

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MARIA DO SOCORRO DINIZ FILGUEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS POSITIVAS E NEGATIVAS PARA
O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E BEM ESTAR DO MENOR**

Campina Grande – PB

2015

MARIA DO SOCORRO DINIZ FILGUEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS POSITIVAS E NEGATIVAS PARA
O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E BEM ESTAR DO MENOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador (a): Prof. Ms Alcione Vieira Pordeus

Campina Grande – PB
2015

F481g Filgueira, Maria do Socorro Diniz.
Guarda compartilhada: perspectivas positivas e negativas para o desenvolvimento social e bem estar do menor / Maria do Socorro Diniz Filgueira. – Campina Grande, 2015.
42 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.
Orientadora: Profa. Ma. Alcione Vieira Pordeus.

1. Direito de Família. 2. Guarda Compartilhada. I. Título.

CDU 347.61(043)

MARIA DO SOCORRO DINIZ FILGUEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA: PERSPECTIVAS POSITIVAS E NEGATIVAS PARA
O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E BEM ESTAR DO MENOR**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Ms. Alcione Vieira Pordeus (Orientadora)
Centro De Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI
(Orientador)

Prof.(a) Ms. Alana Lima de Oliveira
Centro De Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI
(1º Examinador)

Prof.(a) Ms. Luan Glauber Rocha Medeiros
Centro De Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI
(2º Examinador)

Dedico este trabalho aquele que deu sua vida por mim,
sem pensar duas vezes:

Jesus Cristo.

AGRADECIMENTOS

Durante esses cinco anos de faculdade, houve alguém que sempre esteve ao meu lado, me conduzindo, me dando força, me ajudando a caminhar. Alguém que estava comigo em cada noite que passava acordada estudando para as provas, este ser me fez persistir e vencer todos os obstáculos surgidos ao longo dessa trajetória, me ajudava a levantar quando achava que tudo estava perdido, sempre colocava um luz lá no fim mostrando que eu conseguiria. Este ser me ensinou que os obstáculos existem para serem vencidos e que eu era capaz, no meu tempo e a minha maneira e me carregou nos braços quando não tinha mais forças, muitas vezes chorando escondida, senti seu toque em meu corpo e aí eu agradecia, agradecia muito por Ele estar comigo naquele momento, este ser é Deus, é para Ele toda honra e toda a glória dessa conquista.

Agradeço ao meu marido por todos os olhares de admiração que senti quando ele me via estudando, pelo orgulho que sentia por mim externados em seus comentários inocentes. Deus me presenteou com este homem honesto e batalhador que sem perceber foi um dos meus mestres nesta conquista e que sem ele jamais poderia feito este curso.

Agradeço aos meus filhos pelos momentos de descontração em meio os meus desesperos nas semanas de provas, quando brincavam e me tratavam como uma menina pequena, sim, como uma menina pequena, porque muitas vezes os papéis foram invertidos, eu era a filha que os enchia de orgulho. Agradeço por cada ajuda que eles me deram, principalmente por terem acreditado em mim.

Agradeço aos meus pais por depositarem tanta confiança em mim e externarem o orgulho que sentiam em dizer “minha filha vai ser advogada”. Agradeço as minhas irmãs e tias por torcerem tanto por mim e acreditarem na minha vitória, sempre com elogios que me enalteciam.

Agradeço a todas as minhas amigas pelos momentos maravilhosos que passamos juntas, por tê-las conhecido e aprendido com elas o sentido real da amizade.

Por fim, agradeço aos professores pela paciência, educação e dedicação que conduziam seus ensinamentos, em especial a professora Alcione, pessoa cheia do Espírito Santo, com luz própria.

A cada agradecimento feito, as lágrimas caem, não consigo controlar, a emoção que me toma é muito forte, em fim, mais uma vez consegui.

“Não me lembro de nenhuma necessidade da infância tão grande quanto a necessidade da proteção de um pai.”

Sigmund Freud

RESUMO

A família é a base da sociedade, é nela que se converge toda organização social. A falta de diálogo, a rotina do dia-a-dia, problemas econômicos, violência física sofrida pela mulher, o ingresso cada vez mais forte desta no mercado de trabalho, são alguns dos motivos que podem levar ao desgaste conjugal e ao divórcio. Diante desses novos contornos familiares, ao nos depararmos com a realidade do divórcio é notória a dificuldade encontrada pelos pais em educar seus filhos. A guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e as mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões que devem ser tomadas a respeito destes. O objetivo do presente estudo foi analisar no Direito da Família, a guarda compartilhada, as motivações geradoras e seus reflexos na vida dos filhos e na sociedade, bem como os pontos positivos e negativos referentes a esse instituto. Foi utilizada metodologia de base exploratória, a partir de análise de livros e artigos científicos. Conclui-se que a guarda compartilhada vem proporcionar direito a convivência familiar a prole, que será importante para sua formação psicossocial.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada . Família. Poder Familiar. Filhos.

ABSTRACT

The family is the base of society, it is on her that converges all social organization. The lack of dialogue, the quicker day by day routine, economic issues, betrayal, physical violence endured by the woman, hers each time stronger admission in the job market, are some of the reasons that can lead to conjugal attrition and divorce. In face of these new familiar shapes, by encountering ourselves with the reality of the divorce it is notorious the difficulty faced by the parents in educating their children. The shared or joint custody refers to a type of custody in which the fathers and mothers share the legal responsibility over the children at the same time and share the obligations of the decisions that must be taken concerning them. The goal of the present study was analyze the Family Law, the shared custody, the generative motivations of these conduct and its reflexes in the life of the children and in the society, as well as the positive and negative points related to these institute. In conclusion that the shared custody comes to provide right to familiar acquaintanceship to the offspring, that will be important to theirs psychosocial formation.

Keywords: Shared Custody. Family. Familiar Power. Children.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR	14
1.1 PODER FAMILIAR - CONCEITO.....	15
1.2 O PODER FAMILIAR DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	16
1.3 O PODER FAMILIAR DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	18
1.4 O PODER FAMILIAR DE ACORDO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – LEI 8069/90	18
1.5 PERDA, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	19
CAPÍTULO 2 – DA GUARDA	22
2.1 CONCEITO.....	22
2.2 AS MODALIDADES DA GUARDA.....	22
2.2.1 A guarda unilateral	23
2.2.2 A guarda alternada	23
2.2.3 A guarda compartilhada	24
CAPÍTULO 3 – DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	27
3.1 RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL E OS FILHOS NO MEIO DO CONFLITO.	27
3.2 DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR	28
CAPÍTULO 4 - A NOVA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA Nº 13.058/2014, FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO	31
4.1 DA CUSTÓDIA FÍSICA OBRIGATÓRIA	33
4.2 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	34
4.3 FIXAÇÃO DE ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA	35
4.4 VISÃO POSITIVA E NEGATIVA DA GUARDA COMPARTILHADA	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

Os avanços significativos nos últimos anos na instituição familiar trouxeram consigo um crescente número de divórcios e dissoluções de união estável, com isso a família vem adquirindo novos formatos, neste norte, com o advento desses novos contornos sociais, é sabido que o ordenamento jurídico pátrio necessitou acompanhar esta evolução, passando por diversas reestruturações, a exemplo da criação da primeira lei de guarda compartilhada nº 11.698/2008, bem como sua primordial mudança, chegando a lei nº 13.058/2014 sendo nesta, obrigatória a guarda compartilhada.

A família é a base da sociedade. É nela que se debruça toda a organização social, sendo depositado um conjunto de responsabilidades e direitos no que compete aos pais com relação aos filhos. Porém, a vida corrida das pessoas e a falta de tempo deixou a família fragilizada, haja vista que os pais estão sempre sobrecarregados de atividades, ficando desta forma, a desejar sua função, qual seja de criar e educar crianças para se tornarem adultos dignos e honestos. É sabido também que a união entre os casais, nem sempre é para toda a vida, e quando chega o fim, o processo é quase sempre doloroso e complicado, principalmente quando há a existência de filhos.

No decorrer do presente trabalho, foi destacada a compreensão do poder familiar no curso da formação da personalidade do filho, demonstrando que é poder dever dos genitores assistir, criar e educar os filhos até que atinjam 18 anos.

Diante do tema em debate, foram enfatizadas as modificações trazidas pela lei nº. 13.058/2014, levantando seus pontos positivos e negativos. Foi abordado também, o entendimento a respeito do instituto da guarda, a luz da Constituição Federal brasileira, art. 5º, inciso I, em que se consagra o princípio da igualdade.

Fez-se mister abordar os diferentes tipos de guarda, que eram anteriormente adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, enfatizando a guarda compartilhada como meio para resolução dos conflitos advindos da dissolução da sociedade conjugal.

Com relação aos pontos positivos e negativos dessa modalidade de guarda, viu-se que como positivo ela é benéfica tanto para os pais, quanto para os filhos, pois mesmo estando em casas separadas, convivência familiar, agora reajustada, terá continuidade, afastando o sentimento de abandono do filho, bem como a sobrecarga do genitor que detenha a guarda em detrimento da ausência do outro.

Como ponto negativo, foi comentada a falta de entendimento entre os pais pelos conflitos gerados por mágoas e ressentimentos que dão continuidade as discussões, fazendo muitas vezes com que os filhos tornem-se parte de um jogo de disputas, podendo resultar até na alienação parental.

Esse instituto da guarda compartilhada não foge a regra. A guarda compartilhada também desenvolve aspectos negativos, desta forma é preciso que cada caso seja analisado com suas particularidades, para que não seja imposto esse tipo de guarda, a quem não pode oferecer a mínima possibilidade de um relacionamento saudável, ou conferir responsabilidades a quem não tem condições de arcar com elas.

É importante que seja feito o perfil dos pais e da família, por profissionais qualificados como psicólogos e assistentes social, formando uma equipe interdisciplinar capaz de ajudar o magistrado na tomada da decisão correta para aquela família em específico a qual esteja tratando.

A escolha do tema foi motivado pela sua extrema relevância, haja vista o grande número de separações bem como o surgimento dos novos contornos familiares. Foi utilizada metodologia de base exploratória, a partir de análise de livros e artigos científicos. Dessa forma o presente estudo teve objetivo de estudar no Direito de Família a Guarda Compartilhada, as motivações geradoras e seus reflexos na vida dos filhos, bem como os pontos positivos e negativos.

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

A família é considerada uma instituição sagrada e totalmente protegida pelo estado. Nela é depositado um conjunto de responsabilidades que engloba a relação dos pais com os filhos, cabendo-lhes o dever de prestar assistência, auxílio, respeito, bem como mantendo-os sob os seus cuidados, até que atinjam 18 anos.

Na Roma Antiga o poder familiar era regido pelo *Pater famílias*, era ele quem detinha todos os direitos sobre o grupo, incluindo esposa, filhos, escravos e pessoas assemelhadas. O *Pater famílias* era a autoridade máxima da família, os outros integrantes do grupo eram totalmente dependentes dele.

Desta forma exercia todos os direitos sobre os filhos, cabendo-lhe o poder de castigá-los, vende-los, até mesmo tirar-lhes a vida, sem que fosse cometida qualquer ofensa a lei. A mãe por sua vez, não possuía autonomia alguma sobre sua prole, nem mesmo sobre ela própria.

Já na Idade Média, quem comandava as relações familiares era o direito canônico, época em que o *pater famílias* era influenciado pela igreja e seus dogmas, o único casamento reconhecido era o religioso.

Sobre o poder familiar no cenário brasileiro, é evidente que, a evolução dos costumes nas relações sociais e familiares, o antigo sistema não satisfazia mais. Desta forma a resolução de 31 de Outubro de 1831 de acordo com a lei de 22 de Setembro de 1828, fixou em 21 anos a maior idade, e logo a emancipação fazendo com que o individuo se tornasse capaz civil e penalmente.

Entretanto, com o advento do Código Civil de 1916, insta salientar que o marido era o chefe da sociedade conjugal, a ele era atribuída função de exercer o pátrio poder sobre os filhos menores, com tudo, em sua ausência ou impedimento o poder era passado à mulher, desta forma ela exercia o comando da sociedade conjugal, sendo um marco sua participação direta no comando familiar. Porém ao longo do tempo ocorreram inúmeras mudanças referentes à família no âmbito social. Novos formatos de família surgiram, ao passo em que separações conjugais foram ocorrendo com mais frequência por motivos sociais e antropológicos.

A falta de diálogo, a rotina do dia-a-dia, problemas econômicos, traição, violência física sofrida pela mulher, o ingresso cada vez mais forte desta no mercado de trabalho, são alguns dos motivos que podem levar ao desgaste conjugal e ao

divorcio. Outrossim, diante desses novos contornos familiares, ao nos depararmos com a realidade do divórcio é notória a dificuldade encontrada pelos pais em educar seus filhos, posto que os contatos familiares ficara mais reduzidos a o cônjuge detentor da guarda do menor, desta forma a estrutura familiar foi modificada gerando assim insegurança no psicológico da criança.

Sabemos que a função social da família é criar adultos dignos e éticos, mas para tanto esses valores devem ser transmitidos dos pais para os filhos diante de suas ações e atitudes, estes servem de modelos e são neles que os filhos depositam confiança, sendo esta adquirida com a convivência. Porém o divórcio dificulta em larga escala a convivência constante dos filhos com ambos os pais.

Acompanhando esta evolução social, o Direito de Família viu a necessidade de se enquadrar a esta nova performance familiar, sendo promulgada a Lei nº 13.058 de 22 de Dezembro de 2014, alterando a antiga lei de 10 de Janeiro de 2002 para restabelecer o significado da expressão Guarda Compartilhada e dispor sobre sua aplicação.

1.1 PODER FAMILIAR - CONCEITO

Poder familiar é conceituado pela doutrina como *munus publico*, por representar uma responsabilidade sujeita aos pais, esta é uma função que lhes cabe durante o período em que perdurar a menor idade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de poder-dever que é exercido por eles em relação a sua prole sendo de sua responsabilidade a educação e o desenvolvimento deles.

O poder familiar é conjunto de direitos e deveres concedidos aos pais em relação aos filhos menores. É um instituto eminentemente de proteção, imposto pelo estado aos genitores, para que estes cuidem do futuro de seus descendentes, inclusive de seus bens. Ou seja, é o exercício de autoridade cabido aos pais sobre os filhos incluindo dar toda assistência possível ao seu desenvolvimento físico, educacional, social e psicológico.

Nesse contexto vale destacar o conceito de Poder Familiar, trazido por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“O poder familiar é um complexo exercício de direitos e obrigações reconhecidas aos pais, em razão disso exercem sua autoridade parental em face de sua prole enquanto menores e incapazes” (2012, p. 592).

De acordo com Maria Helena Diniz o poder familiar é decorrente da paternidade natural e filiação legal, sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, cujas obrigações que dele fluem são personalíssimas. Dessa forma a autora compreende que os pais não podem dispor desse poder para renunciá-lo ou mesmo transferi-lo a *outrem* posto que trata-se de um poder *múnus público*, haja vista ser o estado que fixa as normas para seu o exercício, sendo também imprescritível porque dele o genitor não decai por não exercitá-lo, só ocorre a perda desse poder em casos expostos pela lei.

Ainda de acordo com Maria Helena Diniz, poder familiar quer dizer:

“Conjuntos de direitos e obrigações quanto a pessoa e bens dos filhos menores não emancipados, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho (2010, p. 289)”.

Segundo Conrado Paulino da Rosa (2015), a função do poder familiar é fundamentada no direito subjetivo, próprio a condição de pais, que exercem deveres jurídicos em favor dos filhos, dessa forma é o conjunto de obrigações dos pais para com os filhos.

1.2 O PODER FAMILIAR DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”, conforme determina a Constituição Federal em seu art. 5º inciso I e art. 226 §5º. Esta mudança foi indubitavelmente pertinente, visto que compreendeu-se não ser este poder absoluto do pai, cabendo a mãe também o poder de decidir e participar integralmente da educação dos filhos.

Assim ficou positivado na Constituição Federal, que os pais devem ter participação conjunta na educação e criação dos filhos, ambos têm deveres e obrigações, devendo colaborar efetivamente para a formação e desenvolvimento físico, psíquico, moral e ético dos filhos, para que possam ser adultos estruturados e

seguros psicologicamente. Porém, visto que o poder familiar é exercido simultaneamente por ambos os pais, havendo divergência entre eles, poderão os mesmos recorrer ao poder judiciário, para que auxilie na solução do problema. Conforme o art. 1.637 parágrafo único do Código Civil, *verbis*:

“Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

Diante disso será empregada a decisão mais favorável ao menor, seus interesses estarão sempre em primeiro lugar. O ideal é conseguir alcançar objetivos que estejam dentro das possibilidades necessárias para garantir o bem estar do filho. Para que isso ocorra é necessário uma relação amigável entre os pais. Na ausência de entendimento entre os mesmos, poderão recorrer ao juiz para que se ajuste o querer ao poder, sempre considerando o que for melhor para a criança. Desta forma os filhos crescerão em um ambiente saudável e de respeito humano.

Considerando o texto constitucional de igualdade entre homens e mulheres, nas relações conjugais, o art. 5º, inciso I, afirma que “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”. Com o advento deste dispositivo as mulheres passaram a gozar de plena capacidade de direitos e deveres junto a seus companheiros, com relação aos filhos comuns.

Vale salientar que, o art. 227 da Carta Magna, traz uma forma nova de pensar com relação à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, afastando a situação irregular, e passando a assegurar direitos fundamentais ao menor. Este artigo atribui um conjunto de deveres à família em prol dos filhos enquanto menores.

Em meio a estes direitos estão contidos: direito à saúde, vida, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar. Ficando assim entendido, que os pais têm papel fundamental para o perfeito desenvolvimento dos filhos. Cabe a estes, instituído por lei, a responsabilidade de educá-los, ensiná-los e protegê-los, para que o menor tenha possibilidade de aperfeiçoar-se e desenvolver-se fisicamente, moralmente e psicologicamente.

1.3 O PODER FAMILIAR DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme a atual legislação civil foi incorporada em seu texto legal no art. 1.636 que: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”. Este poder será exercido por ambos os pais na constância do casamento ou na união estável, porém, havendo impedimento ou falta de um deles, será este poder exercido por uma das partes (pai ou mãe) com exclusividade, havendo entre os litigantes, possibilidade de recorrer ao poder judiciário em caso de desacordo.

Cumpram demonstrar que o art. 1.632 do Código Civil, traz a baila que com a separação judicial ou dissolução da união estável, não se altera a relação entre pais e filhos, se não quanto ao direito que os genitores têm em ter a companhia da prole.

O exercício de poder familiar abrange direitos e deveres em benefício dos filhos previstos no art. 1.634, inciso I a VII do Código Civil. Conclui-se por tanto que é dever dos pais criar e educar os filhos, sendo este dever de uma importância ínfima na formação da pessoa dos filhos, posto que toda criança tem direito a efetiva participação dos pais em sua educação e formação.

1.4 O PODER FAMILIAR DE ACORDO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – LEI 8069/90

O Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) tem por objetivo a proteção integral do menor, assegurado-o pleno desenvolvimento físico, moral e religioso, prevendo compromisso dos pais para com seus filhos. Posto que é no seio familiar que se aprende os primeiros ensinamentos para a vida, ideais de direito, dever, justiça e amor; por essa razão o menor precisa da proteção integral dos pais, tendo direito a convivência com eles para que possam sentir-se amparados e protegidos. Desta forma, tendo em vista a Política de Proteção Integral ao Menor, o ECA assegura aos pais, em igualdade o exercício do poder familiar.

O ECA estabelece em seu art. 55 a cerca da educação que “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. Ficando assim determinado o dever deles fornecer educação a sua prole enquanto menores. Ocorrendo omissão por parte destes, é previsto no Código

Penal, art. 246 deixar de prover à instrução primária ao filho em idade escolar sem qualquer justificativa, cabe pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

1.5 PERDA, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.

A perda do poder familiar é uma medida imediata, imposta judicialmente em virtude da falta de compromisso responsabilidade e deveres dos pais para com a pessoa do filho menor.

Estão previstas no Código Civil brasileiro em seu art. 1.638 incisos de I a IV, que a falta dos pais é um dos fatores que implica na perda do poder familiar. Castigar imoderadamente o filho com violência física ou psicológica, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários a moral e os bons costumes, como também abuso de autoridade são exemplos de más condutas que podem levar a perda do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 18 A e B estabelece a criança e o adolescente o direito de ser criado, cuidado sem uso de violência como castigos físicos, tratamento cruel ou degradante, mesmo porque este não pode ser visto como forma de processo educativo, assim de acordo com as gravidades dos casos, o art. 18 – B preceitua que: “Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas sócio-educativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção disciplinar e educativa ou qualquer sob outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)”.

Alguns tribunais já entendem como motivo para a perda do poder familiar: privação de alimentos; falta de cuidado pondo em risco a saúde e o bem estar físico e moral do filho; exigir que o menor exerça trabalho excessivo impróprio, como também empregá-lo em ocupações proibidas contra a moral e os bons costumes; induzir o menor ao mal, exercitando ou favorecendo a torná-lo dependente químico de drogas ilícitas ou lícitas; ou deixá-lo em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem e criminalidade.

Vale ressaltar que o art. 92 inciso II do Código Penal brasileiro entende estes fatos como efeito de condenação, vedando a volta do menor ao poder dos pais que atentaram contra a manutenção, saúde e segurança do filho destacando ainda como situação grave o incesto contra a criança, haja vista tratar-se de uma situação traumática e constrangedora para as pequenas vítimas, visto os efeitos causados na vida do menor são extremamente devastadores.

De acordo com o ECA em seu art. 93 é de competência da infância e juventude o conhecimento de ações de destituição do poder familiar. Os procedimentos a serem seguidos referentes à perda e suspensão deste poder encontra-se nos art. 155 a 163 do mesmo estatuto.

Referindo-se a suspensão do poder familiar esta encontra-se no art. 1.637 do Código Civil Brasileiro, vindo ocorrer: Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabendo ao juiz, requerer algum parente, ou mesmo o Ministério Público, adotar medida que lhe pareça favorável a segurança do menor e seus haveres, podendo até suspender o poder familiar, quando convenha. Conforme o parágrafo único deste artigo supracitado: “Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

Vale salientar que é preciso ter cautela para não condenar a família mediante primeira denúncia, mas também não pode requerer manter o vínculo sem que se antes tenha a certeza dos fatos para que não ocorra nenhum tipo de injustiça. Conforme o art. 23, parágrafo único do ECA, entende-se que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a suspensão do poder familiar”, não havendo outro motivo considerado de maior gravidade para que ocorra a suspensão desse poder, o menor será mantido em sua família devendo esta ser inserida em planos assistenciais do governo.

Com relação a extinção do poder familiar, suas hipóteses estão expressas no art. 1.635 do Código Civil brasileiro. A primeira causa para a extinção desse poder é por morte dos pais ou do filho, por morte do primeiro, desaparece o sujeito ativo, em consequência não haverá possibilidade de manter qualquer vínculo protetivo com o filho. Porém, se ocorrer a morte de apenas um genitor, caberá ao outro, o poder sobre a pessoa do filho. Extingue-se também este poder por fator natural, quando o filho atinge a maior idade, 18 anos.

A segunda hipótese, conforme o artigo acima citado, se dá pela emancipação do menor, que é conferida pelos pais atribuindo ao filho capacidade civil antes dos 18 anos. A terceira e última forma de extinção do poder ocorre por sentença judicial, quando é reconhecido a impossibilidade dos pais ou cuidadores de manter sob sua guarda, o menor. (art. 1638 CC)

CAPÍTULO 2 – DA GUARDA

2.1 CONCEITO

Guarda é o poder-dever destinado aos pais em manter os filhos no convívio familiar saudável. É um conjunto de normas e princípios que estabelecem direitos e deveres dos pais com relação à pessoa dos filhos. É o poder dos gestores de zelar pelo bem estar e interesse dos menores.

Este poder-dever, conforme o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, deve ser exercido por ambos os genitores em igualdade de condições, não devendo esta ser alterada com a dissolução do casamento ou união estável.

Segundo Maria Helena Diniz, guarda significa:

“Um conjunto de relações jurídicas existentes entre o genitor e o filho menor decorrente do fato de estar este sobre o poder e companhia daquele e da responsabilidade daquele relativamente a este, quanto a sua criação, educação e vigilância. Aguarda é um poder-dever, exercido no interesse do filho menor de obter formação moral, social e psicológica, saúde mental e preservação de sua estrutura emocional.” (DINIZ, 2010.p. 289).

A partir dessa definição podemos entender que a guarda é função dos pais, essencial e complementar para a formação dos filhos, como sujeito social. É importante ter influências diferentes para o desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente. Não se leva em conta a função de pai e mãe, em apartado, sendo estes referências para os filhos. Nesse raciocínio o direito de proteção dos genitores para com os filhos, se legitima ao passo que este seja exercido, visando exclusivamente o melhor interesse e bem estar do menor.

2.2 AS MODALIDADES DA GUARDA

Existem divergências entre as doutrinas com relação à quantidade de modalidades de guarda, porém, as mais presentes são a unilateral, a alternada e a compartilhada. Assim primeiramente será feita uma abordagem acerca dessas três modalidades, para em seguida tratar da Lei 13.058 /2014.

2.2.1 A guarda unilateral

A guarda Unilateral é aquela que o filho menor encontra-se sobre a proteção de um dos pais, ou seja, é aquela na qual o menor é responsabilidade de um dos genitores de forma direta e constante. O pai que tem a guarda do filho tem maior convívio com ele, e por conseqüência, total responsabilidade pelo seu desenvolvimento, ao outro conjugue cabe o sistema de visitas periódicas, monitoradas caso seja necessário.

Esta modalidade de guarda é atribuída quando os pais não conseguem ter um bom relacionamento, evitando a exposição da criança a desentendimentos. Assim entende-se que é melhor para a criança que esta fique sobre a responsabilidade daquele que demonstre maior interesse e condições de proporcionar ao filho, boas relações com o grupo familiar, segurança e educação.

O art. 1.584 do CC de 2002 expõe que a concessão para a guarda unilateral poderá ser requerida em comum acordo entre os genitores, como também por parte de um deles. Pode ser em ação autônoma, por separação ou dissolução da união estável, medidas cautelares ou também decretada pelo juiz visando atender as necessidades do menor.

A vantagem da guarda unilateral é que a criança possui residência fixa, sendo garantida uma melhor rotina diária. Por outro lado, apresenta desvantagens como o afastamento do menor do outro genitor, causando muitas vezes redução dos laços afetivos entre ambos, indo contra o princípio da convivência e do compartilhamento em família, retirando do menor, o direito a presença dos pais mesmo que separados. Este tipo de guarda também pode colocar o filho como objeto de posse e disputa entre os mesmos, sendo muitas vezes utilizado como moeda de troca, causando prejuízo em sua formação sócio-psicológica.

2.2.2 A guarda alternada

Esta modalidade de guarda não é acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, mas é importante ressalvá-la para que não seja a frente confundida com a guarda compartilhada.

A guarda alternada assegura exclusivamente a soberania do poder familiar ao pai com quem se encontra o filho durante sua fase do ciclo de revezamento. Significa que a guarda se altera periodicamente de acordo com a alternância da convivência dos filhos com cada um dos pais. Porém, mesmo quando o menor estiver residindo com um dos pais, o outro terá total liberdade de fiscalizar. O tempo da criança com os pais é dividido igualmente entre ambos por determinação jurídica.

A crítica a essa guarda é que ela vai de encontro com o princípio da continuidade do lar, prejudicando a formação psíquica da criança, causando-lhe confusão em razão da troca constante de orientações a que fica exposta. Assim esta alternância poderá causar danos a saúde psíquica do menor lhe trazendo instabilidade emocional.

2.2.3 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e as mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões que devem ser tomadas a respeito destes.

De acordo com o art. 1.583 do Código Civil, guarda compartilhada é “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, ou seja guarda compartilhada é a responsabilidade em conjunto, e o dever de convivência constante do pai e da mãe que estão separados mas participam ativamente da educação e do crescimento de sua prole.

Sendo assim, é concedido aos filhos o direito de usufruir do contato tanto com a mãe quanto com o pai, ficando na competência de ambos proporcionar-lhes educação, cuidados, sustento, afeto, proteção e amor, preparando-os assim para a vida em sociedade com mais segurança.

Juntos, os genitores têm a possibilidade de decidir sobre a vida da criança como e onde irá morar, estudar, sobre suas atividades diárias, havendo assim sempre consenso entre ambos.

O objetivo maior da guarda compartilhada, é garantir a presença mais eficaz dos pais na educação dos filhos, haja vista que a família não se desfez, apenas se moldou a uma nova realidade.

Ademais, a doutrinadora Maria Helena Diniz trata também sobre a guarda compartilhada, nos dando uma definição sobre o tema:

Forma de custódia em que, (...) os filhos têm uma residência principal para garantir sua estabilidade emocional e o seu bom desenvolvimento psíquico e educacional, não comprometendo sua necessidade de experiências contínuas, no cotidiano, evitando desorganização na rotina pessoal e escolar, embora não se exclua a possibilidade de que possa ficar algumas vezes também na casa do outro genitor, mas os pais têm responsabilidade conjunta, tomada de decisões e igual responsabilidade legal sobre eles. Ambos os genitores têm, de modo igualitário a guarda jurídica, apesar de um deles ter a sua guarda material. (DINIZ, 2010 p. 290).

Desta forma, entende-se que a incumbência de criar e educar os filhos, apesar da separação dos pais, é mais importante e essencial para definir futuramente o sucesso ou insucesso deles, tendo estes o dever de garantir um ambiente familiar estável e seguro a sua prole.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves também partilha da mesma linha de entendimento de Maria Helena Diniz quando afirma que na guarda compartilhada a criança deve ter o referencial de uma casa principal, tendo um de seus genitores sua guarda material, ficando a critério de ambos planejar a convivência, a rotina e as responsabilidades referente ao filho, participando ativamente da vida dele.

Já na visão de Simone Costa S. Oliveira (2008) divergindo de ambos os autores anteriores, afirma que, vivendo os pais em conflito e não conseguindo manter uma boa convivência, em prol dos filhos, para ela, esta modalidade de guarda só iria piorar a situação dos menores envolvidos, ao invés de solucionar o problema acabará gerando conflito ainda maior.

Ressalva-se que, a guarda compartilhada privilegiará a continuidade da relação dos filhos com os pais após o rompimento da relação conjugal, ainda continuando, ambos com os cuidados diários como educação, saúde e o bem estar da criança ou do adolescente.

Como mecanismo de proteção aos menores, a guarda compartilhada tem sido alvo de aplausos, sendo o instituto demonstrado como um mecanismo de proteção aos filhos, que convivendo com os seus genitores de forma compartilhada, terão seus interesses amplamente protegidos, bem como gozarem da companhia de ambos os pais de forma saudável.

Porém, este mecanismo torna-se também objeto de críticas e desconfianças, diante do ponto negativo, levantar-se-á a hipótese de casos nos quais os pais não possuam uma relação amigável, para resolver corretamente os assuntos referentes às necessidades dos filhos, visto que, estes não conseguem chegar a uma decisão sobre o que é melhor para os menores, dessa forma, não possuem características favoráveis para que possa se consolidar esta modalidade, podendo inclusive, chegar ao ponto de se estabelecer a alienação parental, tema que será tratado adiante.

Neste modelo de guarda, que é trazido no art. 1.634 do Código Civil Brasileiro, a guarda compartilhada como atributo do poder familiar trazendo a disposição de que “compete aos pais quanto a pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda”. Desta forma este instituto de guarda se configura de suma importância para o desenvolvimento regular e sadio do menor.

CAPÍTULO 3 – DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

O divórcio ou dissolução da união estável atenderá as necessidades dos cônjuges, que por algum motivo não pretendem continuar unidos. Muitas vezes, no decorrer do relacionamento inúmeros problemas começam a surgir, com eles os conflitos conjugais. A ruptura do sistema familiar, traz uma série de transformações na estrutura dos relacionamentos tanto para o casal, quanto para os filhos. Esta mudança provoca uma nova definição na vida da família, sendo assim um período bastante delicado para sua reorganização.

Os genitores devem entender que apesar do termino da união, mesmo sendo um período delicado no começo, dependendo da forma que tudo se proceda, poderá garantir qualidade nas relações de convivência entre os membros da família, pais e filhos, para isso, é importante dedicar o máximo de tempo a prole durante esse período.

3.1 RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL E OS FILHOS NO MEIO DO CONFLITO.

O Código Civil de 1916 não prevê a possibilidade da dissolução do casamento, naquela época ocorrendo o desquite a guarda dos filhos era destinada ao conjugue que fosse considerado inocente, dessa forma o filho era tido como um prêmio para um, enquanto que para o outro a perda da guarda funcionava como uma punição.

Hoje isso não ocorre mais, a sociedade evoluiu, e junto com ela a família também. Pois a família atual não mais se condiciona aos paradigmas originários como casamento, sexo e procriação. A estrutura dessa instituição se modificou e a visão hierarquizada da família deixou de existir. A família contemporânea seguiu e junto com ela outros padrões e novas performances.

O fim dessa relação de acordo com a forma que foi conduzida poderá trazer prejuízo aos filhos, passando de crise conjugal a crise familiar. Desta maneira a falta de entendimento entre os pais, após a ruptura da sociedade conjugal, atinge toda a estrutura familiar sendo os filhos os mais prejudicados. Assim os profissionais envolvidos no processo, tanto os operadores do direito quanto os da psicologia devem assegurar o que for melhor para a criança, visto que os filhos não devem ser

tidos como objetos de disputa, eles não podem ficar entre uma guerra sendo prêmio para o vitorioso. A dor e a angustia que todo esse processo causa, poderá deixar cicatrizes que lhe acompanhará ao longo da sua existência.

No processo de separação os pais precisam humanizar seus efeitos, se caso precise devem procurar ajuda para que não submetam os filhos a algo fora do que podem suportar. É importante que no processo de separação seja feito um trabalho em cima dos pontos de discordância sendo suficientemente discutidos e acordados, sempre mantendo em primeiro lugar o melhor interesse da criança.

É importante também que, neste processo os pais deixem claro para os filhos que, em um dado momento eles se amaram e tiveram interesse um pelo outro, não é conveniente que a criança seja levada a imaginar que os pais não se amando mais, também não a amem, pois ela sabe que é parte dos dois, assim consequentemente, pode entender que deixará de ser amada.

É preciso que a criança entenda que eles não se arrependeram de terem se unido, ela deve compreender que a partir dessa união, ela nasceu e é importante para ambos, mesmo estes não se amando mais, e que apesar da separação, ela será sempre um elo entre eles.

Deve-se levar em consideração que não necessariamente a separação conjugal é causadora de experiência traumática nos filhos, o que pode acontecer é como o processo da dissolução foi desenvolvido. Qual posição essa criança ocupou e quais condutas foram adotadas pelos pais a fim de tornar a situação menos dolorosa.

3.2 DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 227, como também o ECA, prevêm como direito fundamental da infância e juventude, o direito a convivência familiar. Em concordância, tanto a jurisprudência quanto a doutrina não admitem discriminação dos filhos, entendendo que são estes co-responsabilidades dos pais.

Vale ressaltar que ao longo do tempo o Direito de Família sofreu transformações tanto no instituto do divórcio quanto na dissolução da união estável, quando neste existe a presença de filhos menores. Dentre essas transformações destacamos como direito assegurado aos filhos o de conhecer e conviver com seus

pais. Este ponto foi acordado pela Convenção das Nações Unidas, assegurando ao menor o contato com seus pais. Porém se por algum motivo um dos genitores vier faltar, terá o outro total responsabilidade, ocorrendo a falta de ambos, caberá ao estado assumir esta responsabilidade.

É importante destacar que não só a família tem responsabilidade de garantir direitos a criança, a escola também é incumbida nessas garantias ao menor, portanto é dever das três instituições escola, estado e família, garantir-lhe direito a vida, a saúde, alimentação, a educação, ao lazer, como também a convivência família, cabendo-lhes toda proteção necessária para seu desenvolvimento, tornando-os sujeitos de direito.

A autora Juliana Rodrigues de Sousa (2014) conceitua convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem em ambiente de afeto e de cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital se tratando de pessoa em formação.

É importante para formação do menor a convivência com a família, regada com muito amor respeito e proteção, os pais são detentores desses deveres, sendo estes cumpridos corretamente contribuirão para o desenvolvimento sadio do menor. Isto ocorre quando se postula que tudo deve influenciar a interação do filho junto a família.

Devemos entender que hoje o padrão de família mudou, ela não é formada mais apenas pelos pai, mãe e filhos. Conforme o parágrafo 4º do art. 226, da Constituição Federal dispõe que a família é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes abrangendo outras formas de entidade familiar. Diante disso, qualquer forma a que esta se apresente, será sempre responsável pela garantia da convivência familiar aos filhos menores.

Criar filhos não é só provê-los de recursos materiais, é bem mais abrangente que isso, a atenção o carinho, o cuidado, a disciplina entre outros, são fundamentais para que o menor se encontre acolhido e respeitado no ambiente familiar. Conforme Paulo Nader (2006) entende-se que a família deve ser um porto seguro para os filhos, que deve ser motivadora da auto estima e reconhedora do valor do menor. Assim para ele, a família é a maior incentivadora da criança a desenvolver seu potencial na superação de suas dificuldades, partindo do pressuposto que a mesma é um porto seguro para os filhos, dessa forma sendo a convivência familiar primordial para o desenvolvimento de sua personalidade.

O desenvolvimento da personalidade é um processo bastante complicado e sofre influência de vários fatores que interagem entre si continuamente. Dentre estes fatores, está a história pessoal do indivíduo junto à família. Dessa forma entende-se que esta história é de suma importância para a relação da criança com os pais, ou seja, para a convivência familiar. A primeira fase de aprendizagem da criança ocorre no lar, seus primeiros contatos são com seus pais. Nesta fase só eles satisfazem suas primeiras necessidades, lhes provendo alimentação, alívio de dores, amparo, estímulo, conforto e outros.

Tais satisfações fornecidas pelo convívio com os pais contribuem para a formação da personalidade do menor. Essas experiências adquiridas no convívio familiar levarão a criança a desenvolver confiança tanto no outro quanto nela mesma. Porém, a falta desse convívio poderá acarretar sérios problemas a criança, como por exemplo falta de confiança, auto estima baixa e timidez.

A criança passa por um processo de imitação, e é através dele que adquirem muitas formas de comportamento, absorvidos na convivência com os pais. Isso porque seus pais são suas referências, a forma de andar, gesticular, agir do que gostam ou não, são alguns costumes adquiridos através desta convivência. Por isso, a convivência com a família é tão importante para o desenvolvimento da criança e do adolescente, posto que, ela precisa ter referências significativas, um ponto de partida para que possam desenvolver sua própria identidade. Diante de todo exposto, entende-se que a família, em qualquer das formas que assuma, é a principal responsável por garantir a convivência familiar de forma digna ao menor.

CAPÍTULO 4 - A NOVA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA Nº 13.058/2014, FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da lei 13.058/2014, prevê a guarda compartilhada como uma regra que deve ser aplicada a partir da dissolução da união conjugal, de forma que, no tocante aos aspectos jurídicos, objeto da referida guarda, quais sejam os direitos e deveres conferidos ao guardião, bem como os aspectos físicos, embora este não seja objeto fundamental dela, mas sim da guarda alternada, deverá esta ser requerida em consenso pelos genitores e aplicada pelo Juiz.

A evolução da sociedade, e em consequência disso, da instituição familiar, da dinâmica de seus membros e da autoridade parental, geraram a necessidade da reformulação da lei nº 11.698/2008 que tipificava a modalidade da Guarda compartilhada para que melhor fossem atendidos os interesses dos filhos e fosse melhorada a co-responsabilidade dos direitos e deveres que decorrem da filiação.

As modificações trazidas pela nova Lei 13.058/2014 vieram, acima de tudo, com o objetivo central de dirimir o conceito criado e posto em prática, do filho “mochilinha”, qual seja aquele que tem o seu tempo dividido na companhia de seus responsáveis, conforme acordado, ficando evidente que este formato de guarda em nada se adéqua aos formatos impostos pelo legislador ao tratar da guarda compartilhada, tendo o seu objetivo totalmente desvirtuado e confundido com os moldes da guarda alternada.

Como já sugere a palavra “compartilhar”, significa dividir, partilhar com o outro, direitos, deveres, responsabilidades, sendo elas pelo sustento, a educação, o lazer, o convívio com os menores de forma direta e conjunta, sempre em comum acordo.

Neste norte, o autor Moacir César Pena compartilha do mesmo entendimento, qual seja:

A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que

assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer do sustento material e moral. (PENA, p.156, 2008).

Cumpram demonstrar que, a guarda compartilhada já vinha sendo aplicada, de fato, pelos pais que não viviam mais em sociedade conjugal e que judicialmente mantinham um regime de guarda exclusiva mesmo antes do advento da lei 11.698/08, desta forma, mesmo a guarda ficando sob a responsabilidade de um dos genitores, alguns pais já vinham se moldando a uma nova realidade social, atinando para o melhor interesse dos filhos, vinham decidindo conjuntamente sobre questões básicas, porém essenciais, como a educação, a criação, o destino da criança, vivenciando inclusive, o sistema de guarda alternada, com visitas livres nas quais acordavam os momentos em passariam junto à prole.

Com o advento da necessidade de uma reestruturação do conceito e aplicação prática da guarda compartilhada, com o fim de reequilibrar os papéis parentais, ante a guarda unilateral concedida sistematicamente a mãe, onde era limitado o contato do genitor não guardião, e de garantir o melhor interesse do menor, visando em especial assegurar as necessidades afetivas e emocionais, buscando o equilíbrio entre a valorização do papel da paternidade e a tomada de decisões, objetivando oferecer ao menor um desenvolvimento psico-afetivo estável, sendo garantido a participação conjunta dos genitores em sua vida.

A guarda compartilhada na prática, não exige muitas regras predeterminadas ou demanda exorbitante de tempo dos genitores para ter sucesso. Sendo o objetivo central a análise de cada caso e suas particularidades, buscando preservar os laços paternos em condições de igualdade para os pais, para que então, seja verificada se a guarda compartilhada atende ou não as necessidades do menor, bem como dos genitores, esta tem por fim precípua minimizar os danos sofridos pelo menor advindos da separação dos pais ou até mesmo o fato de nunca ter havido relação conjugal.

Dentre os inúmeros critérios para a determinação da guarda compartilhada, é fundamental a análise da situação dos pais, sendo definido um local de residência fixa para o filho, devendo sempre atender ao melhor interesse do menor, ficando este com o genitor que melhor apresente condições para o seu pleno

desenvolvimento como ser social. Neste norte, deve o juiz atentar para análise das particularidades de cada caso, ficando a sua discricionariedade decidir que rumo tomara a contenda, devendo ele manter-se apartado de quaisquer padronizações de comportamento, formas estereotipadas, automáticas e invariáveis amplamente adotadas em tempos passados e que vez por outra insistem em vir à tona.

Desta forma, conclui-se que a sociedade jurídica necessita acompanhar esse avanço social e legislativo, deixando de lado o pragmatismo, bem como compreender em seu sentido literal o princípio da proteção integral e absoluta do menor, e não dos pais e seus interesses. A guarda compartilhada vai muito além da responsabilização dos genitores, ela objetiva a intervenção intrínseca dos genitores em todos os aspectos da vida do menor.

4.1 DA CUSTÓDIA FÍSICA OBRIGATÓRIA

A guarda compartilhada tem como objetivo central dar continuidade o máximo possível a relação da criança com os seus genitores tal qual durante a constância do casamento ou união estável conservando os laços de afetividade, ou implementando-os essa convivência saudável aqueles que se quer chegaram a uma união conjugal.

Portanto a guarda compartilhada surge com o intuito de equilibrar os papéis de cada agente no ceio familiar, desta forma o autor Rolf Madaleno, compartilha o seu entendimento:

“A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.” (MADALENO, 2004, p. 123).

Contudo, conforme outrora já fora abordado o fato de que não se pode confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, posto que a guarda

compartilhada não visa a divisão de tempo do menor com cada um dos pais, ela visa a tomada de decisões conjunta entre os pais a respeito da vida da prole.

Neste diapasão, Maria Antonieta trás a baila o seu entendimento sobre a temática abordada:

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. (MOTTA, 1996. p. 19).

Entretanto, mesmo não podendo confundir guarda compartilhada com guarda alternada, aquela importa necessariamente na atribuição de quem ficará com a custódia física do filho, ou seja, onde ele irá residir, conforme o Código Civil, art. 1.583, §3º: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”, a custódia física foi tratada como base moradia, podendo inclusive o compartilhamento ocorrer mesmo quando os pais morarem em cidades diferentes, sendo o critério utilizado para tal definição, a residência que melhor atender o interesse dos filhos.

Por fim, embora não possamos confundir a guarda compartilhada com a alternada, faz-se mister salientar que, para que haja a guarda compartilhada de fato, é necessário que ambos os pais tenham acomodações, um local especial, para o filho em suas respectivas casas, devendo ela ter a consciência de que aquele local na casa de seu pai ou de sua mãe, lhe pertence, gerando a sensação de que aquela residência também é sua.

4.2 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

É cediço que a guarda compartilhada deverá ser definida por consenso entre o pai e a mãe, caso não haja qualquer acordo entre as partes, deverá ser decretada pelo juiz, o qual deverá levar sempre em consideração as necessidades específicas do filho e a distribuição de tempo necessário ao convívio dele com os genitores, conforme versa o art. 1584, §2º, sob a nova redação da Lei 1058/14:

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

A guarda compartilhada pode ser requerida a qualquer tempo, a pedido de ambos os pais ou até mesmo por apenas um deles. A decisão proferida pelo juiz levará em consideração o melhor interesse do menor em primeiro lugar, tentando realizar uma adequação de suas necessidades específicas a realidades dos pais. Neste norte, o magistrado poderá homologar a guarda compartilhada quando existir um consenso entre os genitores, ou decretá-la judicialmente quando houver litígio, buscando sempre atender os interesses dos filhos.

Portanto na audiência de instrução, cabe ao juiz o dever de informar claramente aos pais o real significado da guarda compartilhada, sua importância, igualdade de direitos e deveres, bem como as sanções impostas aos genitores caso haja algum descumprimento de suas regras.

Ademais, caso julgue necessário, o juiz pode requerer o auxílio de outros profissionais, formando uma equipe interdisciplinar que o ajude a na tomada de sua decisão. Cumpre demonstrar que, a mediação e a orientação psicológica são fatores basilares para que o exercício da guarda compartilhada seja bem compreendido pelos genitores e possa acarretar efetivo benefícios para a prole. Desta forma, tendo em vista que os direitos e deveres advindos da autoridade parental devem ser realizados conjuntamente pelos genitores na guarda compartilhada, salvo melhor juízo, logo, faz-se mister que os pais estejam em harmonia e interação.

4.3 FIXAÇÃO DE ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada gerou inúmeras discussões a respeito da redução ou até exoneração do dever de prestar alimentos destinados à prole, prestados pelo genitor que detinha a guarda física do menor, bem como do progenitor ausente da relação constante com o filho, entretanto, a doutrina e a jurisprudência já nos trazem o entendimento consolidado de que a aplicação da

guarda compartilhada não possui o condão de exonerar os genitores do cumprimento da obrigação alimentar.

Portanto aquele que não ficar com a custódia física do menor, terá a responsabilidade de prestar-lhe alimentos, o que não isenta o outro progenitor, haja vista ser ele quem alcançará o atendimento das necessidades da prole de forma direta, sendo esta muitas vezes mais custosa do que o pensionamento pago.

Outrossim, existindo a fixação de alimentos, via de regra, o genitor que detém da guarda física da criança, fica responsável pela administração dos valores recebidos, os quais devem ser destinados exclusivamente ao bem-estar e a manutenção das necessidades do menor.

Ademais o magistrado também tratará da guarda física da prole e da prestação de alimentos, sendo esta tudo aquilo que seja necessário a manutenção e conservação do ser humano com vida, assim trata o art. 1694 caput e §1º do CC:

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

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

Ocorre que, a fixação dos alimentos nada mais é do que uma prática do princípio da solidariedade familiar constitucionalmente imposta como uma diretriz para a nossa sociedade, desta forma. Podemos concluir que a responsabilidade pela existência e sobrevivência de cada um dos membros da sociedade não é apenas de responsabilidade estatal, mas também da sociedade em si e de cada um de seus integrantes, desta forma, é imposto aos pais à responsabilização dos efeitos advindos desse princípio em relação aos filhos.

4.4 VISÃO POSITIVA E NEGATIVA DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada vem despertando muita atenção da sociedade brasileira. Nessa perspectiva pode-se vislumbrar suas vantagens ao menor, este instituto tem como base o melhor interesse da criança, visto que são os principais interessados na convivência com os pais, posto que a família é fundamental para o desenvolvimento saudável do filho. Neste sentido, Eduardo Leite ensina:

“A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores”. (LEITE, 2003. p.282).

Obedecendo ao princípio da igualdade entre homem e mulher, é previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso I, que ambos os genitores tem o poder dever de conviver com os filhos e que ambos respondam por estes. Esta convivência é direito do menor, visto que eles precisam do contato com os pais para que através de sua companhia recebam amor, carinho e segurança, sendo cuidados e amparados em seu processo de desenvolvimento.

O instituto da guarda compartilhada proporciona maior responsabilidade aos genitores, ao passo que isso acontece, os filhos ficam bem mais assistidos, havendo sempre um dos genitores para lhe dar cobertura quando o outro não puder estar presente, essa prática é bastante interessante para a criança, ela nunca se sentirá desamparada, pois será acolhida e cuidada, e isso lhe fará sentir amada e importante no seio familiar.

Uma das vantagens da guarda compartilhada é de que o sentimento de rejeição que o menor pode desenvolver durante o processo de separação dos pais tende a diminuir, haja vista serem os conflitos menos constantes. Desta forma, os pais têm mais abertura entre si para conversarem e decidirem sobre as visitas e o cotidiano do filho, ficando a cargo dos dois a responsabilidade de criá-lo, visto que antes na maioria dos casos, o maior responsável pelo menor era a mãe.

Outro ponto positivo dessa modalidade de guarda que merece destaque é o consenso entre os genitores acerca de levar ou buscar os filhos na escola, nas consultas médicas, nos cursos, como também de frequentar mais o seu ambiente escolar, a fim de tomarem ciência de seu desenvolvimento intelectual. Dessa forma, a separação não será traumática, pois a família foi mantida mesmo que cada um dos genitores morem em casas distintas.

No que se refere à prestação de alimentos, esse instituto foi plausível uma vez que os pais entram em acordo sobre a forma de como será feito o pagamento, isso só beneficia os dois lados, pois nenhum fica sobrecarregado visto que ambos contribuem e arcam com as despesas do filho de forma relativa e proporcional às suas condições financeiras. Vale ressaltar que estas pensões também podem ser revisadas a qualquer tempo.

Tal modalidade de guarda proporciona a criança um convívio com seus genitores de maneira equilibrada, desta forma o menor não perde suas referências que são seus pais, pois continua a interagir com eles, de forma que tem suas necessidades atendidas.

São notórias as vantagens pela lei nº 13058/2014, e que estas vantagens não foram atribuídas apenas para o menor, buscando também favorecer os genitores. Deste modo, os pais têm o privilégio de conviver com os filhos e participar de momentos importantes de sua vida, fortalecendo os laços existentes entre eles.

Cumprido ressaltar que, a mulher vem conquistando gradativamente seu espaço no mercado de trabalho. Desse modo, a guarda compartilhada tende a ajudá-la, pois a responsabilidade com os filhos é dividida entre os genitores. Por outro lado, o pai além de amparar o filho, terá seus momentos com ele, construindo uma união sadia.

Ademais o instituto da guarda compartilhada também apresenta aspectos negativos, desta forma é preciso que cada caso seja analisado com suas peculiaridades, para que não seja imposto esse tipo de guarda a quem não pode oferecer a mínima possibilidade de um relacionamento saudável, ou conferir responsabilidades a quem não tem condições de arcar com elas.

O fator sócio-cultural influencia bastante neste tipo de guarda, quanto menos favorecida financeiramente for a família, mais conflitos ocorrerão entre os pais. Porém havendo nível cultural elevado e simultaneamente boa situação econômica, a guarda compartilhada poderá ocorrer de forma natural, ou seja, menos conflituosa.

Muitos pais brigam na justiça pela guarda dos filhos como se fosse moedas de troca, transformando a família em um “cabo de guerra”, a disputa se resume a saber, quem tem mais força, travam uma verdadeira batalha de poder, esta prática só traz prejuízo ao menor, que fica como uma coisa qualquer esperando o que não vai acontecer, a paz entre os seus genitores. Por esse ângulo, como pode ser concedida a guarda compartilhada a genitores com o perfil citado acima, se anteriormente com a guarda unilateral já existiam litígios, como pessoas sem a menor preocupação com os filhos tem condições psicológicas e moral para dividir responsabilidades e decidir sobre a vida de uma criança? Esse tipo de guarda só atingirá seu objetivo se os pais forem maduros suficientes para esquecerem os ressentimentos e proporcionar aos filhos continuidade da relação familiar.

Outro fator bastante preocupante ocorrido neste tipo de guarda é a alienação parental, o menor ficará mais suscetível aos bombardeios da imagem do pai ou da mãe, visto que o contato entre eles será maior e com isso a vida privada deles terá mais de exposição, a forma como usam dinheiro, o tempo, com quem se relacionam, tudo isso pode inserir num sentimento negativo que refletirá no menor incutido por algum dos cônjuges.

Neste diapasão, a autora Juliana Rodrigues de Souza traz o seguinte entendimento:

Os casos mais freqüentes de Alienação Parental estão associados às situações onde a ruptura conjugal gera em um dos genitores, uma tendência vingativa muito grande. Quando este não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destituição, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. Nesse processo o filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. (RODRIGUES, P.114, 2014)

É evidente que a guarda compartilhada não é adequada a toda e qualquer família, devendo ser analisado cada caso concreto para que se vislumbre a sua possível aplicação, pois existe um risco aparente de este não ser o melhor sistema a

ser adotado em determinado momento. Famílias disfuncionais, pais que apresentam um comportamento violento, são exemplos fidedignos para inaplicabilidade deste modelo de guarda.

Comumente somos bombardeados por notícias televisionadas de casos em que crianças que foram espancadas e/ou assassinadas pelos seus pais, os quais já haviam demonstrado desequilíbrio psicológico para se quer ter o direito a visitas supervisionadas, o caso do menino Bernardo Boldrini julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) pelo Juiz Marcos Agostine, nacionalmente conhecido, em que o pai já havia sido acusado de matar a sua mãe, teve a sua custódia inúmeras vezes pleiteada pelos avôs maternos, entretanto, o magistrado optou por uma decisão engessada, retrograda, ausente de análise sócio-psicológica, mantendo a criança com o pai, resultando a sua morte, sendo este apenas mais um exemplo da inércia judiciária e da inaplicabilidade do princípio do melhor interesse do menor, resultando em catástrofes irremediáveis.

Por fim, é importante que seja feito o perfil dos pais e da família, por profissionais qualificados como psicólogos e assistentes sociais, para que seja feito um levantamento sobre todas as possibilidades de ser ou não concedida à guarda compartilhada aqueles genitores, cabendo ao judiciário, amparado ao estudo social do caso, se a guarda compartilhada é a melhor alternativa a ser aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto familiar sempre esteve em modificações ao longo de sua história, com isso, o conceito de família vêm sendo reajustado de acordo com as mudanças sociais ocorridas.

O divórcio, a dissolução da união estável ou simplesmente a separação de corpos, traz consigo uma série de questionamentos no que envolve a pessoa do filho. Partindo desse pressuposto, a intenção do legislador foi de aplicar um modelo de guarda que atendesse as necessidades dos filhos e dos pais, estabelecendo um instituto em que mesmo os genitores encontrando-se em casas separadas a essência familiar fosse preservada.

Foi visto que, a guarda compartilhada veio para reequilibrar os papéis parentais, permitindo a ambos os genitores o mesmo poder de responsabilidade e decisão sobre o bem estar e o interesse do filho. Ela tem por fim principal, minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da dissolução ou mesmo da não existência prévia de um relacionamento conjugal.

Seu maior objetivo é proporcionar direito a convivência familiar a prole, que será está importante para sua formação psicossocial. Porém, viu-se que essa modalidade de guarda também pode trazer malefícios para a formação do menor, visto que, em alguns casos os pais não conseguem manter um relacionamento equilibrado, favorecendo o bem estar do filho, gerando assim conflitos que podem desvirtuar toda a intenção da guarda compartilhada.

Desta forma entende-se que para a aplicação da guarda compartilhada, deverá ser feito um levantamento sobre o perfil dos pais, seus interesses, condições psicológicas e disponibilidade, para que se faça da melhor forma possível, sempre atendendo ao interesse do menor, não devendo ser imposta por ser a modalidade aceita no nosso ordenamento jurídico, haja vista que todos os envolvidos no processo, pai, mãe e filhos, estejam em comum acordo e que acima de tudo sempre o que for mais favorável o menor.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2º edição. São Paulo, Atlas. 2009
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698/08**. **BuscaLegis.ccj.ufsc.br**.2009.Disponivelem:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+15592>>. Acesso em: 09 de novembro de 2015.
- FULLER, Paulo Henrique Aranda, DEZEM, Guilherme Madeira, MARTINS, Flávio. **Difusos e Coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rev. Dos Tribunais. 3º edição. 2013
- AZAMBUJA, Maria Fay, et al. **Infância em Família: Um Compromisso de Todos**. Porto Alegre, **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2004.
- AZEVEDO, Aguida Vilhaça. **Guarda Compartilhada e Mediação Familiar**. Rev. Nacional de Direito e Sucessões, Lex magister – IASP Instituto dos Advogados de São Paulo. 2014
- BERENICE, **Maria**. **Manual do Direito de Família**. São Paulo, Saraiva, ed. 4ª. 2007.
- BRESSAN, Vinicius Costa. **Família. A Guarda Compartilhada e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819>. Acessado em: 29/Outubro. 2014.
- BRITO, Leila Maria Torraca. **Família pós-divórcio: a visão dos filhos**. *Psicol.cienc.prof.* v.27 n.1. 2007.
- BRASIL. **Constituição Federal** de 5 de outubro de 1988. Brasília-DF.
- BRASIL.**Código Civil**. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília-DF.
- BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990.Brasília- DF.
- BRASIL.**Código penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Brasília-DF.
- BRASIL. **Guarda compartilhada**. lei nº 13.058/2014.
- BRASIL. **Lei Menino Bernardo** .(ECA) Lei nº 13.010, de 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito de Família Brasileira – Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo, Saraiva, p. 289, ed. 15ª. 2010.
- _____. **Curso de Direito de Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva. ed. 26ª. 2011.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v. 6. Direito da família.** São Paulo, Saraiva. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil.Família.** São Paulo, Saraiva, ed. 10ª. 2013.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MADALENO. Rolf Hanssen. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais.** In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen - Direitos Fundamentos do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p..123
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. Revista Literária do direito, São Paulo, v. 2, n. 9, jan./fev. 1996.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro, **Editora Forence. v.5.** 2006.
- OLIVEIRA, Simone Costa Salete. Guarda Compartilhada. **Rev. IGB de Direito de Família.** v.9 n.49 pg.12-34. 2008
- PAULINO. Emanuelle Cristina. Separação conjugal. **Instituto de psicologia comportamental.** 2006. Disponível em: <<http://ipc.psico.net/separacao-conjugal/>>. Acesso em: 05 de Janeiro de 2016.
- PENA JUNIOR, Moacir César. Direito das Pessoas e das Famílias. São Paulo, **Saraiva.** 2008
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: Uma abordagem Psicanalítica. Belo Horizonte, **Del Rey.** 1999
- Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM. **Magister**, n. 35, agosto/setembro. 2013.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo, **Saraiva**, v. 6, ed. 5ª. 2008.
- ROSA, Conrado Paulino. A nova lei da guarda compartilhada. **Saraiva.** 1º Edição, 3 tiragem. 2015.
- SOUZA, Juliana Rodrigues de. Alienação Parental: Sob a Perspectiva do Direito a Convivência Familiar. 1ª Edição,**Mundo Jurídico.** 2014
- ZAMARIOLA, Aldrin Teubl Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares, Oliveira, Glauber Vinicius Oliveira. Análise Obrigatória da Guarda Compartilhada. **Rev. Nacional de Direito e Sucessões.** n.4. 2015.