



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO - FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FACIUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

NATHÁLIA APARECIDA E SILVA BORGES

**UMA ANÁLISE DA LEI N.º. 11.698/08 SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monte Carmelo-MG
2018

NATHÁLIA APARECIDA E SILVA BORGES

**UMA ANÁLISE DA LEI Nº. 11.698/08 SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Fucamp - Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Mariana Ribeiro de Melo Martins

Monte Carmelo-MG
2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos, é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A minha orientadora, pelo empenho dedicado a mim e ao meu trabalho.

Aos meus pais, ao meu esposo, e todos os meus familiares pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“Toda ação humana, quer se torne positiva ou negativa, precisa depender de motivação”.

(Dalai Lama)

RESUMO

O presente trabalho tem como tema central o instituto da guarda compartilhada exercida por ambos os genitores após a ruptura das relações conjugais. Para tanto, fará uma análise do compartilhamento da guarda sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Neste diapasão, o estudo objetiva refletir sobre a inserção do compartilhamento no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, após a ruptura dos vínculos conjugais, proporcionando aos genitores a possibilidade de exercer os direitos e obrigações concernente ao poder familiar conjuntamente. Nesse contexto, delimita-se como objeto do presente trabalho a importância e o fundamento da guarda compartilhada na busca de proporcionar aos filhos de pais separados a permanência dos vínculos de afetividade com ambos os genitores. Destarte, em face do disposto, pergunta-se: Por que a guarda compartilhada foi adotada como regra no direito brasileiro em detrimento da guarda unilateral? Subsidiariamente, pergunta-se; essa nova modalidade atende o princípio do melhor interesse da criança ou carece de efetividade? Por conseguinte, a pesquisa justifica-se pela contribuição que poderá trazer no sentido de destacar a importância do instituto da guarda compartilhada, na busca do melhor interesse da criança, pelo fato de ser cada vez mais frequente o rompimento do vínculo conjugal entre os genitores e o exercício do poder familiar dos pais que não vivam sob o mesmo teto. A metodologia a ser utilizada será o tipo de pesquisa bibliográfica, bem como documental. Será adotado o método dedutivo para a realização da pesquisa bibliográfica e documental, que servirá para delinear a importância da guarda compartilhada à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Enfim, o presente ensaio se dedicará a investigar o instituto da guarda compartilhada para finalmente concluir o porquê da mesma ser adotada como regra no Direito de Família Brasileiro, bem como os reais motivos que atende o melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chaves: Guarda compartilhada. Melhor Interesse. Prole. Rompimento. Vínculo Conjugal.

ABSTRACT

The present work has as its central theme the institute of shared guarding exercised by both parents after the rupture of conjugal relations. In order to do so, it will carry out an analysis of the shared custody from the point of view of the principle of the best interest of the child and the adolescent. In this passage, the study aims to reflect on the insertion of shared custody in the Brazilian legal system as a rule, after the rupture of conjugal, giving the parents the possibility of exercising rights and obligations concerning family power together. In this context, the importance and foundation of shared custody in the quest to provide the children of separated parents the permanence of affective bonds with both parents is delimited as the object of the present work. Thus, in view of the provision, it is asked: Why was shared custody adopted as a rule in Brazilian law at the expense of unilateral custody? In the alternative, it is asked; does this new modality meet the principle of the best interest of the child or does it lack effectiveness? Therefore, the research is justified by the contribution that it can bring to highlight the importance of the institute of shared custody, in the search of the best interest of the child, due to the fact that the separation of the conjugal bond between the parents and the exercise of the family power of parents who do not live under the same roof. The methodology to be used will be the type of bibliographic as well as documentary research. The deductive method will be adopted for the accomplishment of bibliographical and documentary research, which will serve to delineate the importance of shared custody in the light of the principle of the best interest of the child and the adolescent. Finally, the present essay will focus on investigating the shared custody institute to finally conclude why it is adopted as a rule in the Brazilian Family Law, as well as the real motives that serve the best interest of the child and the adolescent.

Keywords: Shared guard. Best Interest. Offspring. Disruption. Conjugal Bond.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 O PODER FAMILIAR DOS GENITORES INSERIDO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO..... | 9 |
| 2.1 Contexto Histórico do poder familiar no ordenamento jurídico brasileiro | 10 |
| 2.2 Características básicas do poder familiar | 14 |
| 2.3 Hipóteses de extinção, suspensão e destituição do poder familiar dos genitores..... | 16 |
| 3 UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES NO DIREITO BRASILEIRO..... | 20 |
| 3.1 Conceito e evolução da guarda dos filhos no direito brasileiro..... | 20 |
| 3.2 Espécies de guarda dos filhos menores | 22 |
| 3.2.1 Guarda de nidação e guarda alternada..... | 23 |
| 3.2.2 guarda comum ou originária..... | 24 |
| 3.2.3 Da guarda unilateral exercida por um dos pais | 26 |
| 3.2.4 Guarda compartilhada exercida entre os genitores..... | 26 |
| 4 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 30 |
| 4.1 Evolução e conceito da guarda compartilhada no Direito de Família Brasileiro | 31 |
| 4.2 A corresponsabilidade dos genitores na guarda compartilhada..... | 36 |
| 4.3 Das alterações referentes a guarda compartilhada instituída pela Lei nº. 13.058/2014 | 40 |
| 4.4 Fundamentos psicológicos da guarda compartilhada | 42 |
| 4.5 A guarda compartilhada como regra à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente..... | 45 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 49 |
| REFERÊNCIAS | 52 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central o instituto da guarda compartilhada exercida por ambos os genitores após a ruptura das relações conjugais. Para tanto, fará uma análise da guarda compartilhada sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste diapasão, o estudo objetiva refletir sobre a inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro como regra, após a ruptura dos vínculos conjugais, proporcionando aos genitores a possibilidade de exercer os direitos e obrigações concernente ao poder familiar conjuntamente.

O instituto da guarda compartilhada é identificado como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos genitores, que não vivam sob o mesmo teto, concernente ao poder familiar dos filhos comuns. Nesse contexto, delimita-se como objeto do presente trabalho a importância e o fundamento da guarda compartilhada na busca de proporcionar aos filhos de pais separados a permanência dos vínculos de afetividade com ambos os genitores.

A Lei 11.698 de 13 de julho 2008 prevê o instituto da guarda compartilhada, cabendo àqueles que exercem o poder familiar ter os filhos em sua companhia de forma participativa e igualitária. Nesse aspecto, em face do disposto, pergunta-se: Por que a guarda compartilhada foi adotada como regra no direito brasileiro em detrimento da guarda unilateral? Subsidiariamente, pergunta-se; essa nova modalidade atende o princípio do melhor interesse da criança ou carece de efetividade?

Neste linear, indubitavelmente, pode se afirmar que a guarda compartilhada foi instituída como regra no direito brasileiro, com o objetivo de extirpar a sensação de abandono causada aos filhos, em razão da separação dos pais, possibilitando o contato diário dos filhos com ambos os genitores, e preservando o vínculo afetivo entre pais e filhos. Em síntese, os pais possuem o compromisso de tomar decisões em conjunto como se ainda fossem casados.

Ademais, inquestionavelmente a guarda compartilhada é o instituto mais importante e mais eficaz na busca de efetivar o melhor interesse da criança, uma vez que proporciona uma aproximação dos filhos com ambos os genitores, haja vista que o pai e a mãe são igualmente importantes para os filhos, seja criança ou adolescentes. Sendo assim, essas relações devem ser preservadas para a garantia do adequado desenvolvimento fisiopsíquico dos filhos.

Neste sentido, a pesquisa justifica-se pela contribuição que poderá trazer no sentido de destacar a importância do instituto da guarda compartilhada, na busca do melhor interesse da criança, pelo fato de ser cada vez mais frequente o rompimento do vínculo conjugal entre os

genitores e o exercício do poder familiar dos pais que não vivam sob o mesmo teto, acarretando disputas acirradas pela guarda dos filhos menores no Poder Judiciário. Dessa forma, a pesquisa visa esclarecer as dúvidas acerca do instituto e demonstrar sua exequibilidade para a criação e educação dos filhos de pais separados.

Nessa senda, o presente trabalho abordará no primeiro capítulo o poder familiar dos genitores inserido no direito de família brasileiro; contexto histórico do poder familiar; características básicas do poder familiar e hipóteses de extinção, suspensão e destituição do poder familiar. O segundo capítulo abordará o instituto da guarda no direito brasileiro e suas espécies.

O terceiro e último capítulo relatará o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conceito e evolução da guarda compartilhada; a corresponsabilidade dos genitores na guarda compartilhada; as alterações referentes guarda compartilhada instituída pela Lei nº 13.058/14; fundamentos psicológicos da guarda compartilhada e a guarda compartilhada como regra à luz do princípio melhor interesse da criança e do adolescente.

A metodologia a ser utilizada será o tipo de pesquisa bibliográfico, por meio da análise de livros, artigos e textos disponível na internet para melhor compreensão do tema em apreço. Ademais, também será adotado o tipo de pesquisa documental, por meio da análise das leis infraconstitucionais, como fonte primária para exploração do conteúdo em comento.

Será adotado o método dedutivo para a realização da pesquisa bibliográfica e documental, que servirá para delinear a importância da guarda compartilhada à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por conseguinte, o presente ensaio se dedicará a investigar o instituto da guarda compartilhada para finalmente concluir o porquê da mesma ser adotada como regra no Direito de Família Brasileiro, bem como os reais motivos que atende o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 O PODER FAMILIAR DOS GENITORES INSERIDO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

O direito de família, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, visa regulamentar as diversas formas de família, defendendo os interesses particulares de cada indivíduo dentro do quadro familiar e do grupo em seu todo. Desta feita, o direito de família estabelece o estado da pessoa e sua forma peculiar de proteção.

Neste deslinde, o estado de cada ente da família pode ser modificado, ou adquirido, seja por um fato jurídico (nascimento), seja por um ato jurídico (adoção ou casamento). O Direito de Família, segundo Diniz (2013, p. 18) é, portanto, o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo casamento, união estável, ou mesmo pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial.

A proteção conferida à família pelo Estado é imprescindível para assegurar os interesses e direitos personalíssimos, até mesmo, porque, tal ramo do direito encontra-se mais atrelado ao direito da personalidade do ente familiar do que com aspectos patrimoniais dos indivíduos.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 17) conceitua família como o conjunto de pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afetividade e pela adoção. A expressão família, portanto, compreende os cônjuges, companheiros, os parentes e os afins.

O conceito de família muito se evoluiu ao longo da história, pois em períodos remotos a família era considerada somente aquela advinda do matrimônio entre pessoas de sexos diferentes. Hodiernamente, graças à evolução dos direitos fundamentais, as Constituições passaram a considerar a pluralidade de família desde que unida pela afetividade, ou pelo parentesco natural ou civil, independente de gênero ou orientação sexual.

No que concerne ao instituto do “poder familiar”, afirma Dias (2016, p. 456) que, tal expressão, adotada pelo atual Código Civil, diz respeito ao antigo “pátrio poder”, termo do direito romano que corresponde ao direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da família sobre a pessoa dos filhos.

O vocábulo “poder familiar” trata-se do antigo “pátrio poder”. Com as evoluções históricas e feministas, os estudiosos entenderam pela necessidade de mudar o vocábulo, tendo em vista que a expressão anterior era muita machista e demonstrava a superioridade do pai em relação à mãe no que diz respeito aos direitos e deveres para com os filhos. Nesse sentido, insta transcrever que:

A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram as mudanças. Daí poder familiar (DIAS, 2016, p.456).

Desta forma, as evoluções contribuíram para a mudança na denominação da expressão do poder familiar, haja vista que, tendo ambos os pais os mesmos direitos e deveres para com os filhos, a expressão anterior não poderia permanecer nos dias atuais.

Logo, o antigo pátrio poder é denominado atualmente de poder familiar, e, com as mudanças constitucionais, a igualdade de gênero precisou prevalecer sobre as antigas tradições que consideravam o homem como um ser superior à mulher. A partir de então, homens e mulheres são iguais perante a lei, conseqüentemente, exercem os mesmos direitos e deveres concernente ao poder familiar dos filhos.

2.1 Contexto Histórico do poder familiar no ordenamento jurídico brasileiro

Como explicitado anteriormente, o poder familiar passou por evoluções ao longo da história da civilização. Em tempos remotos esse poder visava mais a valorizar e evidenciar a superioridade masculina, do que a proteção aos interesses dos infantes. Esses, assim como as mulheres por muitos anos não foram considerados sujeitos de direito, o que fez com que fossem considerados coisas nas mãos dos chefes de família que a bel prazer tratavam os da forma que melhor lhe conviesse.

Segundo Nogueira (2011, n. p.) vestígios históricos demonstram que, antigamente, o grupo familiar não se limitava em relações individuais, pois as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo. Com isso, restava evidente o desconhecimento do pai biológico dos filhos gerados no ventre das mulheres da tribo.

Nessa época remota, os filhos passavam todo o tempo com a mãe, que os alimentavam e educavam. Posteriormente, Nogueira (2011, n. p.) aponta que, a escassez feminina dentro das tribos e o excesso de guerra deixou o homem com extrema carência sexual, o que o fez com que buscasse relações com mulheres de outras tribos. Diante disso, o homem começa a se preocupar com a individualização e a exclusividade nas relações, nascendo a monogamia e, com ela, o exercício do pátrio poder.

Nesta baila, afirma Nogueira (2011, n. p.) que a divisão entre os deveres da mãe e os deveres do pai, passaram a ficar evidente. A mãe, em regra, exercia a guarda, e o pai, o dever

de fiscalização e o direito de visitas. Cabia à genitora prestar afeto e amor aos filhos, e ao pai cabia a função de autoridade. Essas funções eram separadas conforme o sexo biológico dos pais, o que não acontece hodiernamente, haja vista que essas funções passaram a ser complementares.

O Poder familiar, antigo “pátrio poder”, segundo Nogueira (2011, n. p.), é um dos institutos mais antigos do direito de família e visava o exclusivo interesse do chefe da família. Teve sua origem na Roma Antiga, onde a lei permitia ao pai alienar e até mesmo tirar a própria vida dos filhos, inclusive dispor de sua mulher quando entendesse conveniente, pois sobre eles tinham o total poder, como se fossem objetos descartáveis.

Porém, afirmam Souza e Fernandes (2013, n. p.) que, com o passar dos anos, a sociedade foi se evoluindo paulatinamente, permitindo assim, o surgimento de novos conceitos de família e, com isso, o poder familiar acompanhou as evoluções, a fim de atender as necessidades jurídicas das famílias brasileiras. O Estatuto da Mulher Casada, que modificou o art. 380 do Código Civil de 1916, representa uma evolução ao instituto do poder familiar, reconhecendo o direito da mulher de colaborar no exercício do pátrio poder.

A propósito, Souza e Fernandes (2013, n. p.) apontam que o pátrio poder foi conferido a ambos os pais para exercerem conjuntamente, porém, na falta de um dos genitores, o pátrio poder passaria a ser exercido exclusivamente pelo outro genitor. Contudo, nos casos de divergência entre os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, a decisão do pai prevalecia, mas competia à mãe recorrer ao judiciário para solucionar a divergência.

Em face deste cenário, a mulher que se casasse novamente teria os direitos do pátrio poder resguardado com relação aos filhos do leito anterior, com base no art. 393 do Código Civil de 1916, o que representou um avanço no Direito de Família, pois, anteriormente ao Estatuto da Mulher Casada, a viúva era impedida de se casar novamente, para que fossem resguardados os direitos dos filhos advindo do casamento anterior.

Mas, conforme preconizam Souza e Fernandes (2013, n. p.), com a edição do Estatuto da Mulher Casada o direito da genitora quanto ao pátrio poder passou a ser resguardado, ainda que contraísse novas núpcias, exercendo-o sem qualquer interferência do marido. Outra evolução importante do instituto, surge com a Lei do Divórcio, que por meio da admissão do desquite, preencheu as lacunas deixadas pelo Código Civil de 1916, no que diz respeito à guarda dos filhos e do provimento alimentar.

No direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao pater, na qualidade de chefe da organização

familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana (RODRIGUES, 2006, p. 353).

Neste viés, a família era controlada pelo chefe de família, no caso, o homem, e este tinha total domínio sobre seus filhos e sua esposa, inclusive poderia dispor dos mesmos, vendendo-os e até mesmo tirando-lhes a própria vida se entendesse conveniente. Dessa forma, os filhos e a mãe não tinham direito algum que poderia impedir o chefe de fazer algo contra os mesmos.

Por volta da Idade Média, segundo Venosa (2005, p. 335) ocorreu um confronto entre o instituto do *pater potestas*, do Direito Romano, com a orientação mais maleável quanto à figura do pai, que adveio com os povos estrangeiros. A partir daí, o instituto do pátrio poder passa a ter um caráter mais protetivo, impondo aos titulares obrigações para com os filhos.

No direito brasileiro, conforme aponta Dias (2016, p. 456), o Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido, como “o cabeça do casal”, chefe da sociedade conjugal. Na sua falta, a chefia da casa passava para a mulher, que assumia o exercício do pátrio poder dos filhos.

A discriminação com o gênero feminino era tão exacerbada que, se a viúva se casasse novamente perdia o pátrio poder, vindo a recuperá-lo somente nos casos de nova viuvez. O Estatuto da Mulher, Lei nº. 4.121 de 1964, ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, que era exercido pelo marido com a colaboração da mulher.

Posteriormente, passou a ser reconhecido subsidiariamente às mulheres, até que, com a modernidade, devido ao reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, o poder familiar passa a pertencer a ambos os genitores, conferindo direitos e obrigações a ambos os pais para com os filhos.

Com as evoluções ocorridas no Direito de Família, o “*pater poder*” passa a ser denominado de “poder familiar”, em razão da igualdade constitucional entre homens e mulheres. Tal instituto, sofreu diversas alterações no decorrer da história, principalmente, no que diz respeito à conotação machista, haja vista que tal poder pertencia exclusivamente aos homens.

Logo, nota-se que instituto do poder familiar muito se alterou no decorrer da história, acompanhando o curso das transformações ocorridas com a família. Assim, com sua evolução foi necessário deixar a denominação remota para compatibilizar com o direito de família moderno, já que a nova denominação reconhece a igualdade de direitos entre homens e mulheres, não podendo permanecer um vocábulo antigo, machista e de conotação discriminatória e autoritária.

Com a Constituição Federal de 1988, aponta Dias (2016, p. 457) que, foi dado tratamento isonômico entre o homem e a mulher em todos os aspectos, inclusive nas relações familiares, assegurando direitos e deveres, outorgando a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

Portanto, com a promulgação da Carta Magna de 1988, consagrou-se o princípio da igualdade na sociedade conjugal, igualou os direitos dos filhos adotivos, ilegítimos e legítimos, e proibiu qualquer forma de discriminação referente à filiação. Posteriormente, o legislador, com intuito de reforçar o princípio da igualdade na família, criou o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecendo o direito dos filhos menores ao pátrio poder, independente da situação dos genitores em relação ao casamento.

Desta feita, diante do quadro evolutivo na legislação brasileira, o Código Civil de 2002 buscou acompanhar as transformações sociais e jurídicas, que ocorreram na sociedade, percebendo a necessidade de atualizar a denominação de “pátrio poder” para “poder familiar”, buscando uma maior coerência com a Constituição Federal, que assegura a igualdade entre os homens e mulheres na sociedade conjugal e fora dela, já que a antiga denominação priorizava a figura do genitor nas relações familiares.

Dessa forma, verifica-se que o instituto evoluiu paulatinamente, conferindo igualdade entre ambos os genitores no exercício do poder familiar, além de assegurar aos filhos o direito a uma convivência com ambos os pais independentes da sociedade conjugal.

Neste diapasão, o poder familiar passa a pertencer a ambos os pais, mas, com a maioria dos filhos, os pais são destituídos desse poder, o que não significa dizer que estão isentos de prover a assistência material ou imaterial dos filhos. Pois, atingida a maioria e, havendo necessidade, os pais continuam obrigados a colaborar com a formação profissional e o sustento dos filhos até que os mesmos atinjam a independência financeira.

Em contrapartida, havendo necessidade dos pais, e possibilidade dos filhos os mesmos também são obrigados a prover o sustento e assistência para com os pais, em razão da reciprocidade alimentar própria dos laços biológicos e afetivos.

Diniz (2013, p. 613) entende que o poder familiar é irrenunciável. Incumbe aos pais esse poder-dever que é inalienável, tanto a título gratuito quanto a título oneroso, cabendo uma única exceção, no que diz respeito à delegação do poder familiar por vontade dos pais ou responsável. Portanto, cabem a ambos os pais, em primeiro lugar, a criação e educação dos filhos, assistindo-os e tendo-os em sua companhia e guarda até que atinjam a maioria.

Sendo assim, competem aos pais cumprir o estabelecido no art. 1.634 do Código Civil, sempre na forma de colaboração entre si, visando, acima de tudo, o melhor interesse dos filhos. No mais, cabe salientar que o poder familiar permanece a ambos os pais, até mesmo onde a sociedade conjugal não esteja mais vigorando e, também, em torno das famílias monoparentais.

Nota-se, também, que o caráter de obrigação do poder familiar, do art. 227 da Magna Carta de 1988, refere-se expressamente aos deveres dos pais com relação aos filhos. Conforme preconiza Dias (2016, p. 458), o principal dever é da assistência, o qual será cumprido à medida que assumirem todos os seus encargos, dando o suporte necessário ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Por conseguinte, o poder familiar deixa de ter o sentido de autoridade para se tornar sinônimo de proteção, com características de direitos e obrigações conferidos aos pais para com os filhos. Destarte, afirma Dias (2016, p. 457) que o princípio da proteção integral concedeu nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerentes, configura infração suscetível de pena de multa, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nota-se que o poder familiar muito se evoluiu ao longo da história, pois era tido como um conjunto de prerrogativas conferidas ao chefe da família, sobre a pessoa dos filhos, poder esse absoluto e ilimitado. O antigo pátrio poder não buscava atender aos interesses dos filhos, mas tão somente conferia poder e destacava a superioridade do patriarca. Já o poder familiar moderno busca proteger os interesses do menor, conferindo direitos e obrigações aos pais, com intuito de preservar muito mais o interesse dos filhos do que dos próprios pais.

2.2 Características básicas do poder familiar

O poder familiar dos pais concernente aos direitos e deveres para com sua prole é conferido pelo Estado no momento do nascimento dos filhos, e por este poder, os pais têm o dever de prover o sustento, a educação e o bem estar de seus filhos, por outro lado, é conferido a eles o direito de ter os filhos em sua companhia e guarda e reclamar a guarda dos filhos de quem quer que os detenham injustamente.

O poder familiar dos pais faz parte do estado das pessoas, não podendo, desta forma, ser alienado, renunciado, delegado ou substabelecido. Logo, qualquer convenção em que o pai ou a mãe abdique deste poder será nula. Gonçalves (2013, p. 417) afirma que o poder familiar

constitui o múnus público, pois é o Estado que fixa normas para o seu exercício e interessa com seu bom desempenho.

O poder familiar, segundo Gonçalves (2013, p. 417) é irrenunciável, incompatível com a transação e indelegável, não podendo ser renunciado ou transferido a terceiro por mera vontade dos pais, salvo em hipótese de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, feita em juízo, geralmente em pedido de adoção, nos moldes do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre as características do poder familiar, pode se afirmar que:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescindível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família (DIAS, 2016, p. 458)

Portanto, o poder familiar apresenta quatro características básicas, quais sejam: a de ser intransferível, irrenunciável, inalienável e imprescindível. É decorrente da paternidade, mas, com a maioria dos filhos, extingue-se o poder familiar. Porém, existem casos de extinção do poder familiar antes mesmo da maioria, nas hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para mais, afirma Gonçalves (2013, p. 417) que o poder familiar também é imprescindível no sentido de que dele o genitor não decai por ausência de exercício, somente podendo perdê-lo nos casos previstos em lei. É ainda incompatível com a tutela, não podendo ser nomeado tutor a menor, cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Ademais, o poder familiar constitui-se em uma responsabilidade comum dos pais, de assegurar aos filhos menores o necessário ao seu sustento, proporcionando-lhes alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde, em conformidade com o art. 227 da Magna Carta de 1988 e o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diniz (2013, p. 616) explicita que o poder familiar apresenta-se como um encargo atribuído pelo Estado aos pais, no intuito de que estes zelem pelo bem estar futuro de sua prole, que serão posteriormente entregues à sociedade. Tal poder, trata-se de uma espécie de função, correspondente a um dever privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. Portanto, o

poder familiar diz respeito a um encargo atribuído pelo Estado aos genitores, em benefício dos filhos, de forma irrenunciável.

O poder familiar atribui aos pais inúmeros encargos e direitos irrenunciáveis, dentre eles o dever de tê-los em sua guarda e companhia. Diniz (2013, p. 616) afirma que os genitores devem estar presentes na vida de sua prole, e este dever é fundamental para que os filhos possam crescer e se desenvolver com estrutura e segurança. Desta forma, mesmo no caso de ausência de relacionamento afetivo entre os genitores, ou nos casos de separação, o poder familiar persistirá para ambos, devendo ser respeitado e exercido integralmente.

O poder familiar apresenta-se uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre os genitores e seus filhos, pois os pais têm o poder de mando, e os menores têm o dever de obediência. Os genitores na criação e educação dos filhos exercem autoridade sobre os mesmos, impondo-lhes limites para que desde cedo os filhos venham compreender o sentido das normas e a necessidade de respeitá-las.

Ante o exposto, nota-se que o poder familiar apresenta várias características básicas, sendo quatro as principais: a de ser irrenunciável, intrasferível, inalienável e imprescindível. É conferido aos genitores em decorrência do nascimento dos filhos ou da adoção, sendo um encargo atribuído aos genitores, e um direito dos filhos de obterem todos os cuidados necessários para uma vida digna e feliz.

2.3 Hipóteses de extinção, suspensão e destituição do poder familiar dos genitores

O Estado moderno tem legitimidade a entrar no recesso da família para defender seus membros, principalmente os incapazes. Para isso, o mesmo dispõe do direito de fiscalizar o adimplemento dos deveres decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-lo e até excluí-lo, quando um ou ambos mantêm comportamentos que possam prejudicar a prole.

Cabe ao Estado o dever de zelar pela integridade física e psíquica das crianças e adolescentes, devendo fiscalizar os pais no exercício do poder familiar, sendo obrigado a destitui-los do mesmo, caso ajam em desconformidade com as normas de proteção à criança e ao adolescente. Assim a extinção do poder familiar pode decorrer de fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial. O art. 1.635 do Código Civil menciona as seguintes causas de extinção: morte dos pais ou dos filhos, emancipação, maioridade, adoção, e decisão judicial e nos termos do art. 1.638 do Código Civil.

A extinção do poder familiar, por decisão judicial, decorre nos casos elencados no artigo 1.638, como causas de perda ou destituição. São elas: a) castigar imoderadamente o filho; b) abandonar o filho; c) praticar atos contrários à moral ou aos bons costumes e d) omitir reiteradamente com os deveres inerentes ao poder familiar.

Assim, a perda é sempre imposta no interesse dos filhos, haja vista a imprudência, negligencia ou dolo dos pais em praticar atos contra os filhos que ponham em risco os direitos fundamentais, a integridade física, à saúde, o bem estar e a própria vida dos infantes.

A suspensão e destituição do poder familiar, segundo Dias (2016, p. 466) constituem sanções aplicadas aos genitores por infrações aos deveres inerentes ao poder familiar, ainda que não sirva como pena ao genitor faltoso, o instituto não visa punir, mas proteger o menor de situação que ponha em risco sua integridade física e psíquica.

Todavia, devido as sequelas que a perda do instituto ocasiona, afirma Dias (2016, p. 466) que somente deve ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança e os direitos fundamentais da prole. Desta feita, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade é preferível a suspensão do que a destituição.

Neste linear pode se afirmar que suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais através do Estado Juiz, não com intuito punitivo, mas com intenção de proteger os filhos em situação de risco. Essa é imposta nas infrações menos graves, mencionadas no art. 1.638 do Código Civil, e que representam infrações genéricas aos deveres paternos.

No mais, a suspensão é temporária, perdurando somente pelo tempo estritamente necessário para a correção do erro cometido pelos pais ou por um deles. Ao cessar a causa que motivou a suspensão, o genitor impedido temporariamente volta a exercer-lo novamente. Dias (2016, p. 466) afirma que a suspensão pode ser total, quando envolver todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, impedido o genitor de exercer alguns poderes inerentes ao poder familiar. Por fim, a suspensão é facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho.

Já a destituição, é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial, decorrente de faltas graves praticadas pelo genitor contra o filho, que configura inclusive crimes tipificados na lei penal, conforme afirma Dias (2016, p. 466). Portanto, se o genitor praticar crimes de maus-tratos, crime de abandono, material ou intelectual, crimes de natureza sexual contra os filhos ou praticar na presença dos filhos conduta inconveniente, inclusive definida como crime será destituído do poder familiar por decisão judicial.

O Código Penal, por sua vez, também traz a possibilidade de destituição do poder familiar como efeito da condenação, nos casos de crimes dolosos, sujeito a reclusão, praticados pelos genitores contra os filhos menores. A Consolidação das Leis do Trabalho, no parágrafo único do art. 437, traz a hipótese de perda do poder familiar ao genitor, que permitir o trabalho dos filhos em locais nocivos à sua saúde, ou o exercício de atividade atentatória aos bons costumes e à moral.

Para mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 22 e 24 estabelecem a perda do poder familiar por infração dos genitores ao dever de sustento, educação e guarda dos filhos menores em seus artigos 22 e 24. Por conseguinte, diferente da suspensão, que é temporária, a destituição é permanente.

Todavia, afirma Dias (2016, p. 466) que, não se pode dizer que é definitiva, haja vista que os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem as causas que a determinarem. Não atinge só o poder familiar em relação a um filho, mas a todos, até porque, se o genitor não tem capacidade ou encontra impedido de exercer o poder familiar em relação a um filho, devido a prática de crime não pode exercer o poder familiar sobre os demais filhos, sob pena de pôr a vida e integridade física dos outros em risco também.

Assim, aponta Dias (2016, p. 467) que a perda ou suspensão do poder familiar não retira dos pais o dever de alimento, pois, se assim fosse, premiaria o genitor faltoso. Tampouco, a colocação da criança ou adolescente em família substituta ou tutela também não afasta o encargo alimentar dos genitores. A obrigação alimentar é unilateral e intransmissível, decorrente da condição de filho e independente do poder familiar.

Por conseguinte, explicita Dias (2016, p. 567) que a perda do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Entretanto, destituído do poder familiar, ao genitor não conserva mais o direito sucessório com relação ao filho, porém, o filho tem direito a herança do pai, já que a destituição do poder familiar por ato faltoso do pai não pode acabar por prejudicar os direitos dos filhos, pelo contrário, pois a destituição visa justamente defender e proteger os direitos dos infantes.

Pelo explanado, o poder familiar se refere a um instituto concedido aos pais em decorrência do nascimento dos filhos ou da adoção, que permanece com os mesmos até a maioridade dos filhos, ou nos casos de ocorrência de fatos naturais como a morte do genitor ou do filho, bem como outros fatores que levam a suspensão ou destituição do poder familiar dos genitores.

Tal poder visa deferir aos pais direitos em encargos para com os filhos, em proteção da prole, para que esses tenham assegurados todo o necessário a um desenvolvimento digno, haja vista que todo ser humano necessita durante sua infância de quem o crie, eduque, ampare e defenda, guarde e cuide de seus interesses, ou seja, tenha regência de sua pessoa e de seus bens.

3 UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da guarda dos filhos menores encontra previsto no Direito de Família brasileiro, e visa garantir aos filhos a companhia e assistência dos pais conjuntamente ou isoladamente, ou mesmo de outros parentes e, em último caso, pode ser deferida até mesmo a terceiros.

A guarda visa garantir ao detentor o livre exercício de todos os direitos e deveres concernente aos cuidados dos filhos, visando proteger os direitos fundamentais do infante, garantir o sustento, a educação, lazer e assistência, tudo que um ser humano necessite para viver dignamente. Logo, o exercício da guarda dos filhos tem como fundamento o melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1 Conceito e evolução da guarda dos filhos no direito brasileiro

O instituto da guarda, segundo Souza e Fernandes (2013, n. p.) é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho, enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia, de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, e agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Dias (2016, p. 514) conceitua guarda como, um instituto que visa garantir, de forma efetiva, a correspondência parental, a permanência da vinculação mais estrita, e ampla participação dos pais na formação e educação dos filhos. Logo mais, afirma que a guarda dos filhos é, implicitamente conjunta, se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais.

Souza e Fernandes (2013, n. p.) afirmam que, historicamente, os filhos sempre estiveram sob os cuidados da genitora, devido às antigas tradições, bem como pelo absoluto despreparo dos homens em desempenharem as funções de maternagem. Os meninos foram proibidos de brincar com bonecas, brincadeiras essas permitidas apenas às meninas.

Com essas tradições, os homens restavam despreparados em desempenhar a função que, por muitos anos foram destinadas apenas às mulheres. Assim, com a separação os filhos acabavam ficando aos cuidados da mãe. Porém, o Código Civil de 1916 determinava que, em caso de desquite, os filhos não necessariamente ficariam com a mãe, deveriam ficar com o cônjuge inocente, ou seja, de certa forma procurava punir o cônjuge que desse causa à

separação. Mas, se ambos fossem culpados, os filhos menores poderiam ficar com a mãe, se isso não acarretasse prejuízo de ordem moral aos filhos. Todavia, se a genitora dessa causa à separação, independente da idade dos filhos, os mesmos não ficariam em sua companhia.

O conservadorismo do Código Civil de 1916 não priorizava o interesse do menor, questionava apenas a postura dos genitores, com preocupações ligadas mais à moral e aos bons costumes do que com o próprio bem estar das crianças e adolescentes. Dessa forma, o interesse do menor ficava em segundo plano, já que as questões morais e religiosas prevaleciam sobre direitos relevantes, tal como, o direito das crianças e adolescente de crescerem ao lado da figura do genitor que melhor atendesse aos interesses dos filhos.

O Código Civil de 1916, com vestígios da antiga legislação romana atribuía ao patriarca da família poderes absolutos e incontestáveis. Segundo Souza e Fernandes (2013, n. p.) os filhos não tinham bens próprios e eram considerados *alieni júris*, já que não possuíam capacidade de direito. A plena capacidade para os atos da vida civil era conferida exclusivamente ao chefe de família.

A primeira lei a disciplinar a guarda dos filhos no ordenamento jurídico brasileiro foi o Decreto nº. 181/1990, segundo o qual os filhos ficavam com o cônjuge inocente. Posteriormente, segundo Souza e Fernandes (2013, n. p.), o instituto da guarda foi tratado por diversas normas, tais como o Decreto nº. 3.200/41, o Decreto Lei nº. 9.704/46, a Lei nº. 4.121/62 (estatuto da mulher casada), a Lei nº. 5.582/70, e a Lei nº. 6.515/77, ficando o filho com a mãe quando ambos os cônjuges fossem culpados.

Mas, com a Constituição Federal de 1988, ficou assegurado à criança e ao adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária. Assim, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando basicamente positivar os direitos básicos das crianças e dos adolescentes, com o intuito de protegê-los de quem quer que seja, inclusive dos pais, se necessário, por se tratar de incapazes e hipossuficiente.

Com o advento do Código Civil de 2002, as regras se alteraram profundamente, até porque, o questionamento acerca da culpa dos cônjuges deixou de existir. Afirmam Souza e Fernandes (2013, n. p.) que esse novo Código buscou priorizar o melhor interesse da criança, com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança, bem como na Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, afirma Venosa (2013, p. 186) que, a Lei nº. 11.698/2008 substituiu os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para introduzir a denominada guarda compartilhada. Cabe

destacar, que guarda dos filhos pertencem a ambos os pais, se individualizando quando há separação de fato ou de direito dos genitores.

Souza e Fernandes (2013, n. p.) comentam que a guarda dos filhos é inerente ao poder familiar, mas não se confunde com este, pois quem perde a guarda não necessariamente perde o poder familiar. Destarte, a guarda é atributo do poder familiar, podendo se separar dele sem se exaurir.

Dias (2016, p. 514) entende que a guarda dos filhos é implicitamente conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais, ou quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sobre o mesmo teto. Nesses casos, não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decidirá, atentando ao melhor interesse do menor.

Para definir a guarda, afirma Dias (2016, p. 514) que o critério norteador é o melhor interesse do filho. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia, pois a guarda pode ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membros da família, com quem tenha afinidade e afetividade. No que diz respeito à visitação dos filhos pelo genitor, que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais.

Hodiernamente, a regra é o compartilhamento, uma vez que garante maior participação de ambos os genitores na criação e educação da prole. Este instituto retira da guarda a ideia de posse, propiciando a continuidade da relação dos filhos com os pais. Assim, na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda dos filhos, o juiz pode, caso constate que ambos os pais tenham condições de exercê-la, fixar a guarda compartilhada.

3.2 Espécies de guarda dos filhos menores

Nos dias atuais existem diversas modalidades de guarda dos filhos, tais como a guarda comum, guarda unilateral, guarda alternada, guarda de nidação e guarda compartilhada, no entanto, o ordenamento jurídico consagra apenas a guarda comum, a unilateral e a guarda compartilhada. Atualmente, essa última é regra, devendo ser aplicada sempre que possível, por melhor atender o interesse dos filhos.

Dias (2016, p. 516) conceitua guarda como, um instituto que visa garantir, de forma efetiva, a correspondência parental, a permanência da vinculação mais estrita, e ampla participação dos pais na formação e educação dos filhos.

A guarda dos filhos pressupõe a separação dos pais, no entanto, o fim do relacionamento não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento dos vínculos conjugais dos pais não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores.

Ainda sobre o instituto da guarda, destaca-se:

O termo da palavra guarda: o termo “guarda”, entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante (ROSA, 2015, p. 47)

A situação de guarda de objeto fica bem evidente quando dela se trata no direito obrigacional. Contudo, afirma Rosa (2015, p. 47) que, quando se trata de definir a “guarda” de filhos no âmbito do direito de família, as dificuldades se apresentam, pois a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, implicando circunstância que invocam paixões, sentimentos emoções de todos os envolvidos.

Logo, o instituto da guarda visa proteger alguma coisa, e, se tratando de pessoa, essa deve ser protegida, bem como, ter todos seus direitos assegurados, assim, envolve uma complexidade maior, já que envolve família, afetividade e sentimentos exigindo, uma maior proteção do Estado.

Pode se definir a guarda, segundo Rosa (2015, p. 47), como um dever dos pais e ao mesmo tempo como um direito desses, dever, pois compete aos pais criar e educar o filho, sob pena de abandono; apresenta-se também como um direito, no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, já que os genitores são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos.

Logo, a guarda dos filhos é um instituto de suma relevância, tanto para os pais que através da guarda permanecerão mais próximos dos filhos; quanto para a prole, que conviverá com os pais ou com um deles através do exercício da guarda por um dos genitores ou por ambos.

3.2.1 Guarda de nidação e guarda alternada

A guarda por nidação, segundo Rosa (2015, p. 48), a criança ou adolescente reside na mesma casa, mantendo sua rotina preservada, e aos pais cabem à realização do revezamento. A expressão nidal vem do latim *nidus* que significa ninho, se caracteriza pela permanência dos filhos em um “ninho”, pois cabem aos pais o revezamento para ficar na companhia dos filhos.

Pereira (2013, p. 101) afirma que não há proibição alguma prevista no Ordenamento Jurídico Brasileiro para esse tipo de guarda. Contudo, em razão dos aspectos práticos essa modalidade de guarda é pouco utilizada, tendo em vista o transtorno que causa na vida dos pais, alterando periodicamente suas rotinas.

Com relação a esta modalidade de guarda, afirma Rosa (2015, p. 48) que o custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que acabam desestimulando a adoção dessa modalidade, além do mais, nos casos de um novo relacionamento dos pais, tal modalidade restaria prejudicada.

Porém, havendo interesse nesta modalidade poderá os pais fazer uso desse tipo de guarda, já que não há proibições a essa modalidade de guarda. Uma das vantagens oferecidas diz respeito à estruturação e a corresponsabilidade parental, além de não haver para criança alternância de rotina, o que ocorre tão somente para os pais.

Por outro lado, existe também a guarda alternada, que para a criança será o oposto da guarda de nidação, já que na guarda alternada, ao contrário da anterior, haverá alternância para os filhos, o que não ocorrerá para os pais. Com relação à guarda alternada, essa é caracterizada da seguinte forma:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No término do período, os papéis invertem-se (SOUZA; FERNANDES, 2013, n. p.)

Assim, devido à alternância na rotina da criança, esse modelo de guarda acaba sendo prejudicial para o filho, pois esse terá que acostumar a viver em dois lares e em tempos determinados pelos pais, tendo que se mudar sempre com todos seus pertences, sem um lugar fixo para residência.

3.2.2 guarda comum ou originária

A guarda comum é aquela exercida implicitamente por ambos os genitores na constância do casamento ou da união estável, exercendo os pais conjuntamente todos os direitos decorrentes do poder familiar, bem como todos os deveres inerente à guarda dos filhos.

Desta feita, a guarda comum pressupõe responsabilidade concomitante de ambos os pais para com a pessoa dos filhos, devendo zelar pela integridade física e psíquica dos mesmos, bem como proporcionar o que há de melhor para os filhos, principalmente no tange ao desenvolvimento educacional.

A guarda comum ou originária, segundo Rosa (2015, p. 47) advém do vínculo matrimonial ou união estável, é a mais utilizada, haja vista que os pais exercem em conjunto dentro do casamento ou da união estável. No entanto, havendo a dissolução da sociedade conjugal, a guarda comum deixa de ser utilizada, para então ser aplicada outra modalidade de guarda, que deverá ser definida de acordo com o melhor interesse da prole, podendo o magistrado decidir pela concessão da guarda unilateral ou compartilhada, de modo a não prejudicar a relação de pais e filhos com a separação.

Uma família estruturada tem filhos bem sucedidos, ao passo que uma família em que não há afeto, estrutura familiar, os filhos crescem traumatizados, conseqüentemente, podem vir a apresentar problemas futuros, tais como alcoolismo drogas, envolvimento com crimes, dificuldade de aprendizagem, evasão escolar, agressividade, e outros problemas que dificilmente concorrerá para a formação de um adolescente saudável, estudioso e feliz.

Diante disso, nota-se que o exercício adequado da guarda pelos pais acarretam benefícios importantíssimos que contribuem para o adequado desenvolvimento dos filhos, ao passo que, o exercício da guarda por partes dos pais como uma obrigação, um fardo acaba provocando um certo desconforto na família provoca problemas imediatos e futuros, pois uma criança mal tratada apresenta diversos problemas ligado a seu desenvolvimento psíquico, tais como déficit de atenção, hiperatividade e outros que pode afetar toda a família em conjunto.

Por tais motivos cabem aos pais e a todos se conscientizarem que um mundo melhor, sem muita violência começa dentro do seio familiar, pois dificilmente uma criança bem educada apresentará tantos problemas como as crianças que se encontram em situação de abandono. Portanto, cabem a todos se conscientizarem que uma família sem violência, um país sem violência controle no “berço”, a fase de criança e adolescente é muito importante para contribuir para o caráter do filho.

3.2.3 Da guarda unilateral exercida por um dos pais

A guarda unilateral é aquela disposta no art. 1.583, § 5º do Código Civil, com redação dada pela Lei 11.698, de 13 de julho de 2008 que assim dispõe “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.”

Para aplicação da guarda unilateral, afirma Rosa (2015, p. 48) que a ordem dos fatores a ser observadas não deve ser considerada preferencial, já que todos têm igual importância. Assim, será levado em consideração o melhor interesse da prole, em conjunto com outros fatores tais como a dignidade, a alimentação, o lazer, cultura e outros.

A guarda unilateral é a mais comum, embora atualmente os juízes vêm buscando conceder a guarda compartilhada aos pais o que se tornou, por força de lei regra. Porém, nem sempre será possível o compartilhamento, hipótese em que se aplica a guarda unilateral.

Assim, um dos cônjuges ficará com a guarda, e o outro, com o direito de visita e com obrigação de arcar com a pensão alimentícia mensalmente. Todavia, para a criança essa modalidade acaba sendo prejudicial, já que perderá o afeto contínuo do outro genitor não detentor da guarda, já que o direito de visita nem sempre é levado a sério por ambos os genitores, ficando o filho grande parte de seu tempo somente com um dos pais.

3.2.4 Guarda compartilhada exercida entre os genitores

A guarda compartilhada, apesar de gerar confusões com a guarda alternada em nada prejudica o filho, pelo contrário, é a modalidade de guarda mais benéfica para o menor, já que permite convivência ampla com ambos os genitores, permitindo a continuidade dos vínculos de afetividade do filho com ambos os genitores.

Dias (2016, p.516) aponta que essa modalidade permite aos filhos viverem em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma corresponsabilidade deles, e tais o exercem, em igualdade de direitos. É uma aproximação materna e paterna visando o bem estar dos filhos. A proposta da guarda compartilhada é justamente manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta aos filhos, e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

A finalidade desta é consagrar o direito da criança e dos pais, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda unilateral. Atualmente, a regra é pelo compartilhamento, uma vez que garante a ampla participação dos genitores no desenvolvimento

da criança. Sua concessão não fica mais à mercê dos genitores, podendo o juiz decidir pelo compartilhamento, ainda que algum deles discordem.

Assim, caso o juiz constate que ambos os pais tenham condições de exercê-la, determinará esta modalidade de guarda. Essa pode ser fixada tanto pelo consenso dos pais, quanto por decisão judicial, quando ambos os genitores puder exercê-la. Mesmo que já tenha sido deferida a guarda unilateral, qualquer dos genitores poderá pleitear a alteração.

Ademais, afirma Dias (2016, p. 518) que, não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como referência para o filho, mas, para que um não fique à mercê da vontade do outro, cabe ao juiz estabelecer as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada.

É importante mencionar, que guarda compartilhada não exige o estabelecimento da obrigação alimentar, uma vez que nem sempre os genitores gozam da mesma condição econômica. Sendo assim, o genitor que não deter a guarda física do menor ficará obrigado a arcar com a pensão alimentícia.

Quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral, segundo Calabrez (2015, n. p.) não caberá à imposição pelo juiz à modalidade compartilhada, deverá aplicar a exceção, ou seja, a guarda unilateral. Mas, se apenas um deles discorda da guarda compartilhada, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá impor a compartilhada, se esta for à orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

Nesse sentido, sobre a importância da guarda compartilhada, Dutra (2017, p. 1) ressalta: “ao tratarmos acerca da Guarda Compartilhada, podemos definir que esta disponibiliza aos pais separados a opção de dividir responsabilidades e despesas relacionadas à vida dos filhos menores de idade, ambos sendo considerados coguardiões das crianças”.

Diante disso, podemos claramente demonstrar que a sua aplicabilidade visa o melhor desenvolvimento social e moral da criança, mesmo após a ruptura dos genitores, ou seja, visa demonstrar para a sociedade em geral, que a Guarda Compartilhada, atende o melhor interesse da criança ou adolescente, em especial no campo afetivo, baseando-se nos elementos da convivência e da responsabilidade parental compartilhada entre os pais.

Desta feita, verifica-se que a guarda compartilhada indubitavelmente atende o princípio do melhor interesse da criança, já que a prole continuará mantendo relações de afeto com ambos os genitores, sendo esta a melhor modalidade de guarda. Insta salientar, que somente um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos terão a guarda jurídica do filho.

O objetivo dessa modalidade de guarda, segundo Bulcão (2011, n. p.) é dirimir os possíveis traumas, oriundos da ruptura da sociedade conjugal, visando sempre o benefício do menor, assegurando ao filho, a presença de duas figuras essenciais, a paterna e materna, que juntas, somando esforços, devem assumir e acompanhar o desenvolvimento mental, físico e social da criança.

Por conseguinte, constata-se que, a guarda compartilhada apresenta-se como solução para muitos casos judiciais, após o fim da convivência conjugal, em que ambos os genitores pretendem e tenham condições de exercer a guarda dos filhos, devendo, neste caso, ser aplicada a regra do compartilhamento.

Para tanto, o magistrado deve fazer uma análise pormenorizada do caso concreto, a fim de constatar se o melhor interesse da criança será assegurado, se os genitores com pretensões individualistas irão priorizar o interesse do menor.

Portanto, a guarda compartilhada não visa o compartilhamento de lares, e sim, o compartilhamento de responsabilidade com a prole e direito de visita livre por parte do genitor que não detém a guarda física do menor. Assim, a confusão feita por alguns autores no que diz respeito à guarda compartilhada ou alternada não procede, pois não existe alternância na guarda compartilhada como ocorre na alternada.

Por conseguinte, conforme afirmam Souza e Fernandes (2013, n. p.) na guarda compartilhada será determinada uma residência fixa, habitual, única, um centro de apoio, um ponto de referência, um lugar de cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com a mãe e outro com o pai. O deslocamento não inibe a guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, essa, continua única.

No mais, Souza e Fernandes (2013, n. p.) apontam que a maior preocupação, observada pelos opositores à guarda compartilhada, é justamente a referência de um lar familiar, a confusão mental que gerará aos filhos menores, incapazes de diferenciar o lar em que se vive. Tal confusão ocorrerá sempre que a guarda escolhida for a guarda alternada e não a guarda compartilhada.

Dessa forma, verifica-se que a guarda compartilhada, sem sombra de dúvida, apresenta-se como a melhor opção aos genitores que preocupam, acima de tudo, com o melhor interesse dos filhos. Mas, tal instituto, nem sempre será possível de ser fixado, quando, por exemplo, o juiz verificar que um dos genitores não possui condições de exercê-la, ou mesmo quando um

dos pais manifestar o desinteresse na guarda do filho. Já, nos demais casos, ainda que presente um certo conflito entre o ex casal, poderá o juiz fixar a guarda compartilhada.

Diante do que foi apresentado, com relação as espécies de guarda, o direito brasileiro adota a guarda compartilhada como regra, que tem previsão no art. 1.583 §2º com Redação dada pela Lei nº. 13.058/2014 e a guarda unilateral como exceção, para ser concedida nos casos de inviabilidade da guarda compartilhada. Tal modalidade, encontra disciplinada no art. 1.583, do Código Civil, com redação dada pela Lei nº. 11.698 de 2008.

4 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As profundas modificações ocorridas no seio das famílias modernas e as revoluções nos costumes, acabaram por acarretar novas tradições voltada para o novo modelo de família, permitindo uma revolução das tradições religiosas, éticas e morais, o que fez com a figura do casamento passasse por uma constante modificação.

A partir daí, o conceito de família passou por modificações evolutivas, considerando outros modelos diverso do matrimonial. Logo, o casamento sofreu um abalo muito grande as mulheres passaram a protagonizar a própria história, deixando de lado as velhas tradições passando a exigir seu espaço no mundo contemporâneo.

Dessa forma, o direito também precisou evoluir para acompanhar as mudanças ocorridas no seio das famílias, surge então, as demandas pela separação e divorcio já que as mulheres passaram a conquistar seu espaço no mundo deixando de ser meras donas de casa para concorrer em igualdade de condições com o homem no mercado de trabalho, no seio familiar, o que fez com o direito se evoluísse para atender as novas demandas da sociedade moderna.

Diante disso, as mulheres conquistaram a igualdade de direitos com os homens e a figura da genitora passa por grandes modificações, já que a mulher deixa de ser uma simples dona de casa, cuidadora dos filhos para concorrer com o homem no mercado de trabalho. Com isso, os afazeres domésticos e os cuidados com os filhos para a ser tarefa a ser exercida tanto pelo homem como pela mulher.

Com a separação, as disputas pelos filhos começam a surgir e as dificuldades do genitor guardião para exercer as obrigações concernentes ao poder familiar, faz com que as necessidades de divisão de tarefas com os filhos passem a exigir um novo modelo de guarda compatível com a família moderna.

Nesse linear, surge a necessidade de um modelo de guarda que apto a atender as demandas da sociedade moderna, assim, busca-se então escolher um modelo que assegure os interesses dos filhos e de ambos os genitores conjuntamente, o que fez surgir o modelo compartilhado.

4.1 Evolução e conceito da guarda compartilhada no Direito de Família Brasileiro

A regra pelo compartilhamento da guarda dos filhos veio a surgir no Direito de Família Brasileiro vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e seis anos depois da edição do Código Civil de 2002. Até então não havia previsão legal sobre essa modalidade de guarda.

No entanto, não havia proibição legal a respeito da mesma, pelo contrário, a doutrina e jurisprudência já vinha tecendo considerações e mesmo alertando pela importância dessa modalidade de guarda. Assim, o compartilhamento passou a ser positivado através da Lei nº.11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro.

Insta salientar, conforme dispõe Dias (2016, p. 450), retornando aos tempos remotos, no Código Civil de 1916, não havia a previsão legal da dissolução do casamento, existia apenas o instituto do desquite. Logo, não era nada comum a separação dos cônjuges, pois além de não existir na época o divórcio, mas tão somente o desquite, a sociedade não via com bons olhos a separação no casamento, até mesmo por questões morais e religiosas.

Precipualemente, o Código Civil de 1916 premiava o cônjuge inocente com a guarda dos filhos, justamente para não estimular a separação, assim, o cônjuge que pretendesse permanecer na companhia dos filhos não poderia dar causa à separação. Portanto, o modelo adotado pelo Código referido era inquestionavelmente opressor, já que só concedia a guarda ao cônjuge considerado inocente, isto é, aquele que não deu causa à separação, justamente para coagir os cônjuges a permanecerem casados.

Consequentemente, afirma Dias (2016, p. 450) que, na vigência do Código Civil de 1916 e antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, a prole era entregue ao cônjuge inocente, punindo assim o cônjuge culpado, ou seja, quem deu causa à separação. A referida lei não se preocupava sequer com o melhor interesse dos filhos, mas tão somente, em assegurar o conservadorismo, a família matrimonial e as questões religiosas, culturais e morais que rodeavam a figura do casamento.

A Lei nº. 6. 515 de 1977, a denominada Lei do Divórcio, também estabelecia o mesmo conservadorismo do Código Civil de 1916, privilegiava com a guarda dos filhos o cônjuge inocente, aquele que não havia dado causa à separação. Tudo isso, era uma forma de incentivar ou até mesmo coagir, de certa forma os cônjuges a manterem a relação conjugal, a não pôr fim ao casamento.

Segundo Dias, (2016, p. 450), historicamente os filhos permaneciam sob a guarda da mãe, devido o despreparo dos homens em desempenharem as funções de maternagem. Houve uma proibição histórica e cultural em relação aos meninos com brincadeiras de bonecas, e outras ligadas às meninas. Devido isso, os homens não desenvolveram habilidades para cuidarem de seus filhos, com isso, essa tarefa acabou sendo destinada exclusivamente às mães, ocasião que, nos casos de separação os filhos acabavam ficando com elas.

Porém, conforme aponta Dias (2016, p. 450) o Código Civil de 1916 era claro no sentido de priorizar o cônjuge inocente ainda que fosse o homem. Logo, se a mulher fosse absolutamente culpada pela separação, independentemente da idade do menor, este não ficaria sob a guarda da mãe, mas sim do pai, considerado inocente. Assim, ocorrendo a separação, logo se identificava com quem ficariam os filhos e, ao outro estabelecia apenas o singelo regime de visitas.

A princípio, insta trazer à baila que à época do Código Civil de 1916, não havia igualdade de direito entre homens e mulheres, pelo contrário, a sociedade era machista e a maioria dos direitos eram assegurados somente aos homens, principalmente no que concerne ao casamento e os direitos em relação aos filhos.

O homem era considerado o chefe da família, só ele exercia o poder familiar, só ele poderia se dirigir ao cartório para registrar o nascimento dos filhos. Tudo isso perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que veio estabelecer a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres. Com isso, o art. 226, § 5º da Constituição, veio estabelecer que os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A partir de então, explicita Dias (2016, p. 451) todos os direitos e deveres da sociedade conjugal passam a ser exercidos tanto pelo homem, quanto pela mulher, hipótese que ocorreu também com o poder familiar. Logo, a partir da Magna Carta de 1988, a mulher em igualdade de condições passou a exercer o poder familiar dos filhos menores. Dessa forma, as discriminações foram banidas, produzindo reflexos significativos no exercício do poder familiar.

Outrossim, afirma Dias (2016, p. 451) que o Estatuto da criança e do Adolescente –ECA transformaram as crianças e adolescentes em sujeitos de direito, dando prioridade absoluta aos mesmos, destacando e priorizando os direitos fundamentais da prole de zero a dezoito anos. No entanto, o Código Civil de 1916 ainda continuou vigente e não se preocupou em incorporar o

princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pouco se preocupando com o novo paradigma estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Porém, com a promulgação do Código Civil de 2002 muitas regras do antigo código ficaram para trás, tais como a figura do cônjuge culpado, dentre várias outras que não simpatizavam com o novo regime constitucional vigente, regime esse que assegura, acima de qualquer conservadorismo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança e do adolescente.

No entanto, o novo Código civil estabelecia apenas a guarda unilateral não havia nenhum regramento sobre a guarda compartilhada. Porém, essa não era proibida. Assim, devido as evoluções crescentes na sociedade, o homem passou a ter mais interesse na guarda dos filhos e, em muitos casos começaram as disputas de ambos os cônjuges em relação a guarda dos filhos, além do fato de ser mais benéfico aos filhos conviverem com ambos os pais.

Grisard Filho (2016, p. 169) aponta que antes da edição da Lei nº. 11.698/08, o modelo compartilhado de guarda não tinha quase nenhuma aplicabilidade e era constantemente confundido com a guarda alternada. No entanto, as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto 99.710/1990, já previa em seu art. 7 ser direito da criança ter a presença e cuidados de ambos os pais e manter frequentemente relações pessoais com ambos os genitores.

Assim, em outras palavras, nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança, após o rompimento da relação de ambos os pais, o ideal e mais conveniente nos termos da Convenção é o compartilhamento da guarda, pois resguarda os direitos fundamentais da prole.

Além do mais, mesmo não tendo disposição expressa sobre a guarda compartilhada antes do advento da Lei nº. 11.698/08, o legislador constituinte, conforme afirma Grisard Filho (2016, p. 169) possibilitou a aplicação do compartilhamento da guarda ao dispor no art. 229 da Constituição Federal que “que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Para mais, o próprio Estatuto da Criança e do adolescente e mesmo o Código Civil ao estabelecer as obrigações dos pais, já deixavam claro o dever de ambos os pais decidirem em comum as questões relativa aos filhos. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça Federal acabou por expedir dois enunciados explicitando que:

Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda dos filhos’ à luz do art. 1.583 [antes da alteração promovida pela Lei nº. 11.698/08, pode compreender tanto a guarda unilateral como compartilhada em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se sempre que

possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar (GRISARD FILHO, 2016, p. 170).

Porém, a guarda compartilhada não era muito utilizada na prática pelo Judiciário Brasileiro, devido isso, vários movimentos de pais começaram a pleitear o alargamento do debate a respeito da importância da guarda compartilhada. O novo paradigma da família brasileira e a inserção da mulher no mercado de trabalho, modificaram os padrões familiares, hipótese em que houve a necessidade de rediscutir a cultura da guarda unilateral deferida em regra às mães.

Logo, aos homens restavam apenas o singelo direito de visita e a responsabilidade com pensão alimentícia, isso acabava, na prática, sobrecarregando às genitoras com a reponsabilidade pelos cuidados com os filhos e, em contrapartida, desobrigando os pais desse dever, já que as mães exerciam sozinhas todas as responsabilidades relativas ao poder familiar.

Tudo isso, além de afastar os filhos dos pais, o que de fato, não apresentava bons resultados aos filhos, pois conviviam boa parte do tempo somente com a mãe, acarretava um desconforto às mães por exercerem sozinhas as reponsabilidades com os filhos, quando na verdade essas obrigações dizem respeito a ambos os pais.

Diante disso, afirma Grisard Filho (2016, p. 170) que vários movimentos de pais separados começaram a surgir, pleiteando pela aplicabilidade da guarda compartilhada, e fez com que o então Deputado Tilden Santiago apresentasse ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº. 6.350/2002.

Esse projeto, segundo Grisard Filho (2016, p.170) tinha por finalidade modificar os arts. 1.583 e 1.584 do CC/2002, para instituir com acordo ou decisão judicial, a guarda compartilhada, reconhecendo que o exercício equilibrado do pai e da mãe na criação e educação dos filhos é o melhor caminho para efetivar o princípio do melhor interesse da criança, como também, a plena igualdade entre os genitores no exercício do poder familiar.

Como justificativa, aponta Grisard (2016, p. 171) que o referido projeto de lei asseverava que o modelo compartilhado de guarda busca reorganizar as relações de afetividade entre pais e filhos, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais. Ainda afirmava que o equilíbrio dos pais de ambos os pais, na guarda compartilhada contribui para um melhor desenvolvimento físico e mental dos filhos, após a ruptura dos vínculos conjugais dos genitores que acaba afetando os filhos.

Desta feita, explica Grisard Filho (2016, p. 171) que o projeto teve aprovação na Câmara dos Deputados, sendo encaminhado ao Senado, todavia, neste veio a ser substituído, retornando

à Câmara após a substituição pelo Projeto de Lei nº. 58/2006, apresentado pelo Senador Demóstenes. De volta à Câmara, o novo projeto recebeu aplausos da Relatora da matéria, que identificou avanços no novo projeto, tendentes a atender aos ditames constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, no interesse do novo modelo de família brasileiro.

Aprovado na Câmara, relata Grisard Filho (2016, p. 171) que o projeto foi sancionado pelo Presidente da República no dia 13. 06. 2008 com seu texto publicado no dia 16.06.2008, convertendo-se na Lei nº. 11. 698/2008, para alterar o Código Civil de 2002 em seus arts. 1.583 e 1.584, com o fim de instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

Por conseguinte, o direito de família passou por uma significativa alteração em 2008, através da Lei de nº. 11.698, que veio alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, para que fosse instituída a guarda compartilhada no Direito de Família, cujo principal objetivo é assegurar o melhor interesse dos filhos, já que a convivência com ambos os pais, após o rompimento da relação conjugal, apresenta-se muito importante na criação e educação dos menores.

Nesta senda, afirma Dias (2016, p. 454) que houve uma profunda alteração no Código Civil de 2002, para deixar de priorizar a guarda unilateral, estabelecendo como regra o compartilhamento, a fim de atender o melhor interesse da prole, além de obrigar os pais a exercer conjuntamente todas as responsabilidades advindas do poder familiar. Outrora, foi imposto ao magistrado o dever de informar aos pais a importância do compartilhamento no exercício da guarda dos filhos, após o rompimento da sociedade conjugal.

Hodiernamente, a regra é o compartilhamento da guarda por ambos os genitores, sempre que possível, passando ser exceção o estabelecimento da guarda unilateral, de forma a priorizar o exercício conjunto dos direitos e obrigações concernentes ao poder familiar. Essa mudança de paradigma exige dos cônjuges a superação das mágoas advindas do rompimento da relação, para que seja preservada uma convivência harmoniosa, visando preservar, acima de tudo, os interesses dos filhos menores.

Assim sendo, o conceito do instituto da guarda compartilhada encontra disposto no art. 1.583, § 1º, do Código Civil, inserido pela Lei nº. 11.698/08, que o trata como a corresponsabilidade dos genitores que não vivam sob o mesmo teto ao exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Segunda Dias (2016, p. 454), após o rompimento do convívio dos genitores, a estrutura familiar resta abalada, hipótese em que deixam de exercer, em conjuntos, as obrigações

parentais, ocorrendo, assim, uma redefinição dos papéis, ocasião em que acaba resultando em divisão de encargos.

Neste linear, a guarda compartilhada apresenta-se como a melhor opção a ser estabelecida entre os genitores, já que assegura uma maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os pais, mesmo após o rompimento conjugal dos genitores. Afirma Dias (2016, p. 454) que essa é a forma de garantir de maneira efetiva a corresponsabilidade parental de ambos os pais na criação e educação dos filhos em comum que a guarda unilateral não consegue oferecer.

Por conseguinte, não resta dúvida em relação a importância da aplicabilidade da guarda compartilhada após o rompimento das relações de conjugalidade, tanto para os pais, como para os filhos, pois os genitores terão que dividirem as responsabilidades com os filhos comuns, e esses terão o prazer e o direito de conviver conjuntamente com ambos os pais, mesmo nos casos de rompimento das relações conjugais, o que apresenta um avanço para as famílias e mostra-se mais adequado para efetivar o melhor interesse dos filhos, que via de regra, e tê-los os pais mais próximos possíveis em suas vidas.

4.2 A corresponsabilidade dos genitores na guarda compartilhada

O deferimento ou a opção dos pais pela guarda compartilhada implica em uma modificação da responsabilidade dos genitores, pois, enquanto na guarda unilateral o detentor é o responsável de forma unilateral pelo menor, na guarda compartilhada há uma corresponsabilidade por parte de ambos os genitores, ou seja, ambos respondem solidariamente pelas obrigações advindas do poder familiar.

Insta salientar, que a guarda unilateral não modifica em nada nem diminui o poder familiar do genitor não detentor da guarda, no entanto, optando por essa modalidade de guarda, somente o genitor detentor da guarda será responsável direto pelo menor, todavia, na guarda compartilhada há o compartilhamento dos direitos e deveres dos pais referente ao poder familiar, há um exercício conjunto do poder familiar dos genitores que não vivam mais sob o mesmo teto.

Logo, a guarda compartilhada acarreta a similitude de direitos e deveres atribuídos aos pais, bem como sanções nos casos de descumprimento dos deveres inerente ao poder familiar. Neste diapasão, nota-se que a guarda compartilhada, além de apresentar benéfica aos filhos, que terão o direito de convivência frequente com ambos os pais, apresenta-se viável, também

para ambos os genitores, já que as obrigações com os filhos não pesarão somente a um dos genitores, mas a ambos, visto que exercerão conjuntamente as obrigações inerentes ao poder familiar, contribuindo para uma boa educação e formação dos filhos.

Contudo, afirma Souza e Fernandes (2013, n. p.) se os pais não atenderem ao que foi pactuado, quando da aplicação da guarda compartilhada ou mesmo da guarda unilateral, o descumprimento poderá implicar em redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, conforme dispõe o art. 1.584, § 4º do Código Civil de 2002.

Conseqüentemente, a guarda compartilhada tem influência direta na responsabilidade civil dos pais em relação aos atos dos filhos menores. Assim, comenta Gonçalves (2013, p. 299) que a jurisprudência dominante aponta que a responsabilidade dos pais pelos filhos resulta da guarda, pois nos casos de guarda unilateral, a responsabilidade recairá sobre o genitor que a detém, embora ambos sejam detentores do poder familiar, ao passo que na guarda compartilhada, ambos detêm o poder de fato sobre os filhos, respondendo solidariamente pelos atos dos filhos, bem como pelas obrigações com os mesmos enquanto menores.

O Código Civil 2002 em seu art. 932 dispõe que os pais são também responsáveis pela reparação civil de terceiro, por atos ilícitos praticados por seus filhos menores, que estejam sob sua autoridade e companhia. Logo, na guarda compartilhada essa responsabilidade será solidária entre ambos os genitores, em regra, ao passo que na guarda unilateral essa responsabilidade recairá sobre o genitor detentor da guarda, salvo se no momento da prática do ato ilícito o menor estiver sob os cuidados do genitor não guardião.

Insta salientar, conforme afirmam Souza e Fernandes (2015, n. p.), em relação aos deveres dos pais compreende-se, dois deveres, o de assistência e o de vigilância. O dever de assistência está relacionado a prestação material, que compreendem as necessidades básicas e fundamentais dos filhos, ou seja, todas as necessidades econômicas, compatível com a situação social, e na prestação moral, isto é na orientação educacional dos filhos.

Já o dever de vigilância, apontam Souza e Fernandes (2013, n. p.) é o complemento da educação, é desse dever que resulta a presunção de responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos dos filhos, já que cabem aos genitores vigiarem os filhos para que esses não venham agir de maneira a prejudicar a si próprios e ao outrem, devendo os pais instruírem seus filhos e ensinarem a diferenciar o lícito do ilícito, o permitido do proibido etc.

Logo, na guarda compartilhada esses deveres são exercidos conjuntamente, por isso, havendo o dever de indenizar terceiros por atos ilícitos praticados pelos filhos menores, ambos os pais responderão pela reparação civil, salvo se comprovar culpa exclusiva de um deles.

Assim, o modelo compartilhado de guarda, segundo Grisard Filho (2016, p. 184) permite que os ex parceiros deliberem conjuntamente sobre o cronograma geral de educação e lazer dos filhos comuns, compreendendo não só a instrução, como forma de estimular a inteligência ou a aquisição de conhecimento, como também ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas dos filhos.

Primordialmente, a principal função dos pais é dirigir a formação de seus filhos, traçar-lhe os princípios éticos e morais e auxiliá-los no desenvolvimento intelectual, contribuindo para que os mesmos tenham acesso a uma excelente educação, que é direito fundamental do de todo cidadão, elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, cabe aos pais o dever de corrigir os filhos, impor limites em suas condutas, tudo com moderação e respeito a integridade física dos menores, e sem violência alguma. Portanto, no dever de educação compreende-se o dever de assistência, tanto em seu aspecto moral, intelectual, bem como em seu aspecto material, compreendendo o dever de alimentos.

Ademais, Grisard Filho (2016, p. 185) comenta que, educar os filhos exige concurso de ambos os genitores, já que não depende da competência exclusiva de um só, pois enquanto na guarda unilateral esse dever é exercido pelo genitor guardião, na guarda compartilhada o dever de educação é exercido conjuntamente por ambos os genitores.

Indubitavelmente, outro fator muito importante ligado a responsabilidade dos genitores para com os filhos comuns, diz respeito aos alimentos parentais, que tanto deriva da lei civil, como encontra expresso nos arts. 1696 e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como também da Carta Política de 1988.

O fundamento da obrigação alimentar, segundo aponta Grisard Filho (2016, p. 188), é sem dúvida o dever de solidariedade entre os homens, mas acentuado entre pais e filhos e pessoas com grau de parentesco acentuado, e muito mais presente quando da dissolução da família podendo os cônjuges pleitear alimentos uns para os outros entre si e os filhos contra os pais, principalmente nos casos do genitor não detentor da guarda dos filhos.

Os descumprimentos desses deveres levam os pais aos Tribunais, aumentando os conflitos parentais em ambiente já hostil, com efeitos devastadores para os filhos, conforme afirma Grisard Filho (2016, p. 188), acarretando inegáveis sequelas no desenvolvimento psicoemocional do menor.

O abandono da família no sentido material, não encontram soluções nas leis, por mais completas que sejam, nem mesmo em uma justiça mais ágil. Não existe ainda um caminho que

logre êxito na plena satisfação do direito a alimentos, que se traduz no direito à vida, à dignidade humana, ao mínimo existencial.

A saber, a guarda compartilhada, conforme aponta Grisard Filho (2016, p. 188) inquestionavelmente, é o meio de manter os laços de afetividade entre pais e filhos, e que estimula o genitor não detentor da guarda física ao cumprimento do dever de alimento. O compartilhamento da guarda atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, obrigando ambos os genitores às mesmas obrigações para com os filhos, permitindo a cada um dos pais conservarem seus direitos e obrigações em relação aos filhos.

Neste linear, cabe aos pais decidirem a respeito da guarda física do filho e a prestação de alimentos, assim, a mãe pode exercer a guarda física, e ambos, a guarda jurídica, e o pai arcar com pensão alimentícia, ambos com as demais obrigações conjuntamente, e direito de visita livre. Mas nada impede que o pai exerça a guarda de fato e a mãe arque com prestação alimentar e tenha direito à livre visita, exercendo ambos a guarda jurídica dos filhos.

Neste diapasão, sobre a pensão alimentícia destaca-se:

[...] A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras. (DIAS, 2016, p. 457)

A vista disso, a guarda compartilhada consiste na principal modalidade de guarda atualmente, e apresenta uma importante conquista, tanto para os pais, após o rompimento da relação conjugal, haja vista que terão assegurando conjuntamente os mesmos direitos e obrigações em relação aos filhos comuns, como para os filhos, pois representa um instrumento importantíssimo para assegurar a perpetuação das relações afetivas entre ambos os pais mesmo após o rompimento da família.

Outro fator importante a ser considerado, segundo Grisard Filho (2016, p. 182) diz respeito a estipulação de uma residência fixa para o menor, de modo a não afetar sua rotina com a alternância de domicílio, já que a residência alternada só aumenta as inseguranças e instabilidades na mente do menor, quando passa frequentemente de mão em mão. Logo, deve haver um domicílio fixo para o menor, próximo ao local da escola, de seus amigos, familiares, clube, praça, ou seja, próximo dos locais onde o menor desenvolva suas atividades diárias.

Em suma, o compartilhamento da guarda permite aos genitores a corresponsabilidade pelas obrigações inerente ao poder familiar de forma que tanto um como o outro contribuirá para educação, lazer, assistência, segurança afetividade e alimento para com os filhos comuns, podendo haver acordo entre os pais sobre a guarda de fato dos filhos, para que seja fixada uma residência fixa, de um dos genitores para os filhos e, em contrapartida, uma contraprestação alimentar por parte do genitor que não detém a guarda de fato dos filhos.

4.3 Das alterações referentes a guarda compartilhada instituída pela Lei nº. 13.058/2014

A guarda compartilhada instituída pela Lei nº. 11. 698/2008 veio a sofrer algumas modificações em 2014, visando necessariamente possibilitar uma maior efetividade para o modelo de compartilhado de guarda. Nestes termos surgiu a Lei nº. 13.058/2014 que veio modificar os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, trazendo as seguintes mudanças.

O artigo 1.583 teve a redação do seu § 2º, totalmente modificada, já que antes previa a concessão da guarda unilateral ao genitor que apresentasse melhor condição de exercê-la. Assim, após a modificação o referido parágrafo passou a tratar da guarda compartilhada, especialmente em relação ao tempo de convívio igualitário entre os genitores de forma equilibrada, sempre pautado no melhor interesse para os filhos.

Entretanto, essa modificação gerou polêmica, já que muitos estudiosos começaram a alegarem que a lei acabou por instituir a guarda alternada ao invés da guarda compartilhada. Neste diapasão, Grisard Filho (2016, p. 212) afirma que, "a norma projetada não só mantém vivos alguns velhos equívocos à sua atribuição como ressuscita outros, como a guarda alternada, nunca disciplinada em nosso ordenamento jurídico."

No entanto, afirma Grisard Filho (2016, p. 212) que guarda e convivência não se confunde, pois a guarda é o instituto que permite os genitores exercer os cuidados com os filhos, já convivência, tratada como direito de visita, se traduz no tempo em que cada genitor passará com o filho. Logo, a nova redação permite um convívio mais equilibrado dos pais com os filhos o que em nada se confunde com a guarda alternada.

O art. 1583, § 3º sofreu alteração já que previa a obrigatoriedade do pai ou da mãe que não detém a guarda, supervisionar os interesses dos filhos. Essa previsão passou a ser expressa no § 5º, possibilitando qualquer genitor a ser parte legítima para exigir prestação de contas em objetivas e subjetivas em relação a situação dos filhos. Após a alteração, o § 3º passou a

tratar da custódia física do menor, dispondo que, na guarda compartilhada a cidade considerada base de moradia será a que melhor atender aos interesses dos filhos.

Já o art. 1.584, § 2º previa que quando não houvesse acordo quanto a guarda dos filhos, seria aplicada sempre que possível a guarda compartilhada. Contudo, após a alteração, passou a dispor que, quando não houver acordo entre os pais quanto a guarda dos filhos e encontrando ambos aptos a exercer-la, o juiz fixará o compartilhamento da guarda, salvo se algum dos genitores manifestar expressamente que não deseja a guarda dos filhos, hipótese em que será fixada a guarda unilateral em favor do outro genitor.

O art. 1.584, § 3º estabelecia que, para fins de atribuição das responsabilidades do pai e da mãe quanto a guarda, o juiz de ofício ou a requerimento poderia basear em orientação técnico disciplinar. Após a alteração, restou estabelecido que o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, para estabelecer as atribuições dos pais e o período de convivência entre os genitores poderá basear em orientação técnico profissional que deverá visar o tempo equilibrado com o pai e a mãe.

O art. 1.584, § 4º que reza sobre a redução de prerrogativas revogou o anterior que previa que o descumprimento imotivado de cláusula poderá implicar na redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com os filhos. Após a modificação não há mais a previsão de redução de horas de convivência com os filhos.

O art. 1.585, § 5º prevê que, se o juiz verificar que os filhos não devem permanecer com os pais, deferirá a guarda a uma terceira pessoa que revele possibilidade de exercer-la, considerados de preferência o grau de parentesco de afinidade e afetividade.

Em relação ao § 6º do art. 1.584, não existia no Código Civil, foi inserido pela Lei nº. 13.058/2014, possibilitando a aplicação de multa a estabelecimento público ou privado que deixar de prestar informação sobre os filhos a quaisquer genitores, variável de R\$ 200,00 (duzentos) a R\$ 300,00 (trezentos reais) por dia, pelo não atendimento da solicitação.

O art. 1.585 que trata das medidas cautelares ou liminares, passou a estabelecer, que em sede de medida cautelar de separação de copos, ou em sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre a guarda será tomada após ouvir a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção dos filhos exigir a concessão da liminar sem oitiva da outra parte.

O art. 1.634 também sofreu alteração dada pela Lei 13.058/2014, onde prevê as atribuições dos pais, referente ao poder familiar independente da situação conjugal dos

mesmos, trazendo um rol exemplificativo, dentre eles dirigir-lhe a criação e educação dos filhos; exercer a guarda compartilhada ou unilateral.

Ademais, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, viajarem para o exterior; para mudarem de sua residência permanente para outro Município; dirigir-lhes a criação e a educação; nomear tutor por testamento; representa-los judicial e extrajudicialmente; reclama-los de quem ilegalmente os detenha; exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade.

Neste diapasão, nota-se uma significativa alteração trazida pela Lei nº. 13. 058/2014, na busca de efetivar a guarda compartilhada e defini-la como regra, estipulando os caminhos necessários a serem seguidos para que o princípio do melhor interesse dos filhos seja assegurado.

4.4 Fundamentos psicológicos da guarda compartilhada

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica está estritamente ligado ao melhor interesse da prole, visando garantir os direitos da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda unilateral. A guarda compartilhada significa mais prerrogativa aos pais, permitido que ambos estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

A guarda compartilhada, conforme afirma Dias (2016, p. 454) busca manter os laços de afetividade, diminuindo os efeitos negativos que a separação acarreta aos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. O fundamento desse modelo de compartilhamento é de ordem constitucional, porque busca consagrar os direitos da criança e de ambos os genitores, permitindo o amplo exercício dos direitos relativos ao poder familiar dos pais, bem como facilita no cumprimento dos deveres oriundos do poder familiar, já que serão exercidos conjuntamente e não ficará a cargo somente de um genitor.

Já, por outro lado, o fundamento é de ordem psicológica, segundo Dias (2016, p. 454), porque visa minimizar os efeitos negativos e traumatizantes que a separação acarreta na vida da criança, pois está acostumada com o convívio com os pais e de repente esses se separam e cada um seguirá sua vida. Assim, na guarda unilateral a criança ficará somente com um dos genitores tendo, em regra, pouquíssimo contato com o outro genitor.

No entanto, optando os pais pelo modelo compartilhado, ou sendo esse estabelecido judicialmente, os filhos não perderão os vínculos afetivos com nenhum dos genitores, pois ainda que separados, os pais exercerão conjuntamente a guarda dos filhos e esses estarão sempre na companhia de ambos os pais, dessa forma, os reflexos negativos da separação são minimizados, refletindo positivamente na vida dos filhos.

Sobre os fundamentos psicológicos da guarda, pode se afirmar que:

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança e procuram amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação (GRISARD FILHO, 2016, p. 195).

Nestes termos, nota-se indubitavelmente que a guarda compartilhada é a melhor maneira já encontrada até os dias hodiernos para enfrentar as consequências negativas acarretadas pelo divórcio na vida dos filhos de pais separados, pois a guarda compartilhada demonstra para os filhos que há lugar para eles na vida dos pais após o divórcio, além de demonstrar aos filhos que terão pais engajados conjuntamente na criação e educação dos mesmos após a separação.

Grisard Filho (2016, p. 193) afirma que a complexa situação dos filhos que, de repente restam privados do relacionamento com ambos os genitores exigiu que se pensasse na questão da guarda dos filhos após o rompimento do relacionamento conjugal dos pais.

Com isso, foram ouvidas nas manifestações de diversos profissionais, médicos, psicólogos, psiquiatras sociólogos, todos preocupados com os nefastos efeitos ocasionados aos filhos após o distanciamento de um dos pais com o divórcio, haja vista a importância da maternidade e paternidade no desenvolvimento dos filhos.

Segundo Grisard Filho (2016, p. 193), com a separação dos genitores todos os personagens passam por uma situação dolorosa, cônjuges que não são capazes de vencer suas dificuldades; filho que reagem com raiva, medo, depressão ou culpa, o que leva a desenvolver traumas difíceis de serem superados, pois o divórcio, ainda que comum nos dias atuais provoca uma significativa desarrumação familiar.

Insta salientar, que na medida em que a guarda unilateral é estabelecida a um dos genitores, o outro torna-se progressivamente menos disponíveis a seus filhos, deixando para o guardião responder por todos os deveres e responsabilidade inerente ao poder familiar, contribuindo apenas com pensão, o que de fato não é suficiente para os filhos que, no desenvolvimento de suas vidas, na fase de criança e adolescência é imprescindível a figura de

ambos os pais para apoiarem seus filhos e ensinarem a enfrentar todos os obstáculos que se apresentam.

Em vista disso, quando se compartilha as responsabilidades parentais e os genitores aprendem exercer o poder familiar em busca do melhor para os filhos, se relacionando sempre com os mesmos, os resultados são altamente positivos para toda a família, principalmente para os filhos.

A guarda compartilhada, segundo Grisard Filho (2016, p. 196) reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o cumprimento das obrigações advindas do poder familiar, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os genitores separados, na educação dos filhos, permitindo discutir os detalhes diários na vida dos filhos.

A coeducação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade, mas para algumas pessoas é difícil compreender que a relação conjugal terminou, mas a função parental permanece e as consequências dela também.

Logo, cabem os pais separarem de fato os problemas conjugais um com o outro da função parental que permanecerá após a separação, para que, da melhor forma possível venham exercer os direitos e deveres inerente ao poder familiar na busca de proporcionar o melhor a seus filhos. Por conseguinte, quando os pais são capazes de separar seus conflitos conjugais do exercício da parentalidade, a complexa situação dos filhos instaurada pelo divórcio encontra resposta na guarda compartilhada.

Já quando os pais incapazes de superar pelos filhos os conflitos conjugais advindos da separação, devem sofrer a imposição da guarda compartilhada, exigindo dos mesmos, em prol dos filhos, o respeito ao melhor interesse dos filhos, sob pena de punições e até mesmo o deferimento da guarda a terceiros, até porque, exigir consenso entre os pais para deferimento do compartilhamento, esvaziaria todos os efeitos e efetividade que se espera da imposição da guarda compartilhada.

Portanto, os fundamentos da guarda compartilhada indiscutivelmente são de ordem constitucionais e psicológicas, constitucionais porque permite a efetivação dos direitos assegurados tanto aos filhos, quanto aos pais no exercício da função parental. Psicológicas por permitir uma minimização dos nefastos efeitos da saída de um dos pais na vida dos filhos após o divórcio, efeitos capazes de acarretarem traumas imensuráveis na vida dos filhos.

4.5 A guarda compartilhada como regra à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Após a promulgação da Lei nº. 13. 058/2014 a guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro, determinado que, nos casos de ausência de acordo entre os pais quanto a guarda dos filhos, a guarda compartilhada será imposta pelo juiz. Ante da edição da referida norma, a guarda compartilhada era tida como preferência, no entanto, carecia de aplicabilidade, o que fez com que fosse modificada para regra, em razão da pouca aplicabilidade pelos Tribunais.

Nesse sentido, sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada, destaca-se:

A obrigatoriedade se fez necessária em razão da tímida aplicação da guarda compartilhada pelos tribunais. Mesmo após a positivação do modelo compartilhado, não chegavam a 6 % (seis por cento) os casos em que fora fixada a guarda compartilhada. Esse baixo percentual se deve à criação do equivocado requisito jurisprudencial de que a guarda compartilhada apenas poderia ser aplicada quando houvesse um bom relacionamento entre os pais. Buscar esse bom relacionamento em separações e divórcios litigioso é como atravessar um deserto em busca de água, afinal, não raros os litígios de família despertam nos litigantes seus piores sentimentos, envolvendo-os em disputas que muitas vezes se prestam mais a satisfazer rancores e sentimento de vingança do que propriamente o direito em litígio (GRISARD FILHO, 2016, p. 222).

Logo, a guarda compartilhada foi instituída como regra devido a pouco aplicabilidade aos casos concretos após ser positivada no Código Civil, através da Lei nº. 11. 698/08, pois devido o entendimento predominante na jurisprudência de que a guarda compartilhada não poderia ser aplicada aos casos que não houvesse um bom relacionamento entre os pais, sua efetividade não foi concretizada.

O bom relacionamento após o divórcio é quase uma utopia, pelo menos inicialmente, pois são os conflitos conjugais que acarretam a separação, assim, ocorrendo essa, dificilmente os conflitos desaparecerão, pelo contrário, inicialmente estarão aflorados, desaparecendo com o tempo, na medida em que os personagens percebem as desvantagens disso para os filhos. Portanto, condicionar a guarda compartilhada a bom relacionamento dos pais após a separação, acaba retirando toda a efetividade que se espera com a nova modalidade de guarda.

Nesse sentido, segundo aponta Grisard Filho (2016, p. 222) a litigiosidade é própria do fim dos relacionamentos, não podendo ser invocada para afastar a aplicabilidade da guarda compartilhada, pois essa escolha privilegiaria o distanciamento almejado pelos pais em

detrimento do melhor interesse dos filhos, que é a estreita manutenção dos vínculos filiais e afetivos, reclamado pelo princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido insta trazer à baila o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em 2011:

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 proteção da prole. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob a 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. (Resp 1251000MG, rel. Ministra Nancy Andrigli, 3.^a T., j. 23.08.2011, DJe 32.08.2011).

Portanto, conforme entendimento jurisprudencial, a guarda compartilhada é tão importante para a prole que deve ser aplicada mesmo nos casos de conflito entre os pais, pois do contrário, faria do texto legal letra morta, já que o litígio é inerente à separação.

Ademais, a guarda compartilhada além de ser a melhor opção para a prole, garantindo a convivência com ambos os pais, apresenta-se viável aos pais, haja vista que não haverá necessidade de disputas judiciais entre eles para conviver com os filhos, oferecendo uma ininterrupção aos laços parentais e afetivos, proporcionando entre os pais, tratamento igualitário, próprio do atual modelo de Estado.

A nova lei adota como premissa abstrata, segunda aponta Grisard Filho (2016, p. 224) que a guarda compartilhada representa o melhor interesse da criança, o próprio legislador realizou necessária ponderação entre os institutos de guarda e concluiu que o modelo que mais apresenta aptidão com o princípio do melhor interesse da prole é o modelo compartilhado.

Assim sendo, cabe ao Judiciário cumprir a lei, independente das convicções pessoais dos magistrados, com isso, a guarda compartilhada passa de simples preferência como era anteriormente, para se tornar aprioristicamente obrigatória, justamente por representar o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Nesse sentido, destaca-se Grisard Filho (2016, p. 225) que “em síntese aos magistrados não mais caberá sopesar se animosidade entre os pais torna a guarda compartilhada inaplicável

ou contrária aos interesses da criança. Essa ponderação já foi realizada pelo legislador, resultando na obrigatoriedade da guarda compartilhada.”

Portanto, resta ao magistrado apenas analisar se o caso concreto encaixa nas exceções em que não caberá o compartilhamento da guarda, conforme prevê o art. 1.584 § 2º ou se é caso de aplicar a regra da guarda compartilhada. As exceções à obrigatoriedade da guarda são duas, a primeira é quando os pais, ou um deles não mostrarem aptos a exercer o poder familiar.

A segunda é quando um dos genitores manifestar que não deseja a guarda do menor. Neste caso, será aplicada a guarda unilateral ao genitor que deseja exercer-la. Contudo, essas duas exceções devem ser interpretadas de maneira absolutamente restritiva para não banalizar o princípio do melhor interesse da prole.

Pois, a aplicabilidade da guarda unilateral não contribui para o crescimento psíquico e “pedagógico”, dos filhos, conforme explica Paes (2017, n. p.) tal como a guarda compartilhada contribui, pois afasta dos filhos a presença de um dos genitores, não permitindo a perpetuação dos laços de afetividade entre filhos e pais, além de não conferir aos genitores tratamento igualitário no exercício do poder familiar. Sobre os efeitos negativos comenta:

A falta de um dos pais no ambiente familiar poderá ensejar em diversos problemas às crianças sendo que os mais drásticos são a delinquência, o uso de substâncias psicoativas e problemas no aprendizado do colégio. Esta e outras questões melhor explicadas pelos psicólogos dizem respeito à conseqüente falta de parâmetros que a criança passa a ter, quando separada de um dos genitores. Desse modo, o exercício da guarda compartilhada pressupõe uma conciliação e convivência harmoniosa entre os pais. Caso contrário, o fato do filho possuir dois lares, em caso de dissenso entre o casal, poderá sair “contaminado” com as brigas e alienações impostas pelo casal (PAES, 2017, n. p.).

Portanto, indubitavelmente, a guarda compartilhada representa-se o único meio até então existente capaz de minimizar os efeitos da separação dos pais, evitando que os filhos deixem de conviver com um dos genitores após a separação, já que isso acaba por prejudicar em vários aspectos a vida, o aprendizado, a saúde e bem estar dos filhos.

Desse modo, a guarda compartilhada não é uma escolha a ser feita e sim uma regra, uma obrigação a ser acatada pelos pais e imposta pelo Juiz, visando, sobretudo, garantir o melhor interesse dos filhos, já que, sem margem de dúvidas, esse tipo de guarda apresenta efetividade no que tange à garantia do melhor interesse dos filhos, pois todos os filhos desejam conviver com ambos os pais e tê-los sempre presente em suas vidas, a menos que algum desses seja incapaz de exercer o poder familiar de forma a favorecer o melhor para os filhos.

Assim, a guarda compartilhada favorece o melhor interesse da criança, em virtude da importância da presença pais para o desenvolvimento dos filhos, retirando a concepção de posse no instituto da guarda dos filhos, entendida em muitos casos, no exercício da guarda unilateral. Logo, a guarda compartilhada, conforme explicita Paes (2017, n. p.) apresenta-se como uma forma democrática da participação dos pais nas vidas de seus filhos, em respeito à igualdade e a solidariedade na criação dos mesmos.

Conseqüentemente, aponta Paes (2017, n. p.) que o compartilhamento da guarda proporciona aos genitores uma percepção mais realista das necessidades dos filhos, contribui para a qualidade da relação entre genitores e filhos, oferece a oportunidade de crescimento, e a tomada das decisões conjuntas, contribuindo para a continuidade dos laços paternos.

Em contrapartida, para os filhos, afirma Paes (2017, n. p.) que “propicia acesso a ambos os pais, reduzindo sentimento de perda ou abandono, diminuindo a pressão sobre as crianças que não terão de escolher entre um ou outro, elimina o conflito de lealdade, garante a manutenção de relações com as duas famílias.”

Enfim, a guarda compartilhada foi instituída como regra no ordenamento jurídico justamente por apresentar maior compatibilidade com os interesses da prole e com o exercício do poder familiar, possibilitando aos genitores, mesmos que separados a contribuírem para o crescimento e desenvolvimento de seus filhos da melhor maneira possível, isto é, com a presença de ambos em seu dia a dia, sem que estes obrigatoriamente tenham que conviver juntos.

Já aos filhos, esse modelo de compartilhamento é importantíssimo, já que não distancia um dos genitores da vida diária dos mesmos, pelo contrário, busca aproximá-los visando minimizar os efeitos traumáticos ocasionados aos filhos quando da separação dos pais.

Ante o exposto, não podia ser outra a escolha do legislativo em instituir como regra a guarda compartilhada, já que essa apresenta-se compatível com as normas constitucionais, garante aos pais a igualdade no exercício do poder familiar, e sem sombra de dúvida, efetiva o princípio do melhor interesse da prole, que a muitos anos passou a permear o direito de família brasileiro, na busca de garantir, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

5 CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, ficou assegurado à criança e ao adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária. Assim, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando basicamente positivar os direitos básicos das crianças e dos adolescentes, com o intuito de protegê-los de quem quer que seja, inclusive dos pais, se necessário, por se tratar de incapazes e hipossuficiente.

Nos dias atuais existem diversas modalidades de guarda dos filhos, tais como a guarda comum, guarda unilateral, guarda alternada, guarda de nidação e guarda compartilhada, no entanto, o ordenamento jurídico consagra apenas a guarda comum, a unilateral e a guarda compartilhada.

Hodiernamente, a regra é o compartilhamento, uma vez que garante maior participação de ambos os genitores na criação e educação da prole. Este instituto retira da guarda a ideia de posse, propiciando a continuidade da relação dos filhos com os pais. Assim, na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda dos filhos, o juiz pode, caso constate que ambos os pais tenham condições de exercê-la, fixar a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada foi instituída como regra devido a pouca aplicabilidade aos casos concretos após ser positivada no Código Civil, através da Lei nº. 11. 698/08, pois, devido o entendimento predominante na jurisprudência de que a guarda compartilhada não poderia ser aplicada aos casos que não houvesse um bom relacionamento entre os pais, sua efetividade não foi concretizada.

O bom relacionamento após o divórcio é quase uma utopia, pelo menos inicialmente, pois são os conflitos conjugais que acarretam a separação. Assim, ocorrendo a separação, dificilmente os conflitos desaparecerão, pelo contrário, inicialmente estarão aflorados, desaparecendo com o tempo, na medida em que os personagens percebem as desvantagens disso para os filhos. Portanto, condicionar a guarda compartilhada a bom relacionamento dos pais após a separação, acaba retirando toda a efetividade que se espera com a nova modalidade de guarda.

No entanto, nem sempre poderá ser aplicada, já que em muitos casos os conflitos não desaparecerão, mais poderão ser aflorados ainda mais com o compartilhamento da guarda, o que poderá prejudicar os filhos, devendo o magistrado analisar caso a caso e juntamente com profissionais especializados procurara melhor solução para o caso.

Ademais, a guarda compartilhada, indubitavelmente atende o princípio do melhor interesse da criança, já que a prole continuará mantendo relações de afeto com ambos os genitores, sendo esta a melhor modalidade de guarda. Assim, somente um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos terão a guarda jurídica do filho.

Por conseguinte, constata-se que, a guarda compartilhada apresenta-se como uma solução para muitos casos judiciais, após o fim da convivência conjugal, em que ambos os genitores pretendem e tenham condições de exercer a guarda dos filhos, devendo, neste caso, ser aplicada a regra do compartilhamento. Para tanto, o magistrado deve fazer uma análise pormenorizada do caso concreto, a fim de constatar se o melhor interesse da criança será assegurado, se os genitores com pretensões individualistas irão priorizar o interesse do menor.

Dessa forma, verifica-se que a guarda compartilhada, sem sombra de dúvida, apresenta-se como a melhor opção aos genitores que preocupam, acima de tudo, com o melhor interesse dos filhos, pois, permite aos genitores o cumprimento de suas obrigações inerente ao poder familiar de forma conjunta.

Logo, tanto um como o outro contribuirá para educação, lazer, assistência, segurança afetividade e alimento para com os filhos comuns, podendo haver acordo entre os pais sobre a guarda de fato dos filhos, para que seja fixada uma residência fixa, de um dos genitores para os filhos e, em contrapartida, uma contraprestação alimentar por parte do genitor que não detém a guarda de fato dos filhos.

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica está estritamente ligado ao melhor interesse da prole, visando garantir os direitos da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda unilateral.

A guarda compartilhada significa mais prerrogativa aos pais, permitido que ambos estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. Nestes termos, nota-se indubitavelmente que a guarda compartilhada é a melhor maneira já encontrada até os dias hodiernos para enfrentar as consequências negativas acarretadas pelo divórcio na vida dos filhos de pais separados, pois a guarda compartilhada demonstra para os filhos que há lugar para eles na vida dos pais após o divórcio, além de demonstrar aos filhos que terão pais engajados conjuntamente na criação e educação dos mesmos após a separação.

Neste diapasão, cabe ao Judiciário cumprir a lei, independente das convicções pessoais dos magistrados, com isso, a guarda compartilhada passa de simples preferência como era anteriormente, para se tornar aprioristicamente obrigatória, justamente por representar o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Portanto, indubitavelmente, a guarda compartilhada representa-se o único meio até então existente capaz de minimizar os efeitos da separação dos pais, evitando que os filhos deixem de conviver com um dos genitores após a separação, já que isso acaba por prejudicar em vários aspectos a vida, o aprendizado, a saúde e bem estar dos filhos.

Desse modo, a guarda compartilhada não é uma escolha a ser feita e sim uma regra, uma obrigação a ser acatada pelos pais e imposta pelo Juiz, visando, sobretudo, garantir o melhor interesse dos filhos, já que, sem margem de dúvidas, esse tipo de guarda apresenta efetividade no que tange à garantia do melhor interesse dos filhos, pois todos os filhos desejam conviver com ambos os pais e tê-los sempre presente em suas vidas, a menos que algum desses seja incapaz de exercer o poder familiar de forma a favorecer o melhor para os filhos.

Consequentemente, não podia ser outra a escolha do legislativo em instituir como regra a guarda compartilhada, já que essa apresenta-se compatível com as normas constitucionais, garante aos pais a igualdade no exercício do poder familiar, e sem sombra de dúvida, efetiva o princípio do melhor interesse da prole, que a muitos anos passou a permear o direito de família brasileiro, na busca de garantir, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Todavia, nem sempre será possível de ser fixado, quando, por exemplo, o juiz verificar que um dos genitores não possui condições de exercê-la, ou mesmo quando um dos pais manifestar o desinteresse na guarda do filho. Já, nos demais casos, ainda que presente um certo conflito entre o ex casal, poderá o juiz fixar a guarda compartilhada.

Apesar de a guarda compartilhada puder ser fixada mesmo havendo conflitos entre os pais, é preciso cautela em sua fixação, devendo o magistrado analisar o caso concreto juntamente com equipe interdisciplinar para evitar que sua fixação venha prejudicar a prole, contaminando a educação e o desenvolvimento dos filhos, antes os constantes conflitos dos pais, já que os conflitos constantes podem ser muito lesivos aos filhos, pois, a falta de estrutura dos pais pode acarretar em série de consequências gravosas aos filhos.

Por isso, a despeito de ser o melhor instituto de guarda até então existente, em certos casos deve se ter cautela na fixação desse modelo, justamente para não prejudicar os filhos e abrir caminho para a alienação parental, por parte de um dos genitores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1251000MG.Rel.** Ministra Nancy Andrighi TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 2/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201302413117&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: mai. 2018

BULCÃO, Rosa Edna. **Guarda Compartilhada**: o princípio do melhor interesse da criança e o direito do convívio no seio da família. 2011. Disponível em: www.webartigos.com/artigos/guarda-compartilhada-ointeresse-da.../73632/. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

CALABREZ, Liliane de Oliveira. **Guarda Compartilhada - Alterações Trazidas Pela Lei 13.058/2014**. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/37257/guarda-compartilhada> acesso em: 12 de setembro de 2017.

DELFINO. Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar**: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais. 2009. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/.../morgana_delfino.pdf. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

DUTRA, Aímme Beatrice de Oliveira. **A efetivação do princípio do melhor interesse da criança na guarda compartilhada**. 2017. Disponível em: <http://www.eduardopessoa.adv.br/novosite/12076/>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, Thiago Pimentel. **Guarda Compartilhada: há risco de o menor perder o seu ponto de referência neste modelo de guarda**. 2010. Disponível em: <http://srvwebbib.univale.br/.../Guardacompartilhadahariscocodeomenorperderoseupontoderef.> Acesso em: 13 de setembro de 2017.

NOGUEIRA, Grasiéla. **Aspectos fundamentais acerca do poder familiar**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>. Acesso em: 04 novembro de 2017.

PAES, Luiz Carlos Alves. **A guarda compartilhada sob o enfoque do melhor interesse da criança**. 2017. Disponível em: < conteudojuridico.com.br/index.php>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito Civil: Direito de Família**. 21. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

ROSA, da Paulino Conrado. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Gleisiane Moreira de; FERNANDES, Rogerio Mendes. **A viabilidade da aplicação da guarda compartilhada nos processos litigiosos**. Núcleo de Iniciação Científica: 2013. Disponível em: <http://www.atenas.edu.br/NucleodeiniciacaoCienciaRevistaJuridica>>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.