, verifica-se que a Lei nº 13.058/2014 dispõe que na guarda compartilhada, a moradia dos filhos será determinada a partir da obediência às

exigências capazes de melhor atender aos interesses dos filhos. A casa é importante para a estabilidade do menor. Deste modo, observa-se a carência em fortificar o ponto em que tanto o pai quanto a mãe deverão oferecer acomodações para seu filho em suas respectivas residências. A criança deve entender que na casa de ambos os pais ela irá encontrar “um canto seu”, já que como determina a lei, ela deve se sentir como membro daquela casa, considerando que nessa modalidade de guarda, a criança tem residência fixa. Desse modo, ela não pode se sentir como visita ou qualquer outro hóspede, mas como morador daquela casa.

De acordo com Silva (2008) pode-se ocorrer intermediações dos genitores em todos os sentidos essenciais ao fortificar o desenvolvimento do menor. A determinação em possuir uma residência fixa é importante para ajudar na estabilidade emocional da criança, seria como um ponto de apoio onde se comunicará com o mundo a fora. Por conseguinte, a determinação da residência é importante para que os ex-cônjuges possam estabelecer as circunstâncias de exercício de suas respectivas responsabilidades sobre os filhos.

Nesta linha, com base nas mudanças advindas com a lei da guarda compartilhada, e sobre a educação, Silva dispõe que:

Constata-se que deverá ser tratado em comum acordo pelos genitores, ou seja, o tipo de escola, o período a ser frequentado, sempre ouvindo a opinião dos filhos, mas primando, obviamente, pelo bom senso e melhor interesse da criança. Até os cursos paralelos, como línguas, dança ginástica, música, etc serão abordados pelos genitores conjuntamente com as crianças, nos moldes de uma família estruturada em união normal. (SILVA, 2008, p. 111)

De acordo com a autora, que brilhantemente expõe seu entendimento, vê-se que o menor deve receber tratamento de ambos os genitores, sendo acompanhados, e tendo todas as decisões concernentes à educação avaliada e decidida pelo pai e pela mãe, sempre ouvindo a opinião dos filhos e quando for possível, acata. Cabe aos genitores juntamente também decidirem pelos cursos paralelos ao estudo curricular determinado pelo MEC, como cursos de inglês, aulas de natação, etc, ou seja, todas as decisões deveram ser tomadas em consulta um ao outro, não podendo algum dos genitores se abster da sua decisão em razão da separação conjugal.

Outra inovação da lei 13.058/2014 refere-se à visita. Considerando que guarda compartilhada tem como finalidade primordial, preservar o convívio de igual entre o menor e os genitores, Azevedo apud Fontes assevera que:

O melhor arranjo é aquele que possibilita o maior contato das crianças com os pais, a qual deve dispensar interesse em seu bem estar, educação, saúde e seu desenvolvimento como um todo. Os sentimentos de responsabilidade e de solidariedade devem ser incentivados, organizando-se um modelo de forma livre, mas a favor da criança, do jovem e da família, potenciando-se a força nela imanentes, o que redundará menores riscos de marginalização e estigmatização. (FONTES, 2009, p.77).

Ou seja, a finalidade da lei em estudo é justamente condicionar o contato e convívio com ambos os genitores, mesmo que a união conjugal venha a ser dissolvida, isso, porém, não pode ser um fato que impede ou dificulta o contato da criança com seus pais, considerando os prejuízos que poderiam provocar na vida da própria criança. Vislumbrando isso a lei propõe que as visitas devem ocorrer sempre que for conveniente, zelando pelo interesse do menor em sua totalidade, como seu bem estar emocional, psíquico, na educação e principalmente na saúde.

Por fim, destacam-se os as preceituações legais trazidas para os alimentos, assim como determina os fundamentos jurídicos, a guarda compartilhada não modifica nada na obrigação em prestar alimentos dos pais, devendo ainda continuar o respeito ao binômio possibilidade e necessidade como determina o art. 1694 § 1º do Código Civil Brasileiro, assim vejamos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (...). (BRASIL, 2002)

Ou seja, deve ser os alimentos atendidos de acordo com a necessidade e a possibilidade. Devendo ser pagos, “na medida da possibilidade, na constância da união, os pais contribuíam para o sustento e alimentação de seus filhos, situação essa que não pode ser modificada com o término da relação conjugal.” (FONTES, 2009, p. 79).

As vistas disso, os alimentos deverão ser quitados pelos pais em detrimento de seu filho, a partir da possibilidade e também da necessidade da situação, não podendo um dos genitores se esquivar do pagamento através de meios fraudulentos e da má-fé. Reitera-se que o pagamento deve acontecer mediante um acordo entre ambos os genitores, de modo que cada um deles possa ajudar, de acordo com a necessidade do menor.

4.3. A guarda compartilhada como uma dimensão para evitar a alienação parental

Tornou-se comum o divórcio nas famílias brasileiras nos últimos anos. A dissolução conjugal provoca uma série de conflitos para todos da família. E como acontece quase em todos os processos de divórcio não consensual, os ex-cônjuges ficam decepcionados e até rancorosos com o outro.

Os conflitos oriundos do divórcio não poderiam de nenhuma maneira alcançar os filhos do casal, que normalmente passam a serem vítimas do processo de separação dos pais. Em suma, os genitores devem decidir sobre sua vida conjugal, de forma que os filhos não participem dessa contenda, buscando com isso a segurança do melhor interesse da criança ou adolescente nos termos da lei.

Contudo, a separação dos pais às vezes é movida por histórias tristes de pais e filhos que têm sua convivência interrompida, senão acabada. Considerando que comumente é a genitora que detém da guarda da prole no processo de separação, o contato com o pai fica restrito às visitas determinadas para os encontros de pais e filhos.

Assim, no rompimento da sociedade conjugal, tanto o pai quanto a mãe possuem os mesmos direitos e obrigações com seus filhos. De acordo com as lições de Quintas (2009, p. 17) em sua obra, assevera que: “os papéis de pai e mãe continuam a existir, com todos os seus direitos e responsabilidades sobre os filhos, salvo se alguma razão especial dite o contrário em benefício do interesse da criança”.

Mesmo assim, pode acontecer no momento do término da relação conjugal, da mãe ou o pai usar a criança ou adolescente como meio para alvejar o ex-cônjuge, considerando que o menor é fruto do casamento arruinado, consistindo em um elo entre os dois.

E assim, teremos um cenário onde impossibilita a convivência da criança com o pai, através de inverdades contadas para o filho, ludibriando-o a seu respeito, e imputando falsas histórias à criança, como por exemplo, que o pai deixou de amá-la, ou que o pai agora tem outra família e por isso não tem mais espaço para a criança em sua vida, com a intenção de minar a relação entre pai e filho, para que “voluntariamente” a criança tome seu partido e fique contra o pai. (FRANÇA, 2011).

Essa prática é muito corriqueira, e boa parte das vezes é banalizada não tendo a atenção que merece, essa conduta é denominada Alienação Parental, e tem previsão legal na lei nº 12.318, publicada em de 26 de agosto de 2010, data em que veio reconhecer e também definir o que seria a Alienação Parental, com a intenção de erradicar tal prática. A Lei 12.318/10:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

A partir dos esclarecimentos da Lei 12.318/2010, verifica-se que o propósito da alienação parental é acabar o vínculo existente entre um dos pais e o menor, por meio de campanhas injuriosas e difamatórias realizadas pelo alienador, inserindo histórias e fatos inverídicos para que assim o filho possa cortar permanentemente os laços com o outro genitor. Embora a alienação parental seja bastante comum nas famílias brasileiras, sua prática não pode ser julgada como algo natural, deve ser encarada como uma violência contra a criança e o genitor alienado, podendo trazer consequências devastadores aos filhos. As crianças submetidas a essa prática podem desenvolver algumas manifestações, como difamação, ponderações depreciativas sobre um dos pais, preferência pelo genitor alienador, além é claro da grande resistência às visitas.

Madaleno, ao dissertar sobre o problema da alienação parental, manifesta que: “Adultos corrompem covardemente a inocência das crianças e adolescentes quando se utilizam da Síndrome de Alienação Parental (SAP) e é exatamente isso que deve ser entendido quando se fala na alienação parental” (2011, p. 447).

O autor Madaleno prossegue ainda, aduzindo o seguinte:

Lastimavelmente, tem sido uma prática bastante habitual de um pai ou uma mãe tentar obstruir a relação afetiva dos filhos com o outro ascendente, buscando uma cruel lealdade do filho e sua rejeição ao outro genitor e seus familiares. (MADALENO, 2011, p. 448)

Infelizmente como narra o autor acima, é bastante comum o episódio onde um dos pais tenta acabar com o relacionamento do filho e o outro genitor. Inconscientemente esses pais que praticam essa repudiante conduta não são conscientes que estão provocando sérios problemas na vida dos filhos, que pode anos mais tarde ser desenvolvida de uma forma mais grave, como é o caso da depressão e outras doenças que podem mudar definitivamente a vida do menor.

Nesse sentido, Cabral adverte que se essas práticas não forem combatidas em tempo hábil poderá causar grandes transtornos para a criança ou adolescente, assim:

Se essa prática não for encarada com seriedade e tratada em tempo hábil, pode acarretar à vítima sérios efeitos psicológicos, ao evoluir para uma verdadeira síndrome. Também chamada de “implantação de falsas memórias” (Richard Gardner, americano que primeiro identificou e estudou sistematicamente o assunto), a SAP – Síndrome da Alienação Parental – pode ser considerada um estágio de afastamento avançado, patológico e grave, caracterizado por grande perturbação mental e emocional capaz de provocar medo, ansiedade, náuseas e causar na vítima (o filho) uma verdadeira aversão pelo genitor alienado. (CABRAL, 2010, p. 81)

Por consequência, observando tais efeitos da SAP - Síndrome da Alienação Parental - verificar-se a importância em preservar as relações familiares de modo saudável, devendo ser resguardadas os filhos de todos os problemas que ocorrer entre o casal, com o intuito de não despertar uma desavença entre pais e filhos. França leciona que:

A criança vitimada pela síndrome da alienação parental corre o risco de se tornar um adulto marcado pela culpa presumível de ter sido responsável pela forma de separação dos pais. Não é exagero de dizer que essa síndrome funciona como meio de abuso ou de dano psicológico e emocional, capaz de desdobramentos de grave repercussão, incluindo nisso a depressão, transtornos de identidade e de imagem, sentimento incontrolável de culpa, comportamento hostil, entre outros. Estudos mostram que algumas dessas crianças, quando adultas, têm se mostrado sensível ao uso de álcool e drogas (FRANÇA, 2011, p. 167)

Consoante à exposição acima, tanto a criança quanto o adolescente vítima da síndrome da alienação parental futuramente pode tornar-se um adulto inseguro e infeliz, o qual carrega consigo a culpa pela frustração da relação dos seus pais. Pode-se dizer que a síndrome é um meio de abuso considerando os problemas psicológicos e emocionais que ela traz à criança, podendo levar até à depressão, transtornos de personalidade, comportamentos agressivos, e até suicídio, além de serem crianças propensas a fazer o uso de álcool e entorpecentes.

Nessa conjuntura, passa a guarda compartilhada a ser importante instrumento aliada do judiciário para garantir a convivência familiar de maneira equilibrada, assim os dois genitores poderão ajudar na criação e educação, assim como presenciar o desenvolvimento dos filhos, essa convivência deve acontecer de forma harmoniosa, erradicando de vez a alienação parental.

É pela razão exposta acima, que a Lei nº 11.698/2008 descreve a guarda compartilhada como: “responsabilização conjunta bem como as atividades de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Assim, fica claro o quanto é importante que os genitores, possam ter a consciência de fazer o melhor para seus filhos, da mesma forma em que demais profissionais, e o próprio judiciário possa inibir a prática da alienação parental, restaurando equilíbrio, e a liberdade de escolha da criança ou adolescente em relacionar-se e conviver com quem desejar, e principalmente, resgatar os vínculos desgastados entre a família.

Portanto, aplicar a guarda compartilhada nesse cenário constitui grande importância na vida e desenvolvimento da criança e adolescente, condicionando a eles uma criação permeada de carinho, amor, e cuidados de ambos os pais, além, de garantir a convivência ampla com seus pais, assim como o direito à educação, à residência fixa, e também a harmonia, entre outros aspectos.

4.4. As vantagens da guarda compartilhada para a criança

Para iniciar a elucidação acerca desse fenômeno, recorreremos à lição do STJ brasileiro, que com mais propriedade pode ratificar sobre as inovações da lei da guarda compartilhada. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi ao julgar o

Recurso Especial de número 1.251.000 – do Estado de Minas Gerais, decidiu o seguinte, “na verdade, a força transformadora dessa inovação legal (Guarda Compartilhada) está justamente no compartilhamento da custódia física, por meio da qual, ambos os pais interferem no cotidiano do filho.” Assim, não é a custódia física um elemento essencial na Guarda Compartilhada, “e sim a própria essência do comando legal que deverá ser implementada nos limites possíveis permitidos pelas circunstâncias fáticas”.

Pode-se concluir a partir do julgado acima, que a sapiência do ST - Superior Tribunal determina que na situação do caminho entre os lares dos genitores e a unidade escolar da prole pode possibilitar a alternância de casas seria o tipo ideal para os filhos do divórcio a convivência do século XXI, ou seja, a guarda compartilhada com convivência exercida de forma equilibrada, assim como determina o teor da Lei nº 13.058/14.

Como já mencionado no segundo capítulo deste trabalho, nota-se que uma das causas positiva provocada pelos novos paradigmas é justamente que tanto os homens quanto as mulheres estão se dando conta da essencialidade para suas vidas ter uma sadia convivência com seus filhos, e assim, os homens, cada vez mais buscam por seus papéis na vida dos filhos, não aceitando mais serem participantes secundários nessa importante fase que é o desenvolvimento da criança. (RAMOS, 2005)

Assim, uma das vantagens da Guarda Compartilhada é a possibilidade dos pais conviverem com seus filhos, prevenindo, assim, que a criança deixe de ter contato com o genitor que não possui sua guarda. Para o pai e a mãe é importante aquilo que for considerado o melhor para a proteção da criança.

Ao discorrer sobre as vantagens da guarda compartilhada para cumprir com o melhor interesse da criança e adolescente, o doutrinador Filho pontua que:

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto. (FILHO, 2014, p. 211)

O novo modelo de guarda como se verifica ainda conserva de forma intacta o dia a dia dos filhos, prosseguindo o relacionamento de forma próxima e assídua com ambos os genitores, sem causar perturbações, ou impor por escolhas

dos filhos. Percebe-se ainda, que de forma autêntica desenvolve nos pais uma consideração pelo ex-parceiro devido à dedicação e a participação efetiva de seu papel como pai ou mãe.

Os pais percebem que devem desenvolver a confiança um no outro, com a finalidade de criarem seus filhos. Reforça-se dessa maneira como os pais representam para ambos, ainda que estejam separados, a obrigação do exercício paternal, devendo em parceria com o outro doar-se para transmitir bons valores e cuidados aos filhos, como faziam na vigência do casamento.

E para comprovar o melhor interesse da criança possibilitado com a guarda compartilhada, importante mostrar as disposições do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus artigos 4º e 5º, *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Como propõe o próprio estatuto, deve ser observado o princípio do melhor interesse da Criança e do Adolescente rigidamente no momento de determinar com quem ficará a guarda dos filhos, considerando que trata de pessoas em fase de desenvolvimento, e dessa forma, precisam de uma proteção especial. Assim, terá como princípio primordial a guarda compartilhada, a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, o bem-estar do menor.

Tende também a diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro. Quando estes sentimentos estão presentes na criança entende que a ligação, interesse, carinho, afeto, necessidade de convivência e apoio a um dos pais, significa deslealdade e traição ao outro. As consequências emocionais são muito sérias e a criança pode isolar-se, afastando-se de ambos os pais, inclusive daquele que teme estar traindo e magoando. (MOTTA, 1998, p. 197)

Esse modelo de guarda ainda beneficia o bem estar entre o casal, considerando a extinção de conflitos, além de não impor ao menor um poder de decisão, sobre com qual genitor deseja morar.

Filho aponta que:

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. (FILHO, 2014, p. 212)

De acordo com o estudo abordado no primeiro capítulo, mais precisamente no tópico 2.2 deste trabalho, verifica-se a importância da participação do pai e da mãe na vida dos filhos, e que a cooperação pode proporcionar uma forma pacífica em resolver os problemas. Observa-se ainda em relação ao tocante aos filhos, outra vantagem bastante importante da guarda compartilhada sob o prisma do melhor interesse do menor, que é na redução de sentimento de angústia ocasionada pela perda do genitor ausente, como acontece frequentemente na guarda única.

A guarda compartilhada pode reduzir os efeitos da separação dos pais, como acabar com os sentimentos de rejeição, além disso, proporcionar a convivência com o pai e a mãe, sem conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação. O legislador quando criou essa modalidade de guarda em detrimento das demais espécies de guarda, quis assegurar integralmente a proteção e o melhor interesse do menor, que passava sempre por situações constrangedoras devido à ausência de um dos genitores. A lei busca minimizar os efeitos da separação dos pais como abordado no segundo capítulo.

Portanto, a partir do estudo desse capítulo, pode-se concluir que buscando atender o melhor interesse do menor, a legislação demonstrou consideráveis mudanças, principalmente sobre a guarda compartilhada como meio de reestabelecer a convivência entre os genitores, enfatizando a convivência dos filhos com seus pais, assim como o interesse, sem dúvida, dos pais é o bem estar dos filhos, em outras palavras, a melhor para proteção do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou um importante e concreto conhecimento em face dos debates que há sobre o assunto. Sem dúvida, não é possível tratar de todos os pontos que o tema merece. Seria, no entanto, muita insolência ratificar que foram abordados todos os conhecimentos de forma minuciosa. Doutro lado, várias discursões sobre o instituto da guarda compartilhada, com esse estudo ficaram mais claras.

Assim, o ponto inicial dos debates ocorreu com o destaque das modificações representativas que houve no decorrer dos anos no ambiente familiar, nascendo dessa forma a necessidade de algumas mudanças. Notando o que acontece no dia a dia, percebe-se que a dissolução da união conjugal entre os casais vem acontecendo frequentemente, e com isso, surgem os principais conflitos decorrentes da ruptura conjugal.

Com o fim do relacionamento dos genitores, percebe-se notável desestabilidade na estrutura familiar, colocando os filhos a mercê de brigas e conflitos decorrentes da separação, com isso, os pais não podem oferecer os devidos cuidados que merecem, ocasionado um impacto muito grande na vida dos filhos, capaz de levar às consequências irreparáveis.

Surge então daí o problema de quem deveria ficar com filhos. Houve momentos na história em que a guarda somente poderia ser exercida pelo pai, ou pela mãe, outros momentos a guarda só poderia ser dada aquele cônjuge que não tivesse ensejado no fim do matrimônio. No entanto, nos dias atuais a guarda é concedida àquele genitor que apresentar ter melhores condições para exercê-la, com a finalidade de atender o melhor interesse do menor.

A Lei nº. 11.698, promulgada em 13 de junho de 2008, mudou alguns dispositivos do Código Civil, mais precisamente os artigos 1.583 e 1.584, os quais expressamente consolidou a guarda compartilhada dos filhos de pais separados. Não obstante, o instituto da guarda compartilhada já era acolhido pela doutrina e jurisprudência, patrocinado pelos princípios do melhor interesse da criança e da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

Nesse sentido, a Lei nº. 11.698/2008 oficializou o instituto da guarda compartilhada por meio da modificação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, e via de regra, deve ser adotada a guarda compartilhada, podendo ser requerida pelos pais. Nesse cenário, a guarda compartilhada concede a ambos os genitores a possibilidade de mesmo após a ruptura conjugal dar continuidade ao exercício de seus respectivos papéis como responsáveis pelos filhos, e participando ativamente do dia a dia da criança, como na educação, no auxílio a saúde, lazer, ou seja, em todo o processo de desenvolvimento do filho.

O direito comparado comprou a eficácia da guarda compartilhada se realizada pelo pai e pela mãe, sendo estes capazes de exonerar os filhos dos conflitos do seu relacionamento, assim preceituam que a criança continuará possuindo os pais mesmo depois do término da relação conjugal.

Pretendeu-se demonstrar com este trabalho, que a aplicação da guarda compartilhada influencia na proteção do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, descrevemos no marco teórico, a extensão conceitual da guarda compartilhada. Nesse mesmo sentido, ainda traçamos a proporção da unidade familiar para a adoção da guarda compartilhada e a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente. Ainda transcrevemos a importância da aplicação da guarda compartilhada, sem deixar de narrar sobre as consequências da guarda compartilhada na tentativa de valorizar o melhor interesse da criança e do adolescente.

A guarda compartilhada atende aos interesses das crianças já que eles poderão ser acompanhados por ambos os genitores no seu dia a dia, sem que haja visitas determinadas e prefixadas. Além disso, a guarda compartilhada atende também aos interesses dos genitores, os quais poderão exercer seu papel e terem suas opiniões consideradas nas decisões sobre o filho, assim, poderão assistir e acompanhar o desenvolvimento do menor, desfrutando de um convívio livre, como também tornarem mais estreitos os laços afetivos.

Portanto, essa pesquisa alcançou sua finalidade, desbravando todas as disposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais, até chegar à conclusão de que a guarda compartilhada é a mais benéfica à criança e aos seus pais, além de preservar os direitos e assegurar a melhor proteção ao interesse da criança e adolescente já que seus direitos alcança todo o sistema jurídico pátrio. Assim, a guarda compartilhada proporciona a garantia dos direitos concernentes à criança,

assegurando-lhe o pleno desenvolvimento, bem como sua formação cidadã, impedindo os abusos por parte do genitor que mais convive, para não influenciar ou abusar de sua fragilidade para manipulá-lo contra o genitor não detentor da guarda. Podendo concluir ainda que a o instituto da guarda compartilhada é eficaz para combater a alienação parental que ocorria de forma desmedida nos lares das famílias brasileira, prejudicando tanto a relação entre filho e genitor, quanto o desenvolvimento emocional da criança.

REFERÊNCIAS

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

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada - Um avanço para a família moderna.** 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em 03 de maio de 2017.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada** e a Lei nº. 11.698/08. Jus Navegandi. Teresina, ano 13, nº. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>. Acesso em: 11 de maio de 2009.

BERNARDI, Maria Grazielle. **Poder Familiar.** Ago. 2009. Disponível em:<<http://www.artigonal.com/carreira-artigos/poder-familiar-1176495.html>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos.:** Editora Universitária, São Paulo, 1981.

BRANDAO, Débora Vanessa Caús. **Guarda Compartilhada: só depende de nós. Revista da Faculdade de Direito.** Disponível em: <http://www.metodista.br/pcc/revista-da-faculdade-de-direito/revista-da-faculdade-de-direito02/guarda-compartilhada-so-depende-de-nos/>. Acesso em: 14 de Fevereiro de 2017

BRASIL. **Jusbrasil.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/226174776/agravo-de-instrumento-ai-70065346595-rs>. Acesso em 24 de março de 2017

BRASIL. **Jusbrasil.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>. Acesso em 24 de março de 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 15 de março de 2017

BRASIL, Lei Nº. 6.515, promulgado em 26 de dezembro de 1977 – **Dispõe os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.**

BRASIL, Lei Nº. 8.069, promulgado em 13 de Julho de 1990 – **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.**

BRASIL, Lei Nº. 10.406, promulgado em 10 de janeiro de 2002 – **Institui o Código Civil Brasileiro.**

BRASIL, Lei Nº. 11.698, promulgado em 13 de junho de 2008 – **Dispõe sobre a instituição e disciplina da Guarda Compartilhada** no art. 1.583 e 1.584 da Lei nº. 10.406/2002

BRASIL, **Lei 12.318.** Aprovada em 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 02 de março de 2017

BRASIL, Lei nº. 13.058 – Promulgada em 22 de Dezembro de 2014; **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 06 de maio de 2017.

BRITO, Leila Maria Torraca. **Guarda Conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRITO, Leila Maria Torraca; GONSALVES, Emmanuela Neves. **Guarda Compartilhada: Alguns Argumentos e Conteúdos da Jurisprudência.** Revista Direito GV. São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100011&lang=pt. Acesso em: 11 de maio de 2017

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Efeitos Psicológicos e Jurídicos da Alienação Parental.** 2010. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/efeitos_psicologicos_e_juridicos_da_alienacao_parental.pdf. Acesso em 05 de maio de 2017.

CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e responsabilidade, repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada.** São Paulo: QuartierLatin, 2006.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CHECCHINATO, Durval. **Psicanálise de pais: crianças, sintoma dos pais.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2007.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **O novo Direito da criança e do adolescente no Brasil: o conteúdo e o processo de mudanças no panorama legal.** In: Cadernos do CBIA. Rio de Janeiro: CBIA (jan./fev.), 1992

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Berenice Maria. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6. ed. ver. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada,** São Paulo, 2002

FONTES, Simone Roberta. Guarda Compartilhada: **Doutrina e Prática**. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**, Saraiva, São Paulo. 2008.

GESSE, Eduardo. **Guarda da criança e adolescente: Conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas**. Artigo Jurídico. Presidente Prudente. São Paulo. 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 389.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Guarda Compartilhada**. 2. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 5 v. p. 278-9

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos: os conflitos no exercício do Poder familiar**: São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: **Direito de família, relações de parentes, direito patrimonial**: arts. 1.591 a 1.963, Vol.16. Coord. AZEVEDO, Álvaro Vellaça, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

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

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. Direito de Família e Ciências Humanas**. Coord. Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta, São Paulo, Jurídica Brasileira, Caderno de Estudos n. 2, p. 197-213, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____. **O Instituto da Guarda Compartilhada**. Saraiva. São Paulo. 2014.

PEREIRA, Tânia Pereira. **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a lei nº. 11.698\08**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2 ed. São Paulo: J. Mizuno, 2008.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre a Guarda Compartilhada**. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015.

SILVIO. Rodrigues. **Direito Civil: Direito de família**, p. 344. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. "**Exercício do poder paternal nos casos de divórcio**", cit., p.143-144; SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 4.ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais**. Disponível em:

http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17637_17663.pdf>.
Acesso em: 10 de fevereiro de 2017

THOMÉ, Liane Maria Busnello; FÉLIX, Denise. **A guarda compartilhada como alternativa para as novas relações parentais**. Juris Síntese, Porto Alegre, n.º 36, jul./ago. 2002. [CD-ROM].

VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

WALDYR FILHO, Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.