



FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

**A GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICABILIDADE NA FAMÍLIA
CONTEMPORÂNEA**

Elias Vieira de Oliveira

**Manhuaçu/MG
2018**



A GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICABILIDADE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Monografia apresentada ao Curso Superior de
Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de
Manhuaçu, como pré-requisito a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientadora Prof.^aThaysa Kassis de Faria Alvim

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A ORIGEM DA GUARDA COMPARTILHADA	7
2.1- O CONCEITO DE GUARDA	9
2.2 FAMÍLIAS E SEUS CONCEITOS	12
3 ESPÉCIES DE GUARDA	15
3.1 GUARDA UNILATERAL	15
3.2 GUARDA ALTERNADA	20
3.3 GUARDA COMPARTILHADA	23
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	33
4.1 DA ENTIDADE FAMILIAR E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	36
4.2 DO PODER FAMILIAR	38
5 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	41
6 CONCLUSÃO	43
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

RESUMO

A história nos mostra que o conceito de família não é apenas um modo de procriação, ou produção. Hoje, a base familiar está apoiada no afeto. Assim, o direito civil precisou se adequar, passando de uma relação patrimonial, para uma relação afetiva. Como tal, o rompimento dos casamentos em que não há afeto se tornou inevitável sendo necessária a intervenção do Estado para o bem maior do menor. A guarda compartilhada surge como uma das soluções para o fim do relacionamento conjugal, pois, estabelece igualdade de obrigações e direitos, buscando sempre o interesse do menor, trazendo à criança sentimentos de segurança, carinho e afeto. Este trabalho tem como objetivo apontar as vantagens e as desvantagens da guarda compartilhada, e os efeitos que a separação e o divórcio dos pais causam aos filhos, bem como o sentido de família, que vem se ampliando com o tempo. Dessa forma, observa-se que a guarda compartilhada precisa exercer a sua função social, evitando, assim, o afastamento de um dos genitores do convívio com os filhos e a incidência da alienação parental.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Filhos. Família.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 destina aos pais o poder familiar, sendo estes, os responsáveis pelos direitos e deveres, como também cuidados, guarda, educação, manutenção e responsabilidade conjunta até a maioridade de seus filhos.

Contudo, quando ocorre o divórcio ou mesmo a separação, uma nova realidade se instaura na família e os pais precisam conciliar o fim do casamento com a criação dos filhos e as consequências advindas desta nova realidade familiar.

A Lei nº 13.058/14 estabeleceu o instituto da guarda compartilhada, com vistas a uma maior preocupação do impacto do divórcio e da separação sobre essas crianças, além de estudar como estas ações afetariam e afetam o desenvolvimento delas, bem como formas de minimizar possíveis sofrimentos em decorrência da separação dos pais.

Podemos notar que essa lei vem com o intuito de proteger os filhos de grandes lesões emocionais oriundas do rompimento da união de seus pais. Vale assegurar que é necessário que os filhos tenham um convívio participativo tanto com o pai quanto com a mãe, com mínimo de prejuízo emocional, cultural, educacional, além de uma formação moral e ética.

Assim sendo, a guarda compartilhada é uma das formas que os pais possuem desde que seja em igualdade de condições, de tomarem decisões que visam o melhor interesse do menor, dividindo obrigações e direitos, sendo de suma importância esse compartilhamento para o próprio desenvolvimento emocional do menor. Para tanto, é fundamental que os pais tenham uma relação de respeito e cordialidade entre eles.

Sendo assim, a análise da decisão é de suma importância para a família e, principalmente para os filhos, à luz dos direitos tutelados e resguardados pela legislação brasileira, trazendo à tona a importância da conscientização da guarda compartilhada para a família e, principalmente, para os filhos em sua formação.

O objetivo do presente trabalho é analisar se a guarda compartilhada obrigatória é a melhor opção como regra, considerando a disparidade de alguns casos, uma vez que esta necessita do bom relacionamento e respeito entre os genitores, o que nem sempre ocorre após o fim do enlace matrimonial, no entanto,

são as necessidades dos filhos que devem ser atendidas independentemente do fim da relação conjugal o laço afetivo entre os genitores e seus filhos não deve ser rompido.

2 A ORIGEM DA GUARDA COMPARTILHADA (BRASIL, 1998)

A guarda compartilhada é originária da Inglaterra. Na década de sessenta quando surgiu a primeira decisão a respeito: “o join custody (join: no sentido de unido, combinado, associado, solidário)” (SILVA, 2008, p.61).

O titular do direito era o pai, o chefe da família, e a ele cabia todas as prerrogativas do pátrio poder. Já no direito germânico, o pátrio poder baseava-se, basicamente, nos mesmos moldes que o romano, só que com alguns abrandamentos. Enquanto em Roma, por exemplo, o pai tinha o direito de negar o filho em qualquer fase de sua vida, no germânico tal faculdade só era possível quando do seu nascimento, após o que, se aceito o filho, ao pai caberia exercer o pátrio poder como medida de proteção do menor (Salles, 2002, p 35).

Com a evolução do conceito de pátrio poder, alguns autores o definem “como um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade” (Elias, 1999, p. 6).

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite,

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não-atribuição, através da split order (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, core and

control (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, custody (custódia). (LEITE, 2001, p. 265).

Em decorrência disso, os pais são responsáveis pelo desenvolvimento sustentável do menor, com a missão de lhe garantir, juntamente com a sociedade e o Estado, os direitos individuais relacionados pelo artigo 227, da Constituição Federal (CF/88). (BRASIL, 1988).

A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá que formou jurisprudência sobre o tema nas províncias deste último. Na França, em 1976. O entendimento jurisprudencial provocou o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei nº de 22.07.1987, modificando dispositivos atinentes à autoridade parental, propiciando a pacificação e uniformidade às decisões judiciais sobre a questão e para tranquilidade dos juízes de família. O Código Civil francês, no seu artigo 373-22, com a nova redação da Lei n. 305 de 4 de março de 2002, prevê a possibilidade do exercício conjunto da guarda, mantida a autoridade parental com ambos os genitores. (OLIVEIRA, 2009, p. 120).

A força da mulher sobre os seus filhos só veio após a revolução industrial, quando os homens tinham que ir trabalhar e passava o dia fora de casa, com isso a mãe que ficava na responsabilidade de educar e cuidar dos filhos, enquanto o pai tinha a responsabilidade de sustentar a família, e por conta disto que em meados do século XX, os valores da sociedade não reclamavam tanto por modificações no deferimento da guarda dos filhos, visto que raríssimas eram as mulheres que se arriscavam no mercado de trabalho.

Os movimentos feministas, que tomaram força no decorrer dos anos, fizeram com que o legislador vencesse as barreiras e resistências que não lhe permitia conceder a mulher um papel relevante na sociedade, com maior influência na relação conjugal. Assim, à medida que auferia sua liberdade econômica, a mulher torna-se sujeito de sua própria história e, conseqüentemente, a entidade familiar sofre modificações, engendrando um tempo diverso. (AKEL, 2009, p. 30).

A guarda compartilhada tem como principais princípios a paternidade responsável e a afetividade; e tem como finalidade principal a garantia do bem-estar do menor. A paternidade responsável, definida no artigo 226, parágrafo 7, da CF/88, parte do pressuposto de que ambos os pais têm o dever e o direito de exercer, em conjunto, o pátrio poder, conforme se verifica pela previsão do artigo 1.632, do

Código Civil. Já a afetividade no âmbito familiar, foi erigida a princípio constitucional a partir de 1988, com a atual CF/88, e é um direito inerente a todo cidadão, em especial à criança. No entanto, não existem dispositivos constitucionais que disponham expressamente sobre o vínculo afetivo como um direito individual.

A guarda compartilhada entre ambos os pais vem ganhando destaque pois beneficiam acima de tudo a criança que nada tem haver com o rompimento dos pais. Nesse sentido, o que se divide, na guarda compartilhada, não é o tempo de posse da criança com um pai ou outro, mas sim o exercício do pátrio poder. A guarda compartilhada visa solucionar problemas decorrentes do modelo clássico de guarda de filhos, onde apenas um dos pais detém a guarda jurídica do menor. Seu fundamento jurídico recai no princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher, previsto no Artigo 5º, inciso I da CF, a saber:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Tendo em vista que a existência jurídica e a proteção do Estado, são modelos de família que, antes da CF/88, somente eram reconhecidos pela jurisprudência. Dentre estes modelos, segundo Costa (2002), há o que os autores definem como famílias monoparentais. Este modelo de família, previsto na CF/88, no seu Artigo 226, parágrafo 4º, é composto por apenas um dos pais, o qual detém a guarda de seu(s) filho(s), e pode ter origem em famílias que já foram biparentais ou em outras situações jurídicas, como a separação, mães solteiras e viuvez. Assim, a guarda compartilhada tem sua origem nas entidades monoparentais. (Gonçalves, 2002, p. 50).

2.1 O CONCEITO DE GUARDA (BRASIL, 2002; BRASIL, 1988)

Segundo o estatuto: “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.” (BRASIL, 2002).

De acordo com o Código Civil art. 1.583:

A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002).

Salomão Resedá Filho argúi que a “guarda do Código Civil é a regularização de um dos elementos do poder familiar que seria a permanência da criança/adolescente na companhia dos pais. A outra é mais ampla, pois poderá ser colocada na guarda de pessoa que não seja pai ou mãe, pois estes podem ser fontes de agressão”.

Não se comunica o fim do casamento ou dissolução da união estável, o direito dos pais em exercer o poder familiar, como prevê o artigo 1.636, do Código Civil:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. (BRASIL, 2002).

Ao retratar a separação dos pais e o direito de convivência, podemos citar Paulo Lôbo:

A separação dos cônjuges (separação de corpos, separação de fato ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos menores de 18 anos. O princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito. Na sistemática legal anterior, a proteção da criança resumia-se a quem ficaria com sua guarda, como aspecto secundário e derivado da separação. A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da Constituição) de sua dignidade, de seu respeito, de sua convivência familiar, que não

podem ficar comprometidos com a separação de seus pais. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residência distintas. (LÔBO, 2011, p.189).

O que não configura como umas das causas de extinção do poder familiar previsto no Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2018, p. 221).

Maria Berenice Dias (DIAS, 2015, p. 523) diz que:

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorrer a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (artigo 1.612, CC).

O critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade (CC 1.584, parágrafo 5º). No que diz com a visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais (CC 1.589). (DIAS, 2015, p. 523).

Ao tratar em relação à definição de guarda, Paulo Lôbo (2011), conceitua que:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício. Diferente são o conceito e alcance. (LÔBO, 2011, p.190).

Antônio Cezar Lima da Fonseca (2009, p. 30) ao tratar da guarda, começa por defini-la segundo lição de Edgard de Moura Bittencourt, como algo que não é de conceituação simples, e afirma que ela “é um feixe de obrigações e deveres, pois contém a vigilância, amparo, cuidado, assistência material e moral, resguardo dos filhos (criança ou adolescente)”. (Direitos da criança e do adolescente, 3ª edição, Atlas, 2015, p. 153).

Isto posto que a guarda dos filhos menores vem conquistando, cada vez mais, seu espaço de destaque na sociedade, em decorrência da inclusão dos pais em suas decisões habituais da vida de seus filhos, através da Guarda Compartilhada, que é o principal instrumento inovador no Direito de Família, no que tange na inclusão dos pais em decisões de suma importância quanto a vida dos filhos, a guarda compartilhada .

2.2 FAMÍLIA E SEUS CONCEITOS (BRASIL, 2002; BRASIL, 1988)

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, se ferem e estabelecem a estrutura da família, porém sem defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos no direito, porém há várias opiniões doutrinárias a fim de defini-las. (GONÇALVES, 2017, p. 79).

Segundo definição de Maria Helena Diniz (2008):

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação (2008. p. 9).

Leciona Paulo Lôbo (2009):

Sob o ponto de vista do direito, a família é composta por duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins), (2009. p. 2).

O conceito de família evoluiu com o passar dos anos, devido às influências sociais, políticas e religiosas, além dos costumes e tradições. Antigamente, as famílias eram constituídas pelos pais e filhos onde quem exercia a autoridade era o patriarca. A família era organizada sob o princípio da autoridade. Onde o pai exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte, podendo assim castigar lhes, vendê-los, impor castigos corporais até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era subordinada à autoridade marital podendo ser repudiada por seu marido. (GONÇALVES, 2017, p. 79).

Todas as formas de convivência familiar fora do casamento eram discriminadas pelo legislador, pois nesse período o casamento era visto como uma forma econômica e social de organizar a sociedade. A mulher era quem sofria a maior discriminação e preconceito. (DILL e CADERAN, 2011).

O grande marco histórico, na conquista de direitos da família e da filiação, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta foi reconhecida a união estável, como entidade familiar tutelada jurisdicionalmente e também ficou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. Igualmente, a família incorporou o pensamento da contemporaneidade (igualdade e afeto), à luz dos princípios trazidos pela Magna Carta e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. (DILL e CADERAN, 2011).

Ao se falar em família deve-se observar que não pode ser analisada como e um homem e uma mulher, juntos pelo matrimônio e seus filhos, pois a Constituição Federal de 1998 e o Código Civil de 2002, reconhecem a filiação afetiva como forma de constituição de uma família. (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002).

Nota-se que o novo ordenamento jurídico proporcionou uma proteção ainda maior à família, reconhecendo as diversas formas em que foi constituída, respeitando também os princípios específicos do pluralismo das entidades familiares e da efetividade. (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002).

Contudo o casamento é a entidade mais antiga trazida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo definição de Silvio Rodrigues:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mutua assistência. (RODRIGUES, 2004. p.19).

Neste aspecto o legislador teve o propósito de preservar o casamento no artigo 226, da Constituição Federal tendo em vista que exige um ato jurídico formal para sua concretização, reconhecendo também o possível convertimento de união estável em casamento. No entanto Paulo Lôbo (2009, p. 112), diz que mesmo o casamento sendo referência estrutural, cada entidade é dotado de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

A partir da Constituição Federal de 1988, o casamento deixa de ser o único modelo legítimo de união entre o homem e a mulher, pois o interesse a ser tutelado é o de permitir que a pessoa humana se realize íntima e afetivamente no grupo social a que pertence. (BRASIL, 1988).

O reconhecimento da união estável na Constituição Federal de 1988 foi um avanço importante no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando segurança jurídica para homens e mulheres livres que se encontravam em uma relação de afeto um para com o outro, sem qualquer interesse econômico. (BRASIL, 1988).

Outra entidade familiar tutelada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) é a família monoparental definida como a entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos, pode ter causa em ato de vontade ou de desejo pessoal, independente da causa os efeitos jurídicos são os mesmos.

Essa modalidade ganha destaque por estar presente apenas a figura de um dos pais e seus descendentes, encontra-se previsto no art. 226 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988) no seu parágrafo 4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988).

Diante dos aspectos de família citados acima, tem que a família monoparental pode ser constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, uma mulher ou um homem que se encontra sem cônjuge ou companheiro e vive com uma ou várias crianças. (LEITE, 2003, p. 96).

3 ESPÉCIES DE GUARDA (BRASIL, 2002)

É necessário estabelecer uma diferenciação entre os modelos de guarda, a fim de evitar uma confusão no momento da deliberação daquele que será o modelo mais adequado ao caso concreto, que terá de se adaptar ao processo de transformação devido ao fim da união do casal.

3.1 GUARDA UNILATERAL (BRASIL, 2002)

Roberto Carlos Gonçalves (2009 p. 266, 267), a respeito da previsão legal e a definição da guarda unilateral:

Compreende-se por guarda unilateral, segundo dispõe o parágrafo 1º do art. 1583, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11698, de 13 de junho de 2008, *“a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”*.

Essa tem sido a forma mais comum, um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008, procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção as necessidades específicas do filho.

No tocante à guarda unilateral, a referida lei apresenta critérios para a definição do genitor que oferece “melhores condições” para o seu exercício, assim considerando o que revelar aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: “ I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II – saúde e segurança; III – educação” (CC, art. 1583, parágrafo 2º). Fica afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. (GONÇALVES 2009 p. 266, 267).

A Guarda unilateral se encontra disposta no artigo 1.583, do Código Civil, que é a espécie de guarda atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua, como consta no referido dispositivo legal:

Art. 1.583, CC - A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2018, p. 218).

Com o intuito de beneficiar a criança, a guarda compartilhada se sobressai em vista das demais guardas, tendo em vista que atende melhor o interesse do menor, ao contrário da guarda unilateral, que de certa forma separa o filho de um de seus genitores. (BRASIL, 2002).

Neste sentido, os tribunais se posicionam como se segue:

Guarda de filho. Interesse da criança. Guarda compartilhada. Visitas. 1 A guarda compartilhada é recomendável. Visa a continuidade das relações de parentalidade, a preservação do bem-estar e a estabilidade emocional dos filhos menores. No entanto, se os pais mantêm relacionamento conflituoso, não se recomenda a guarda compartilhada. 2 – Tratando-se de criança que, desde a separação do casal está sob a guarda da mãe, que lhe dispensa os cuidados básicos com a criação, educação e formação, recomenda-se manter a guarda da menor com a mãe. 3 Concedida a guarda da menor à mãe, deve-se resguardar o direito de visitas do pai, cuja regulamentação deve priorizar os interesses da criança sobre os dos pais. 4 Apelações

providas em parte. (TJ-DF – APC: 20120110840793 DF 0023444-73.2012.8.07.0001, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 25/02/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/03/2015 . Pág.: 434).

No entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 523, 524).

A lei define guarda unilateral (CC 1.583 parágrafo 1º): é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

(...)

A guarda unilateral será atribuída a um dos genitores somente quando o outro declarar, em juízo, que não deseja a guarda do filho (CC 1.584, parágrafo 2º). Caso somente um dos pais não concorde com a guarda compartilhada, pode o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. A guarda unilateral obriga o não guardião a supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem legitimidade para solicitar informações e até prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (CC 1.583, parágrafo 5º).

Do mesmo modo, poderá ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (CC 1.589). Tanto isso é verdade que a escola tem o dever de informar, mesmo ao genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e o rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola. (DIAS, 2011, p. 523, 524).



Fonte: <http://rooseveltabbad.blogspot.com/2014/03/>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

Como pode ser visto na imagem acima a guarda unilateral tem sobre influência de valores, costumes o genitor guardião, deixando mais propício uma alienação parental, frente a formação das crianças e/ou adolescentes. (Fonte: <http://rooseveltabbad.blogspot.com/2014/03/>. Acesso em 17 de novembro de 2018).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA OBJETIVANDO SUSPENSÃO DO PERNOITE DA

VISITAÇÃO PATERNA. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA QUE SE ENCONTRA

AGUARDANDO JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVO NO RECURSO

ESPECIAL NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Depreende-se do artigo 1.022, do CPC de 2015, que os embargos de declaração apenas são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, erro material ou omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, § 1º, do referido diploma legal, que configurariam a carência de fundamentação válida.

2. Na espécie, a parte embargante aduz a ocorrência de omissão do aresto embargado, pretendendo por via transversa a revisão de matéria de fato, relativa à modificação da guarda compartilhada, tese essa já apreciada e julgada pela sentença da primeira instância, a qual se encontrava aguardando julgamento de embargos infringentes opostos apenas quanto à guarda unilateral pela mãe. Reexame impossibilitado ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Embargos de declaração rejeitados. A decisão monocrática que motivou o acórdão ora atacado está assim redigida (fls. 339/340):

1. Cuida-se de agravo interposto por S L J contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (RE nos EDcl no AgInt no AREsp 964150, 10/12/2018).

A concessão da guarda unilateral poderá ser requerida por consenso entre os genitores, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse, tentando o magistrado sempre conciliar a distribuição do tempo da criança ou adolescente com seus genitores, nos termos dos incisos do artigo 1.584, do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).

“DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL DOS DOIS FILHOS MENORES CONCEDIDA AO PAI. PRETENDIDA A REVERSÃO DA GUARDA PELA GENITORA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FATOS DESABONADORES À CONDUTA PATERNA. ESTUDO SOCIAL NO SENTIDO DE QUE

OS MENORES DEVEM FICAR JUNTOS. MANUTENÇÃO DOS LAÇOS FRATERNOS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PAI QUE REÚNE MELHORES CONDIÇÕES DE, NO MOMENTO, CUIDAR DOS FILHOS. 'DECISUM' MANTIDO. RECLAMO DESPROVIDO. 1 Incorre cerceamento de defesa, em razão da antecipação do julgamento da causa, quando os elementos de prova contidos nos autos mostram-se suficientes à formação do convencimento do julgador. 2 Evidenciando a prova testemunhal e os pareceres técnicos trazidos ao processo que, no momento, é o pai quem reúne melhores condições de proporcionar aos filhos um crescimento sadio, com educação, segurança e um espaço próprio de moradia, impõe-se mantida incólume a decisão que concedeu à ele a guarda dos filhos, em observância ao melhor interesse dos menores.” (Apelação nº 2013.032010-8, 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. Rel. Trindade dos Santos, j. Em 21.08.13).

É notório que a primeira e a principal solução ao se tratar dos assuntos relacionados à guarda dos filhos, a guarda unilateral só poderia se ressaltar, quando essa atender ao melhor interesse do filho menor, sendo ocasionada de forma natural. (BRASIL, 2002).

3.2 GUARDA ALTERNADA (BRASIL, 2002)

Ao se tratar da guarda alternada, nota-se que é a que mais se aproxima da guarda compartilhada, posto que, na verdade existe certo consenso, entre os pais, em sua alternância na guarda, um acordo estipulado entre os pais, algo inexistente na guarda unilateral, que devido à falta de acordo, é o que caracteriza a guarda unilateral.

A única vantagem para a criança quando é imposta a guarda alternada, é que os pais têm maior tempo para conviver com os filhos que por sua vez possuem maior convivência tanto com o pai quanto com a mãe, independentemente da alternância de horário.

A respeito do consenso existente entre os pais, na guarda alternada, doutrina Paulo Lôbo. (2011, p. 204):

Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. Por exemplo, o filho reside com um dos pais durante o período escolar e com outro durante as férias, notadamente quando as residências forem em cidades diferentes. Alguns denominam essa modalidade de residências alternadas. “Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável”. A doutrina especializada recomenda que sua utilização deva ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais, a corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho. (LÔBO, 2011, p. 204).

A guarda alternada não se encontra disciplinada na legislação brasileira, tem sido bastante utilizada no mundo prático.

(...) guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens. (DIAS, 2011, p.528).

Uma consequência advinda da guarda alternada, em relação a alternância consecutiva dos lares e somado com o direito de visita, de um dos pais que não esteja, naquele momento exercendo a guarda, poderá causar uma sensação de instabilidade na vida do menor, disciplina Fábio Ulhoa. (2002):

Além da guarda unilateral e da compartilhada previstas em lei, deve-se fazer menção também à *guarda alternada*, que corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai. Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o visita nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países. (ULHOA, 2012, p. 241).

A guarda alternada irá se sobrepor as outras modalidades, se esta atender melhor os interesses dos filhos, como o Autor Silvio de Salva Venosa (2013, p. 188) apresenta:

A modalidade de guarda pode ser alternada a qualquer tempo, sempre no interesse do menor. Isto significa que a princípio, quando no fervor do rompimento da convivência conjugal, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada ou para um compartilhamento mais amplo. Após algum tempo, serenados os ânimos entre os interessados, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural (...). Não se confunde a guarda compartilhada com a guarda alternada, a qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, divide-se o tempo de permanência destes com os pais em suas respectivas residências, nada mais que isso. Essa modalidade está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções. (VENOSA, 2013, p. 88).

A guarda alternada é uma realidade e serve como instrumento de melhor atender os conflitos referentes à guarda da criança e do adolescente.

3.3 A GUARDA COMPARTILHADA (BRASIL, 2002)

A guarda compartilhada será exercida por ambos os pais numa responsabilização conjunta para o exercício do poder familiar. Ou seja, o genitor não

guardião irá participar ativamente nas decisões e interesses a respeito dos filhos menores.

Desse modo, a guarda compartilhada não impõe limites e sim incentiva a participação efetiva dos genitores no cotidiano dos filhos, como também, tende a diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, impõe aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA), de forma objetiva, atribui em seu artigo 4º, que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2011, b, p. 1).

Então, desde a Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002, a adoção da guarda compartilhada já era perfeitamente admissível, pois a nível constitucional e infraconstitucional, já se encontrava no Brasil suporte para sua plena adoção.

Para TAVEIRA (2009, p. 123), drásticas foram as mudanças surgidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, igualando homens e mulheres em direitos e obrigações. Assim, se faz importante que ambos estejam cientes da responsabilidade de participação de cada um na vida dos filhos e a guarda compartilhada é um caminho muito interessante para se atingir esse fim. O poder paternal pertence a ambos os pais, quer na constância do matrimônio (ou sociedade de fato), quer rompido o laço de união do casal. Os pais devem exercê-lo de comum acordo e, se este faltar, em questão de particular importância, qualquer dos genitores poderá recorrer à esfera jurisdicional.

A Guarda compartilhada torna o ambiente de convívio entre os genitores e os filhos mais harmoniosos, o que favorece a criança, qual concerne tanto à mãe como ao pai a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo após a ruptura da vida conjugal.

A Lei n. 11.698/2008 promoveu alteração radical no modelo de guarda dos filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, da guarda unilateral conjugada com o direito de visita; A lei, com nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral. A guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação. Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separaram. Ao contrário, quando não houver acordo “será aplicada” pelo juiz, sempre que possível na expressa previsão do parágrafo 2º do art. 1.584, do Código Civil, com a redação dada pela Lei. n. 11.698, de 2008 (LÔBO, 2011, p. 198, 199).

A guarda compartilhada pode ser requerida pelo juiz, ou pelos pais, em consenso ou por um deles nas ações litigiosas que envolvem guarda de filhos menores, nesse sentido, preleciona Paulo Lôbo. (2011, p. 199).

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de

decretara a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer um dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois o seu tempo é vida que flui.

Também pode ser requerida a guarda compartilhada, conforme decisão do STJ, pelos parentes com os quais viva a criança ou o adolescente. No caso, tratava-se de adolescente que vivia com a avó e um tio, há doze anos, desde os quatros meses de vida. Os parentes pediram a guarda compartilhada para regularizar uma situação de fato, para o bem-estar e o benefício da menor e para poder incluí-la como dependente de ambos. O TJSP (tribunal de origem), ainda que reconhecesse a possibilidade da guarda compartilhada, julgou por sua inconveniência porque a família substituta deveria ser formada a partir do referencial “casal” – marido ou mulher que se assemelhe.

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o aceso livre a ambos. Nessa modalidade. A guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-de-fins-de-semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas. (LÔBO, 2011, p. 199).

A guarda compartilhada confere a ambos os pais a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo após a ruptura da vida conjugal. Esse tipo de guarda exclui a sensação de abandono causado pela separação dos genitores, possibilitando assim o contato diário e mantendo-se o vínculo sentimental com os mesmos. Grisard Filho (2000, p.155), escreve um breve conceito sobre a guarda compartilhada:

“A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles

conservar os seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem planejar como convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita)". (Grisard Filho, 2000, p.155).

A guarda compartilhada está em crescimento exponencial, é uma ferramenta, que cada vez irá se aprimorar nas questões de conflitos familiares, no que for tocante a guarda, será uma medida de extrema eficiência, tanto para os filhos menores, que serão protegidos pela mesma e pelos pais, em que ambos, serão protagonistas no exercício pleno do poder familiar.

É cabível analisar as decisões dos tribunais a respeito do tema, como parâmetro não apenas de doutrina e leis, mas sim em sua aplicabilidade no dia a dia, bem como no caso concreto.

Uma dessas decisões foi magistralmente interpretada pela Ministra NANCY ANDRIGHI, em um REsp a qual foi relatora, é o que demonstra o julgado a seguir.

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. 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. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A

imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido”. (STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014).

No recurso especial, no qual a ministra julgou procedente, ela claramente demonstra em seu voto que a guarda compartilhada deve ser a regra, quando o melhor interesse é o da criança.

O Tribunal de Justiça do RS, que a guarda compartilhada independentemente da separação conjugal de ambos os genitores, os mesmos são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, tornando-se atípicos nas decisões e, portanto, participarem ativamente na formação da criança.

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Os alimentos são fixados de acordo com o binômio necessidade-possibilidade, não havendo situação excepcional nestes autos quanto às necessidades do menor de idade, tampouco superior possibilidade paterna, os alimentos são reduzidos para o percentual de 20% dos rendimentos que é normalmente adotado por esta Câmara para situações semelhantes. POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE

INSTRUMENTO, VENCIDO O DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO'. (Agravado de Instrumento Nº 70064596539, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015).

Com a mesma relevância do julgado acima o Tribunal de Justiça do DF, conheceu e deu provimento ao recurso de apelação interposto pela mãe, demonstrando que para o melhor interesse da criança, a guarda compartilhada deveria ser aplicada, e não a unilateral, como vinha sendo exercido apenas pelo pai, mas sim a ambos os genitores, pois possuem boa convivência, o que para a criança é um ótimo benefício, bem como pode ser notado no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. FILHO COMUM. ESTUDO PSICOSSOCIAL. AMBOS OS PAIS POSSUEM CONDIÇÕES PARA EXERCER OS CUIDADOS DA PROLE. BOA CONVIVÊNCIA DOS GENITORES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE FIXA A GUARDA UNILATERAL PARA O PAI. APELAÇÃO DA MÃE. GARANTIA DE AMPLA CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS NÚCLEOS FAMILIARES. RESPEITO À SITUAÇÃO VIVENCIADA. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. REGRA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ E DO TJDF. SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA REFORMADA. 1. É cediço que o direito de guarda é conferido segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. A orientação dada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência releva a prevalência da proteção integral do menor. Portanto, tratando-se de investigação sobre quem deve exercer a guarda de um infante, impõe-se que o julgador perscrute, das provas contidas nos autos, a solução que melhor atende a essa norma, a fim de privilegiar a situação que mais favorece a criança ou ao adolescente. 2. O ordenamento jurídico pátrio estabelece que, quando não houver acordo entre os genitores sobre a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada (CC art. 1.584, § 2º). 3. Na hipótese, segundo as conclusões do laudo psicossocial e o verificado após a perícia, a sentença de primeiro grau merece reforma a fim de que a guarda seja

fixada de maneira compartilhada, levando-se em consideração que tal situação retrata a melhor solução para o desenvolvimento da criança, garantindo-lhe uma ampla convivência familiar com os genitores, sem olvidar que, além de corresponder às conclusões da equipe multidisciplinar que auxiliou o juízo, referenda a própria rotina estabelecida pelas partes em relação ao exercício do poder familiar sobre a menor. 4. Com efeito, ambos os genitores mostraram condições de exercerem o poder familiar, o compartilhamento praticamente já foi estabelecido na rotina vivenciada pela criança e, sendo assim, permitirá uma convivência assídua do menor com ambos os pais e os demais familiares, o que foi considerado benéfico ao seu desenvolvimento pelo estudo psicossocial. 5. Atento ao melhor interesse do menor em questão, considerando que os pais nutrem uma boa convivência e que acharam por bem estabelecer uma rotina adequada às necessidades da criança e às possibilidades deles, entendendo que o ambiente encontrado impõe a guarda compartilhada, sem prejuízo de uma saudável regulamentação da maneira como esta se dará, inclusive em relação às férias escolares e às datas festivas. 6. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA (TJ-DF - APC: 20100910068367 DF 0006724-75.2010.8.07.0009, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 11/09/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/09/2014 . Pág.: 111).

Salientando todos os julgados e disposto referentes à lei, doutrinas cabem o entendimento de Giselle Groeninga, psicanalista e doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, é um risco grande confundir guarda compartilhada com convivência alternada. "Não se deve colocar ênfase na divisão do tempo. O espírito da guarda compartilhada é a colaboração entre os pais", findando assim este contexto.

De acordo com Carvalho Filho (2010, p. 1.732), o artigo 1.584, no inciso I, prevê que a guarda unilateral ou compartilhada pode ser requerida de comum acordo pelos pais, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. No inciso II, composto por cinco parágrafos, prevê no primeiro parágrafo que, ainda na audiência de conciliação, o juiz informará aos pais o significado da guarda compartilhada, em

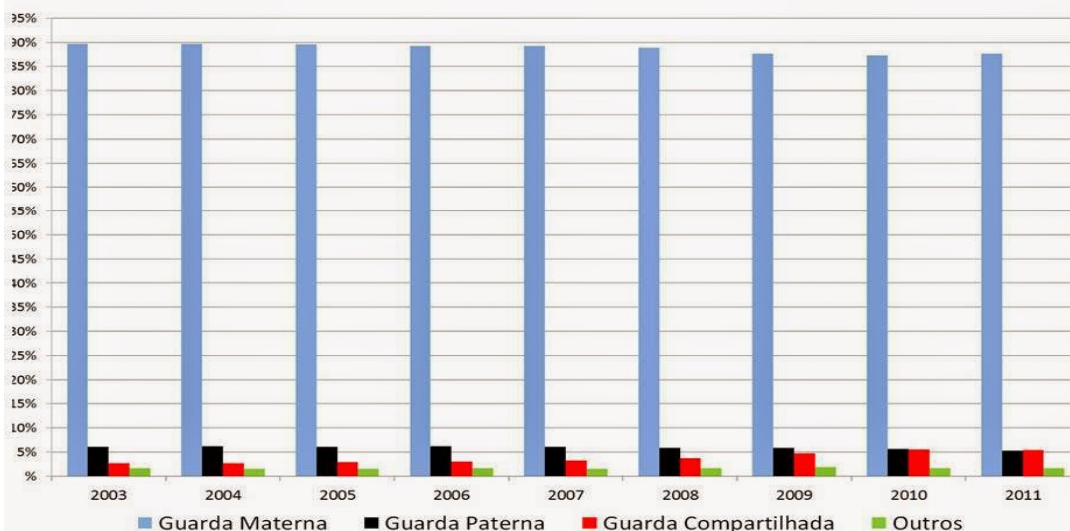
sua importância, a semelhança dos direitos e deveres, bem como suas sanções, caso sejam descumpridas. O parágrafo 2º recomenda que, em não havendo acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seja aplicada pelo juiz, sempre que possível, a guarda compartilhada. Pelo parágrafo 3º, o juiz poderá valer-se de orientação técnico-profissional ou laudos de equipe interdisciplinar para, convencendo os pais e superando seus conflitos, definir as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência.

O descumprimento imotivado do deliberado pelo juiz importará restrições, quanto à guarda, ao desobediente, conforme consta do parágrafo 4º. O parágrafo 5º versa que cabe ao juiz verificar a permanência do filho com o pai ou a mãe, sendo que, em seu exame concluir ser desaconselhável a permanência dos filhos em companhia de qualquer dos genitores, deve conferir a guarda a terceiro. O novo guardião, de notória idoneidade, deverá revelar compatibilidade com a função. Será escolhido pelo juiz, que levará em conta o seu grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade com os menores. O encargo, excepcionalmente, poderá recair sobre um terceiro não parente do menor.

Entende-se que os operadores do direito de família possam ser melhor capacitados para construir uma sociedade bem melhor, nesse sentido, saudamos o PLC 117/13, de autoria do Dep Arnaldo Faria de Sá, que vem ao mundo para romper a barreira criada pelo judiciário para a efetiva implantação da solidária Guarda Compartilhada, contra a banalização da guarda dos filhos, tratada de forma divorciada das graves consequências que causam a desestruturação da parentalidade das crianças, sem medir suas consequências, pois de acordo com os gráficos que serão apresentados abaixo mostram que a predominância nas varas de família dos tribunais pátrio nos dias atuais, a consciência e os modelos anteriores à Constituição Federal de 1988 – guarda unilateral e “visitas” a cada 15 dias – prática corriqueira antes da CF/88 e do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, cristalizando nas instituições do estado uma postura discriminadora e excludente dos pais na vida dos filhos, modelos que ainda persistem, devido ao comodismo do judiciário, na sociedade do terceiro milênio.

**Ao se determinar a guarda dos filhos,
indica-se aos pais a importância
que o Estado atribui
à convivência familiar da criança.**

Responsável pela guarda dos filhos no Brasil

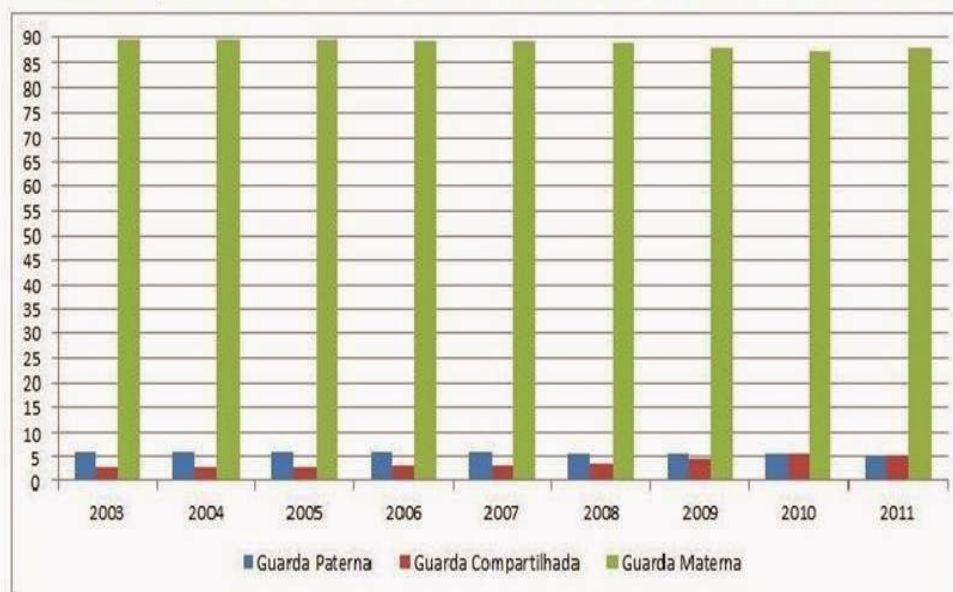


	Antes da lei no. 11.698 de junho de 2008					Depois da lei no. 11.698 de junho de 2008				
Regime de Guarda	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	
Guarda Materna	89,7	89,67	89,54	89,22	89,2	88,87	87,64	87,29	87,64	
Guarda Paterna	6,05	6,17	6,05	6,15	6,09	5,86	5,86	5,6	5,33	
Guarda Compartilhada	2,68	2,69	2,89	3,04	3,18	3,65	4,7	5,52	5,42	
Outros	1,57	1,47	1,52	1,59	1,53	1,62	1,8	1,59	1,61	

Fonte: <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores>

Fonte: <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/divorcios-responsaveis-pela-guarda-de-filhos-menores>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

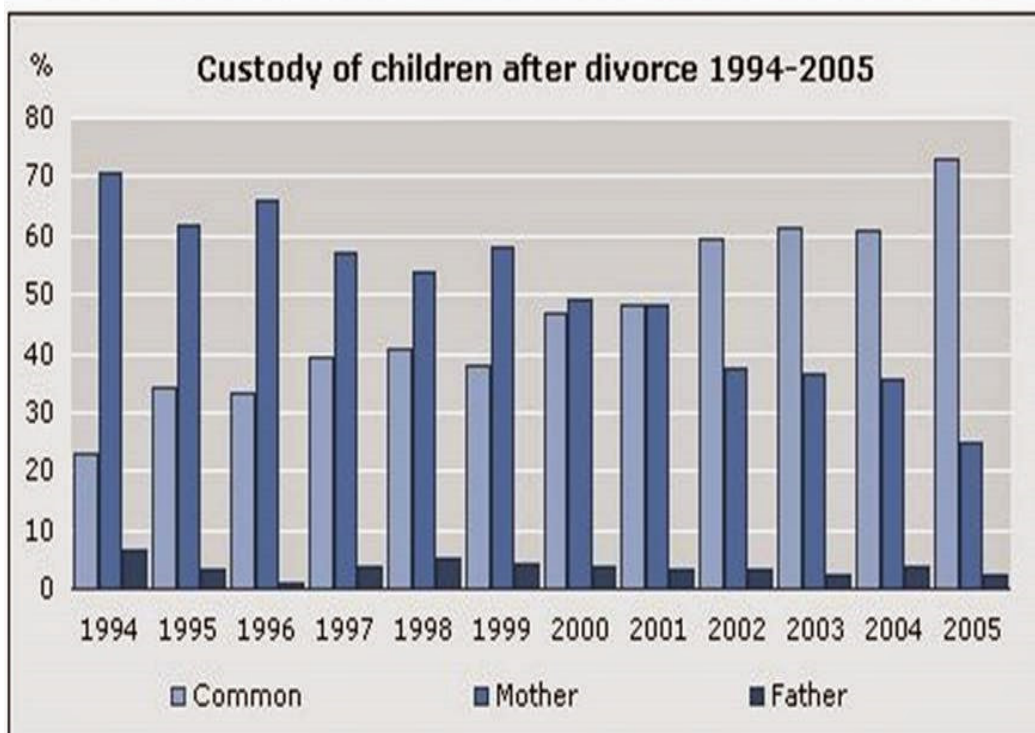
DISTRIBUIÇÃO DO REGIME DE GUARDA DE FILHOS NO BRASIL



Números relativos em %	Antes da lei 11.698/2008					Após a lei 11.698/2008				
Tipo de Guarda	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	
Guarda Paterna	6,05	6,17	6,05	6,15	6,09	5,86	5,86	5,6	5,33	
Guarda Compartilhada	2,68	2,69	2,89	3,04	3,18	3,65	4,7	5,52	5,42	
Guarda Materna	89,7	89,67	89,54	89,22	89,2	88,87	87,64	87,29	87,64	

Fonte: IBGE - <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores>

RESPONSÁVEL PELA GUARDA DE FILHOS NOS EUA



Fonte: <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/divorcios-responsaveis-pela-guarda-de-filhos-menores>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (BRASIL, 1988)

Os direitos fundamentais, que estão previstos em várias partes da nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas, principalmente, nos cinco primeiros artigos, compreendem a materialização dos direitos humanos do nosso país, sendo de aplicação imediata, não precisando de regulamentação para serem efetivados, podendo ser resguardados até mesmo direitos implícitos, como é o caso do afeto no direito de família contemporâneo.

Além disso, os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, por força do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, bem como possuem hierarquia constitucional, ou seja, não pode haver confecção de lei que dificulte ou impeça a sua efetivação. Convém ressaltar que a Constituição de 1988, além de proteger a família e torná-la um locus de realização existencial dos seus membros, ampliou o conceito anterior, em que apenas merecia o status de família aquela entidade constituída pelo casamento, para também conceder proteção familiar à união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º, CF/88) e a entidade monoparental. (art. 226, § 4º, CF/88).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente colocou o menor ao centro da discussão jurídica em se tratando de guarda, analisando-se antes do interesse dos pais o interesse maior do menor. Assim, existe a prioridade dos direitos dos filhos no âmbito judicial, administrativo, social, familiar e extrajudicial.

Seguindo este raciocínio, a guarda compartilhada tem como intuito almejar as reais necessidades dos menores envolvidos. A primazia é o bem-estar dos infantes, colocando em segundo plano os interesses dos pais.

Considerando suas especificidades, cada caso concreto deverá ser colocado em especial exame, considerando as peculiaridades dos núcleos familiares para a escolha da guarda, sempre priorizando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para a obtenção das fundamentais condições para o pleno desenvolvimento dos filhos.

Na Constituição Federal, tal princípio está previsto no art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o

direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Deste modo, o princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como o fundamento principal de todas as ações referentes aos menores, sendo que, qualquer orientação ou decisão referente à vida das crianças e adolescentes deve levar em consideração o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, almejando assim, a proteção integral dos seus direitos.

Vale ressaltar que o conceito de proteção integral está no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art.3).

O princípio de a proteção integral assegurar a dignidade da pessoa humana às crianças e aos adolescentes, guarnecendo mecanismos para que tenham condições mínimas existenciais e a efetivação de seus direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de haver injustiças e de sempre privilegiarem outros aspectos que não de interesse das crianças e adolescentes.

O princípio jurídico da afetividade é um dos fundamentos do direito de família constitucionalizado, sendo o mesmo responsável por dar primazia às relações sócio afetivas, baseadas na comunhão de vida. Esse princípio está implícito na Constituição Federal de 1988, sendo decorrência direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da solidariedade (art. 3º, I, CF/88), bem como dos princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos entre si, demonstrando que no direito de família pós-moderno se sobressai a natureza cultural e não apenas biológica da família.

Neste contexto, Paulo Lôbo (2011, p. 200), é enfático ao afirmar que a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

O Código Civil de 2002 também tratou do princípio da igualdade entre homens e mulheres, nas relações entre genitores e filhos, em seu artigo 1.634, *in verbis*:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o artigo 1.634, Código Civil, traz explícitos os direitos e deveres decorrentes do exercício do poder dos pais relativamente em relação ao filho menor e deliberou que o encargo do exercício do poder familiar a ambos os pais. Assim, é exercido simultânea e igualmente entre ambos os genitores, diferente da noção inicial de tal instituto, em eram prerrogativas exclusivas do pai os atributos decorrentes do mencionado encargo.

4.1 DA ENTIDADE FAMILIAR E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (BRASIL, 1988)

Anterior à Constituição Federal de 1988, o poder supremo era o paternal, investido na figura paterna. Após a promulgação da referida Carta Constitucional, o pai passou a ser apenas representante legal da família, devendo entender-se como tal representação a prática de atos concernentes à promoção e defesa de direitos, bem como na órbita criminal, os de queixa e petição, conforme Washington de Barros. (2001, p. 126).

A Lei nunca se preocupou em definir a família, limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetivo que leva a comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios. O resultado sempre foi desastroso, pois levou a Justiça a condenar a invisibilidade em negar direito a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal. Agora e pela primeira vez a Lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo. A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (LMP 5º, inciso III) qualquer relação de afeto.

Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito. E não se diga que este conceito serve

tão só para flagrar a violência. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência (DIAS, 2009, p.194-195).

Para a jurista Maria Berenice Dias (2013, p. 435) deve haver uma ampliação do conceito de família em razão do surgimento de legislação nova, a qual enfatiza a família atual e a protege da violência, ou seja, o que passa a reger os novos arranjos familiares é o princípio da afetividade. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, nona edição, 2013, página 435).

O assunto família no Brasil praticamente passou despercebido pelos responsáveis pela elaboração das duas primeiras Constituições nacionais, pois a primeira, de 1824, nenhuma referência fazia à família em particular e a segunda apenas passou a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, determinando que sua celebração fosse gratuita. Nada mais disse sobre a constituição da família. (OLIVEIRA, 2002, p. 25).

A Constituição de 1988, no artigo 226, considera que a família é a base da sociedade civil e que a mesma tem proteção do Estado, ou seja, por meio deste artigo houve uma ampliação do conceito de família e o Estado passou a proteger a família, inclusive quando ela for formada por um dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988).

O preceito constitucional que diz que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Partindo-se de um conceito amplo de família, o qual absorve pais e filhos, bem ainda os graus de parentesco direto, colateral, inclusive afim, outro preceito constitucional prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. (BRASIL, 1998).

Consoante os parentescos citados acima, surgem ainda como órgãos constituídos por pessoas individuais protetores da família, como o tutor testamentário, legítimo ou dativo, o protutor e o curador, este também legítimo, testamentário ou dativo. (BRASIL, 2002).

Os órgãos colegiados protetores da família são os órgãos do Estado, como o Conselho Tutelar, criado pela Lei nº 8.069/90, artigo 131 e seguintes. O Ministério público com inúmeras funções, como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Presidente do Tribunal, e como órgão fundamental do poder de controle e julgamento de conflitos sociais, o Tribunal de Justiça. Bem ainda, a Corte de Apelação, o Conselho de Estado, o Oficial do Registro Civil e outras entidades, como as congregações de

caridade, as administrações dos hospícios, os Juízes da Infância e da Juventude e das Varas de Família, entre tantas outras. (BRASIL, LEI 8.069, 1990).

4.2 DO PODER FAMILIAR (BRASIL, 1916; BRASIL, 1988)

O Pátrio Poder originado do Direito Romano foi recepcionado pelo Direito Brasileiro pela Lei de 20 de outubro de 1823, na qual conferia ao homem o Pátrio Poder e, atribuía funções ao homem como a de prover a família e tomar decisões, enquanto a mulher era considerada totalmente incapaz de praticar qualquer ato da vida civil, sendo destinada somente às tarefas de cuidado com o lar e criação dos filhos. Seguindo o Direito Romano, o Código Civil de 1916, em seu artigo 380, parágrafo único, reafirma ainda mais o poder conferido ao pater família, como disposto a seguir:

Art. 380. Durante o casamento compete o Pátrio Poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do Pátrio Poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. (BRASIL, 1916).

A função de colaboradora do pai no exercício do Pátrio Poder deu-se com o Estatuto da Mulher Casada, conforme a Lei 4.121 de 27 de agosto de 1942. (GRISARD, 2000, p. 30).

Tendo em vista a relevância da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, pela qual regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências, ocorreu uma pequena e notória mudança, em seu artigo 17, na qual indicava como detentores dos encargos parentais ambos os genitores, tais encargos deveriam permanecer mesmo após o divórcio ou sobre novo casamento, contudo, a guarda era atribuída somente a um dos genitores, conforme artigo 16 do Decreto-lei 3.200 de 19 de abril de 1941 e do artigo 381 do Código Civil de 1916. (GRISARD, 2000, p.30).

Cabe destacar que o Poder Familiar do pai e da mãe independe do casamento, tal garantia foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e pela Lei que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento de 1977. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

Quanto às características do Poder Familiar, pode-se considerar o instituto como irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural quando da adoção. Para Maria Helena Diniz, o poder familiar constitui um *munus* público, considerando o poder familiar como um direito-função e um poder-dever. (DINIZ, p. 566).

Além do *munus* público, a autora dá ao instituto outras cinco características, são elas: a irrenunciabilidade, tendo em vista os pais não poderem dispensar o seu exercício e da titularidade; a inalienabilidade, pois o poder familiar não poderá ser transferido a nenhuma outra pessoa; a imprescritibilidade, tendo em vista que não perdem os pais por deixar de exercê-lo; a incompatibilidade com a tutela, porque não se pode nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; e, por fim, afirma que o poder familiar ainda preserva uma relação de autoridade, pois existe um vínculo de subordinação entre pais e filhos. (DINIZ, p. 566).

O poder familiar, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “é representado por um conjunto de regras que englobam direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos menores”. Fica claro quando se observa a definição feita, que é de inteira responsabilidade dos pais a pessoa de seu filho menor. (GONÇALVES, 2006, p. 726).

O poder familiar se estende a todos os filhos desde o reconhecimento da filiação, não sendo necessária estabelecer uma relação de casamento ou de união estável entre os pais para acontecer a constituição desse instituto. Ainda quando estão separados os pais exercem o poder familiar. Em famílias monoparentais, na falta de um dos genitores, o poder familiar é exercido com exclusividade pelo outro genitor. (BRASIL, 2002).

Poder Familiar possui uma relação de autoridade, por existir uma relação de subordinação entre pais e filhos, pois aos pais é dado o poder sobre os filhos e aos filhos é dado o dever de obediência aos pais. Qual se demonstra elencadas as

características acima no artigo 1634, do Código Civil de 2002, exposto a seguir:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2018, p 220).

Ao exercer o Poder Familiar os genitores cumprem um direito-função e um poder dever, assim sendo, não podem abrir mão dele, bem como não podem transferir a outrem, a título gratuito ou oneroso com a exceção em nosso ordenamento que era a de poder delegar o poder familiar, a fim de prevenir a ocorrência de situação irregular do menor, porém sendo devidamente reduzida a termo, assinada pelo juiz e as partes, constando os direitos e deveres do instituto. (BRASIL, 1988).

Depreende-se que a guarda compartilhada representa um instrumento facilitador para o convívio familiar, proporcionando a estabilidade para criança com ambos os pais e o favorecimento da igualdade de deveres e direitos dos genitores. As divergências dos pais não podem influenciar o exercício dos papéis parentais e o Estado deve assegurar tal desempenho, por meio de leis e políticas públicas

adequadas às necessidades de cada momento histórico. (BRITO e GONSALVES, 2013, p. 165).

Quanto à abrangência do Poder Familiar, para melhor explicitar o assunto, separar-se-á em hipóteses. Considerar-se-á a hipótese habitual como a de uma família, com pai e mãe vivos, casados ou em união estável, sendo ambos plenamente capazes. Na situação habitual, o poder familiar, segundo a autora Maria Helena Diniz, é de ambos os cônjuges ou conviventes o poder familiar será competente ao consorte vivo. Nos casos da família socio afetiva, caso o filho seja adotado por ambos, caberá aos dois o exercício do poder familiar; nos casos de adoção unilateral, caberá apenas ao adotante o exercício do instituto. (DINIZ, 565).

Completando o que já fora dito é cabível uma análise de que “Poder Familiar” possui o mesmo entendimento tanto para o casamento, bem como para união estável, de acordo com o artigo 1.631, do Código Civil de 2002, na qual afirma que durante o casamento ou união estável, o Poder Familiar compete aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro poderá exercer com exclusividade. No artigo supracitado, em continuação ao tema em seu parágrafo único, à guisa de evitar futuros conflitos, estabelece que caso ocorra divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar, será assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solucionar o desacordo. (BRASIL, 2002).

De acordo com o Código Civil de 2002, este por sua vez estabeleceu uma isonomia entre os pais, não tendo como preferência a destinação da guarda somente à mãe, logo, acordando que caberá a ambos os genitores assumir todos os direitos e obrigações dos filhos. Tais direitos ao serem exercitados pelos genitores passaram a ser entendidos como Direitos Fundamentais, constitucionalmente protegidos, por estabelecer igualdades não só perante aos pais como também aos filhos de qualquer origem.

5 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (BRASIL, 1990)

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma legislação baseada na Doutrina da Proteção Integral que coloca a criança e o adolescente como centro e protagonista do processo da construção da sua cidadania.

De acordo com os arts.1º, 3º, 4º e 15º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, é compromisso dos pais aos filhos o de promover o desenvolvimento

físico, mental, moral, espiritual e social, condições de liberdade e dignidade. Muito embora, o Estatuto exponha clareza quanto a promoção dos deveres inerentes aos pais, bem como os direitos, a presente norma jurídica não dispõe sobre a forma que os filhos devem ser criados nem mesmo como deve ser a atuação dos afazeres parentais. Por sua vez, isto decorre da convivência familiar e da maneira em que as decisões familiares devem ser tomadas, na medida em que a vida íntima da família se desenvolve naturalmente e sua estrutura deve ser norteadada pela prudência.

Conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a guarda é uma das medidas específicas de proteção, que pode ser invocada para assegurar o direito à convivência familiar, sem implicar destituição do poder familiar.

É a medida adequada quando é possível manter os vínculos entre a criança ou o adolescente e sua família de origem. Segundo afirma a Assessoria Psicossocial do Poder Judiciário de Santa Catarina: “A guarda exclusiva ou individual adotada na legislação brasileira é a custódia concedida a um dos genitores, sendo que à parte não-guardiã cabe o direito de visita. Segundo pesquisas, 80% da guarda das crianças é concedida à figura materna. O genitor(a) que possui a guarda do filho tem o direito e o dever de tomar decisões sobre a saúde e a educação da criança”. (DALBÓ; COSTA; LEEPKLALN, 2001).

As regras de cessão da guarda estão diretamente vinculadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a criança o direito da convivência com a família, ou seja, com os genitores (genitor/genitora).

Portanto, hoje, a guarda é exercida por quem melhor atender aos interesses da criança. Mesmo sem a guarda legal, o outro continua com o poder familiar e o dever de contribuir para o sustento e formação dos filhos para vida. Conforme discorre o art. 1.632, do novo Código Civil, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

O princípio do Estatuto da Criança e do Adolescente é a garantia e o privilégio dos direitos das crianças e dos adolescentes, como pessoas em desenvolvimento. O instituto da guarda compartilhada tem como um de seus objetivos o convívio frequente das crianças e dos adolescentes com seus pais, após a separação conjugal encontrado no Estatuto da Criança e do Adolescente, mecanismo legais

para a efetivação da guarda compartilhada, uma vez que este instituto privilegia o direito da criança e do adolescente de ser criado no seio familiar.

A guarda é, há um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. (GRISARD FILHO, 2002, p. 47-48).

6 CONCLUSÃO

Antigamente o instituto do pátrio poder autorizava ao pai decidir ilimitadamente sobre a vida de seu filho menor. Assim, poderia vendê-lo ou decretar sua a morte como pena para alguma infração que realizasse. A vida do filho era considerada como uma propriedade do pai.

Atualmente, com o novo instituto do poder familiar, com os direitos adquiridos pelas crianças e adolescentes, não é mais permitido aos pais dispor dessa forma da vida dos filhos menores.

Tendo em vista que a inclusão da guarda compartilhada no Código Civil foi um enorme avanço no direito brasileiro, devido a relevância da consideração do bem-estar da criança e do adolescente é a parte da família que merece mais atenção, recebendo toda e qualquer possível proteção jurídica, e entra como primórdio do então conceito de família instituído pela Carta Magna.

Tem-se que a sociedade brasileira encontra-se em mudanças assíduas, e há muito tempo tem a necessidade de introduzir a guarda compartilhada, diante disso, alguns juízes vinham aplicando-a sem fundamento da lei, mas em favor das crianças e adolescentes.

Ao se falar no aspecto psicológico guarda cedida somente para mãe, nem sempre vai atender todas as necessidades da criança e/ou adolescente, que por sua vez ama e precisa do pai do mesmo jeito que precisa da mãe, não sendo bom para o desenvolvimento da criança e/ou adolescente a ausência de um dos genitores.

Pois mediante tal situação o menor encontra-se propício ao rompimento familiar, é necessário ter cuidados especiais com o mesmo, pois é difícil entender e

suportar a dor da separação dos seus genitores, podendo gerar traumas pelo resto de sua vida.

Isto posto, o instituto da guarda compartilhada tem a finalidade de estabelecer direitos iguais entre homem e mulher em relação à criação de seus filhos. Assim sendo, a criança e/ou adolescente será o maior beneficiário da superação das mudanças de hábitos, local, costumes e todas as dificuldades e a dolorosa separação conjugal de seus pais, a guarda compartilhada então possibilita a família ter maior convívio social, visando sempre o bem estar da criança e do adolescente e até mesmo dos pais.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de direito civil**. Direito de família, 2º volume. Editora Saraiva, 2001.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de Família e das Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, segunda edição, 1991.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo, quinta edição, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo, nona edição, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo, nona edição, 2013, página 435.

DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo:Saraiva, página 565.

DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo:Saraiva, página 566.

DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo: Saraiva.

BITTENCOURT, Edgard de Moura **Direitos da criança e do adolescente**, 3ª edição, Atlas, 2015, p. 153.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira e GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Antonio Ceza Lima. **O Código Civil e o Novo Direito de Família**, Livraria do Advogado, primeira edição.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 .ed. São Paulo: Saraiva, v.6, 2009. p. 377.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v.6, 2009 .p. 376.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: A situação jurídica de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ed São Paulo.2001, p.266.

Elias, NORBERT. **Introdução à Sociologia**. Lisboa, Edições 70, 1999, p. 6.

OLIVEIRA, J.F Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 3. ed. São Paulo: BH Editora e distribuidora de livros, 2009.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Leme J.H Mizuno, 2008.

VENOSA, Silvo de Salvo, Direito Civil. **Direito de Família**, Vol. 6, 13ª. ed. Editora Atlas, São Paulo, 2013.

