



PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO,
NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO
DE CURSO

GUARDA COMPARTILHADA

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ORIENTANDO (A): JULLYANE ODA AMARAL

ORIENTADOR (A): PROF(A). DRA. DENISE FONSECA

GOIÂNIA

2023

JULLYANE ODA AMARAL

GUARDA COMPARTILHADA
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Orientador (a): Profª Dra. Denise Fonseca.

GOIÂNIA
2023

JULLYANE ODA AMARAL

GUARDA COMPARTILHADA
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Data da Defesa ____ de _____ de 2023

BANCA EXIMINADORA

Orientador (a): Prof^a. Dra. Denise Fonseca Felix de Sousa

Nota:

Examinador (a) Convidado (a): Prof^a. Evelyn Cintra Araujo

Nota:

“O direito é o Saturno que devora seus próprios filhos; só se rejuvenesce eliminando o próprio passado. O direito concreto que, uma vez formado, exige uma duração ilimitada, isto é, aspira à eternidade, assemelha-se ao filho que ergue o braço contra a mãe. Insulta a ideia do direito que invoca, pois esta envolve a eterna renovação: Aquilo que existe deve ceder ao novo, pois tudo que nasce há de perecer”.

Rudolf von Iherin

AGRADECIMENTOS

Primeiro a Deus, autor da vida, dono de toda ciência e sabedoria.

Meus pais, Elione Oda Amaral e Sebastião Fernandes do Amaral, pelos exemplos de vida.

Meus irmãos Nathalia Oda Amaral, Anielly Oda Amaral e Renan Oda Amaral, por todo apoio e inspiração.

Minha namorada, amiga e companheira de vida, Luandra Alves da Silva, por todo incentivo, paciência e amor dedicados.P

E por fim, a minha Professora Dra. Denise Fonseca, por sua militância no Direito de Família e inspiração para seus alunos.

GUARDA COMPARTILHADA PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Jullyane Oda Amaral¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo realizar estudos sobre a Guarda Compartilhada diante da promulgação da lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Apresenta-se inicialmente uma introdução ao tema, com as hipóteses abordadas e suas possíveis confirmações, a metodologia que foi utilizada, e a justificativa. Dos três capítulos que serão apresentados, no primeiro será tratado o Direito da Família, sua evolução histórica e os seus princípios. Objeto de estudo do segundo capítulo, as modalidades de guarda existentes. E, no terceiro e último capítulo, a parte da evolução histórica da Guarda Compartilhada, a sua aplicabilidade no direito brasileiro, e por fim, a sua solução para o problema da Alienação Parental.

A pesquisa volta-se as questões atuais e têm o intuito de demonstrar a importância da aplicabilidade da Guarda Compartilhada para o melhor desenvolvimento social e moral da Criança e do adolescente, permitindo que ela conviva com pai e a mãe mesmo após uma Ruptura Conjugal.

Palavras Chaves: Direito da Família. Guarda Compartilhada. Desenvolvimento Social e Moral da Criança e do Adolescente.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da Guarda Compartilhada como sendo a modalidade de Guarda que atende ao melhor interesse da Criança.

A importância deste tema reside no intuito de fazer com que nossa sociedade, diante das evoluções e mudanças que o instituto da Família sofreu nos últimos anos, entenda que a guarda deve ser definida sempre favorecendo os filhos, levando em consideração o que será melhor para a Criança tornar-se um adulto sem complexos advindos de uma Ruptura Conjugal mal resolvida, ou de uma união que nunca existiu.

O método utilizado na elaboração do artigo envolverá o método indutivo, na qual se utilizara do raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão em relação a um determinado assunto.

¹Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás

O presente artigo, se baseará em artigos científicos, e nas doutrinas de pesquisadores, mencionar-se-á como a doutrina e a jurisprudência tratam sobre o tema, e por fim, discorrer fundamentando, conforme o nosso entendimento, sobre o tema tratado.

A seguinte Linha de Pesquisa será os Direitos Humanos, o acesso à justiça e cidadania.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa foi formulada o seguinte questionamento:

Quando se aplicam a guarda dos filhos a apenas um dos pais, é uma violação da regra de exercício em igualdade de condições, pois na prática significa que os pais são mantidos em situação de desigualdade. Em razão disto, é certo dizer que esta é a melhor forma de proteger os interesses dos menores?

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentadas as hipóteses com pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Guarda Compartilhada e a busca pelo melhor interesse do Menor.

Com este itinerário, espera-se alcançar o intuito que ensejou a preferência por este estudo: atribuir à modalidade Guarda Compartilhada como instituto que atende o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 DIREITO DA FAMÍLIA

2.1 Conceito e Características

A guarda compartilhada é o modelo mais eficaz de guarda disponível em nosso ordenamento jurídico, onde é utilizada por ambos os genitores que são solidariamente responsáveis por todas as decisões relacionadas ao bem-estar de seus filhos.

Desde que a Lei 13.058/2014 foi sancionada, o objetivo da norma é que o tempo de convivência com os filhos, seja dividido igualmente entre os pais, tornando-os responsáveis pelas decisões, no que diz respeito a criação, educação e outros assuntos que possam causar impacto na vida da criança e do adolescente.

De acordo com a juíza da Primeira Vara das Famílias de Cuiabá e presidente do IBDFAM/MT, Ângela Gimenez (2014), a guarda compartilhada é o modelo legal vigente para os casos em que os pais não moram na mesma casa. De acordo com ela, isso ocorre porque nessas hipóteses o que finda é a conjugalidade (casamento) ou o companheirismo (união estável), permanecendo intactos os laços de parentalidade (materno-filial ou paterno-filial).

Morgenbesser e Nehls (2010) afirmam que a guarda compartilhada seria um arranjo onde se reuniriam as necessidades emocionais e físicas de pais e filhos, permitindo uma flexibilidade suficiente para a família planejar construtivamente o arranjo de guarda de acordo com as suas necessidades específicas.

2.2 Evolução Histórica

O Código Civil de 1916 regulamentou a proteção dos filhos em seus artigos 325 a 328, onde a custódia dos filhos menores era baseada exclusivamente no cônjuge que não era culpado pela dissolução do casamento ou conjugalidade.

Portanto, se a dissolução fosse por desquite amigável, ela se basearia no que foi acordado entre os cônjuges, varão e virago, quanto à guarda dos filhos menores. Porém, se a dissolução fosse por desquite judicial, o cônjuge inocente seria o guardião dos filhos menores. (BRASIL, 1916)

Ademais, se ambos os genitores são culpados pela dissolução conjugal, os filhos menores ficariam com a genitora, desde que o magistrado entendesse que esta decisão não causaria danos morais aos menores, sendo assim havia a discricionariedade deste para decidir, verificando os motivos graves.

Ainda assim, se os filhos menores não ficassem na guarda de um dos genitores, estes teriam direito às visitas.

Em 1977, foi publicada a Lei nº 6.515/77 no Brasil, na qual instituiu o divórcio, em seu art. 27, diz que os pais ainda têm os mesmos "direitos e deveres em relação aos filhos", foram revogados os artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916 e a proteção da pessoa dos filhos ficou disciplinada nos artigos 9º ao 16º da referida Lei.

Em seu artigo 9º, a Lei do Divórcio, ponderou o que estava disciplinado no artigo 325 do CC de 1916, ordenando: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os

cônjuges decidirem juntos sobre a guarda dos filhos”. (BRASIL, 1977)

O artigo 15 da Lei do Divórcio dispõe sobre a guarda materna: “O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconhecerem, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor”. (BRASIL, 1977)

Diante disto, torna-se evidente que o legislador almejava estabelecer a guarda exclusiva a um cônjuge, preferencialmente a mãe, com o propósito de se evitar disputas judiciais. O genitor que não detinha a guarda, possuía o direito de visita e fiscalização, fundado no princípio do melhor interesse do menor, indo de encontro com o princípio da igualdade, disciplinado nos §5º do artigo 226 e §6º do artigo 227, ambos da Constituição de 1988.

O Código Civil de 2002, atento às transformações sociais em curso nas famílias atuais, retirou a culpa como fator de estabelecimento da guarda dos filhos menores e disciplinou a guarda dos filhos menores para quem melhor tiver condições de exercer, no entanto, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, a regra é que os cônjuges decidam sobre os assuntos relativos aos filhos, mas, se não houver acordo, cabe ao juiz resolver a lide, pois o princípio primordial é o interesse do menor.

Fica evidente que o legislador ficou cada vez mais vinculado aos princípios constitucionais que envolvem as crianças e os adolescentes a fim de atender os interesses destes e não dos genitores deles, posto que os filhos menores estão, na maioria das vezes, sendo utilizados como instrumento de disputa no momento de dissolução conjugal.

Diante disto, e com o intuito de resolver os conflitos entre os genitores, surge a Lei nº 11.698 de 2008, a fim de disciplinar a guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, possibilitando, assim, que ambos os cônjuges tenham igualdade de condições na convivência com seus filhos, alterando os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002.

Desta forma a guarda compartilhada, que só era disciplinada se acordada entre os cônjuges, passou a ser regra e a guarda exclusiva passou a ser exceção.

2.3 Princípios Constitucionais Aplicáveis

Em todas as áreas do direito existem princípios fundamentais norteadores, mas antes de saber quais são os princípios do direito de família, é preciso entender que eles funcionam como mecanismos orientadores para a construção e aplicação das normas jurídicas existentes e futuras.

Se tratando dos princípios fundamentais do Direito de Família devemos analisá-los a luz do aspecto constitucional, uma vez que esse ramo do direito concede tratamento às pessoas em detrimento dos bens

O Direito de Família busca harmonizar a igualdade plena entre os indivíduos, seja no intuito de igualar homens e mulheres ou na igualdade de tratamento entre os filhos havidos ou não do casamento/união estável.

Os princípios do direito de família não são taxativos, já que vários são entendidos de outros princípios gerais, mas alguns têm maior importância e relevância, destacando-se o princípio da igualdade, o princípio da solidariedade familiar, princípio da liberdade familiar, princípio da afetividade, princípio da convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.3.1 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade contido na Carta Magna teve grande impacto no direito de família, pois mudou a concepção de diversos institutos e representou o fim do patriarcalismo existente em nossa sociedade, os maiores destaques são a igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre as entidades familiares existentes.

Por exemplo, na filiação é vedado qualquer tipo de discriminação com relação aos filhos que não são fruto de um casamento e também quanto aos filhos adotivos. Em respeito ao mesmo princípio o casal é livre para decidir sobre o planejamento familiar, não podendo haver interferência de terceiros.

A organização e a direção da família são pautadas pelo princípio da igualdade, pois os cônjuges possuem direitos e deveres que são igualmente desenvolvidos.

A igualdade está ligada a ideia de cidadania e conseqüentemente requer o respeito às diferenças, tal princípio não possui aplicabilidade absoluta, é possível algum tipo de limitação a sua aplicação.

Lôbo afirma:

Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira. Uma ordem democrática [incluindo a democratização da vida pessoal] não implica um processo genérico de 'nivelar por baixo', mas em vez disso promove a elaboração da individualidade (LOBO, 2011, p. 67).

O art. 5º da Constituição Federal inaugura os direitos fundamentais destacando que “todos são iguais perante a lei” (princípio da igualdade ou isonomia).

Art 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: (...). (BRASIL, 1988)

Rui Barbosa (1961, p. 65) dizia: “tratar os iguais com desigualdade ou os desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”. Nesse contexto é necessário que a lei trate todos como iguais, mas sem deixar de lado as desigualdades que devem ser consideradas, isso significa dizer que a aplicação do princípio não é absoluta, permitindo limitações a sua aplicação, desde que não viole o núcleo central pretendido.

O princípio da igualdade é de extrema importância para o instituto da guarda compartilhada, pois o Código Civil mostra que os pais não devem ter preferência sobre a guarda dos filhos, antigamente, antes da aplicação desse princípio, não era assim, em caso de separação dos cônjuges, a guarda do filho era direcionada para a mãe de forma automática, nesse sentido, a guarda compartilhada é a melhor expressão do princípio, pois é atribuída aos genitores de forma igualitária.

2.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior do Estado Democrático de Direito, decorre da promoção dos direitos humanos e da justiça social, segundo Dias (2011, p. 62) a dignidade da pessoa humana representa o “valor nuclear da ordem constitucional”. Da dignidade da pessoa humana derivam outros princípios, por

exemplo, liberdade, autonomia privada, igualdade, solidariedade e outros.

É exatamente no Direito de Família, que verificamos que o princípio da dignidade humana possui mais influência, pois o princípio não se prende somente ao indivíduo isoladamente, mas às suas relações sociais e familiares. O princípio possui um sentido de “solidarismo social”, significa dizer que o indivíduo não tem direito de abrir mão de sua dignidade, pois o respeito ao princípio interessa à sociedade como um todo. Sarlet (2005, apud TARTUCE, 2013, v. 5, p. 6) conceitua dignidade humana como “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”. Gagliano e Pamplona (2013, v. 6. p. 77) afirmam que o princípio “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”.

Kant (1986, p. 77) fez uma distinção importante entre o que pode ser atribuído um preço e aquilo que possui dignidade e, conseqüentemente, não pode ser estimado em valores, ele afirma: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Nesse sentido, Lôbo (2011) vai dizer que existe violação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer situação que “coisifique a pessoa”.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pelo direito constitucional colocou o indivíduo no centro do direito e proporcionou dignidade para todas as entidades familiares, permitiu ao indivíduo tanto a constituição de uma família como também a possibilidade de desfazer tal entidade familiar.

A dignidade da pessoa humana se relaciona com um dever de respeito aos seres humanos e esse respeito se exige também no ambiente familiar. Na antiguidade, havia a família patriarcal e o chefe da família era quem possuía todos os direitos, inclusive sobre a vida de sua mulher e filhos, a dignidade de cada um era diferenciada conforme o papel que ocupassem na família. Atualmente a dignidade da pessoa humana alcança todos os integrantes da entidade familiar.

2.3.3 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade é reconhecida de forma expressa na Constituição Federal, no artigo 3º, inciso I, ao estabelecer como objetivo fundamental da nação, a construção

de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988). Consequentemente tal princípio se aplica às relações familiares e não se restringe a solidariedade patrimonial, mas também afetiva e psicológica, importa em respeito e consideração entre os membros de uma família.

Tem origem em vínculos afetivos, além de possuir um conteúdo ético e, está diretamente ligada a fraternidade e a reciprocidade. Outra visão do princípio se refere ao fato de ser responsabilidade de todos os integrantes da sociedade a busca pela solidariedade, retirando essa obrigação somente do poder público. A aplicação do princípio está diretamente relacionada ao fim do individualismo jurídico, fim da predominância dos interesses individuais sobre os direitos sociais.

Exemplos do princípio da solidariedade na Constituição Federal:

Art. 229. Os pais têm 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.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 1988).

Exemplo de solidariedade no Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

No Código Civil também existem exemplos do princípio da solidariedade:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

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. (BRASIL, 2002)

O princípio da solidariedade demanda uma responsabilidade recíproca entre os entes familiares, envolvendo aspectos capazes de contribuir para o vínculo social sadio e integração entre todos os indivíduos que compõem uma determinada família.

2.3.4 Princípio da Liberdade Familiar

A lei determina que nenhuma pessoa jurídica, seja ela de direito público ou privado (como por exemplos os órgãos governamentais, empresas privadas, entidades, etc), interfira nas relações familiares e na vida de uma família.

Tal princípio é responsável por uma nova visão familiar, a autoridade parental deve ser vista sob a ótica dos laços de solidariedade entre pais e filhos, igualdade entre cônjuges no exercício do poder familiar, que se volta conseqüentemente ao melhor interesse dos filhos. Proporciona a liberdade de se dissolver o casamento e a extinção da união estável.

O princípio da liberdade também pode ser chamado de princípio da não intervenção e, pode ser pautado no artigo 1.513 do Código Civil que diz:

É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (BRASIL, 2022).

A aplicação do artigo citado não impede que o Estado promova campanhas de incentivo ao controle da natalidade e o planejamento familiar.

A liberdade ou a não intervenção no âmbito do direito de família tem ligação direta com a autonomia privada, conceituada por Sarmiento (2005, p.188) como “o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses”, ainda segundo o autor:

esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade. (SARMENTO, 2005, p.188)

O princípio pode sofrer ponderação em sua aplicação, como por exemplo, caso seja preferencial e necessário zelar pela aplicação do princípio do melhor interesse da criança frente à liberdade dos genitores, mas jamais pode deixar de ser observado.

2.3.5 Princípio da Afetividade

De acordo com a doutrina contemporânea e a jurisprudência pátria, a afetividade tornou-se um princípio que rege as relações familiares, passando a ter valor jurídico a ser tutelado pelo Direito das Famílias, já que diz respeito não só a ligação entre seus membros, mas também à qualidade dessas relações.

Dias afirma que:

o afeto não é fruto da biologia, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue, sendo o objetivo final a felicidade. (DIAS, 2011, p.71)

O princípio da afetividade é muito importante para a concepção moderna de direito de família, por esse motivo tem ganhado muito destaque na doutrina e na jurisprudência, um exemplo, é interessante julgado da Ministra Nancy Andrighi, em que se evidencia a importância do princípio em análise:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas [...]. A temática ora em julgamento assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010).

O princípio da afetividade apesar de não estar expresso na legislação, pode ser observado tanto na Constituição como no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente e adquire grande importância sob o aspecto jurídico, tornando um princípio geral de que têm gerado consequências principalmente na jurisprudência.

É a partir de sua relevância na interação entre os entes que foi reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, bem como a possibilidade de responsabilização civil gerando indenização por dano moral oriunda do abandono afetivo dos filhos e a parentalidade socioafetiva, como nova forma de parentesco e mais recentemente a multiparentalidade, onde a socioafetividade representa um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico. Essa relação de fato advinda da filiação socioafetiva deve ser reconhecida e amparada juridicamente, tendo em vista que ambas nascem de uma decisão espontânea, reconhecendo o redimensionamento da noção tradicional de família.

2.3.6 Princípio da Convivência Familiar

Flávio Tartuce afirma que:

a família é concebida como célula-mãe da sociedade desde a antiguidade e essa noção, apesar de toda a evolução social, é mantida até os dias atuais. (TARTUCE, 2013, p. 23)

Todos os membros da família gozam do direito de viverem com seus entes, gerando um relação de afetividade no dia a dia. A casa é um espaço privado da família, sendo vedado a invasão, com exceção dos casos previstos em lei.

Os filhos tem direito a convivência com seus pais, mesmo que divorciados. A guarda compartilhada, serve-se para garantir o direito das crianças. Nessa óptica, a convivência é estendida também a outros parentes, fora do núcleo familiar.

O direito de convivência familiar está assegurado em regras jurídicas, e seu exercício está ligado ao poder familiar, pois mesmo que os pais sejam separados, o filho tem o direito de conviver com seus genitores. Nesse sentido não poderá a decisão judicial estabelecer limitações que impossibilitem essa convivência, é direito recíproco de pais e filhos conviverem.

A convivência familiar não pode ser resumida a união dos genitores, pois em alguns casos nem sequer haverá essa união, mas ainda assim, a garantia da convivência do menor se estenderá aos parentes mais próximos, um exemplo, são as decisões que regulamentam o direito de visita dos avós aos seus netos.

O Princípio da Convivência Familiar está diretamente ligado a escolha pela guarda compartilhada, pois sua eleição faz cumprir o que dita o princípio, tendo em vista que, a criança e o adolescentes terão resguardados seu direito de convivência com ambos os genitores.

2.3.7 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A criança passa a ter seu direito respeitado. Outrora a criança ficava a mercê das decisões dos pais, e em várias situações de litígio, a criança herdava

supletivamente direito de um dos pais. Dentro desse contexto, surge um reviravolta, onde a criança passa a ter um papel de protagonista, sendo levado em conta o que lhe for melhor.

Velério Pocar e Paola Ronfani elucidam com uma figura bem prática as mudanças de direitos do filhos em relação aos pais:

Em lugar da construção piramidal e hierárquica, na qual o menor ocupava a escala mais baixa, tem-se a imagem de círculo, em cujo centro foi colocado o filho, e cuja circunferência é desenhada pelas recíprocas relações com seus genitores, que giram em torno daquele centro. (POCAR, RONFANI, 2001, p.207)

Inicialmente o Brasil possuía o Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/1979) que se limitava a tratar de crianças e adolescentes, que fossem infratores, tivessem sido abandonados e conseqüentemente vivesse em vulnerabilidade econômica, tal entendimento só vai mudar em 1988, sendo preocupação do legislador a proteção integral das crianças e dos adolescentes, em especial, nas relações familiares. (BRASIL, 1979)

No Brasil somente com a Constituição Federal de 1988 foi que o princípio começou a vigorar, conforme o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garantem ser dever de todos a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. (BRASIL, 1988)

A proteção à criança foi objeto de discussão internacional, aparecendo na Declaração de Genebra em 1924, na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, na Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, e finalmente foi aprovada pelas Nações Unidas, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, isso ocorreu em 1989, sendo tal convenção ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90, a partir desse momento o melhor interesse da criança ganhou força.

Estabelece o artigo 3, 1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

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

É possível afirmar que o melhor interesse do menor é o convívio familiar, pois a família, como regra geral, é o ambiente mais propício para o desenvolvimento e o

juiz só pode interferir nessa relação se for violado algum direito da criança.

Morgenbesser e Nehls (2010) afirmam que nas cortes americanas a guarda é atribuída aos pais que estiverem aptos para prover um ambiente físico e material que seja capaz de promover um crescimento e desenvolvimento saudável para a criança. Lembrando que a capacidade de guarda não está ligada somente a recursos financeiros.

O melhor interesse da criança pode ser alterado ao longo dos anos, mas estando os genitores aptos para exercer a guarda não faz sentido que apenas um deles seja o responsável pela guarda, ou seja, é interesse da criança a convivência com os pais (QUINTAS, 2010).

Pode ser que os genitores não vivam juntos, mas se estiverem habilitados para exercer o poder familiar, o mais adequado é que ambos estejam presentes na vida da criança.

O artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança afirma que é direito da criança conhecer seus pais e quando possível ser cuidada por eles.

Outro artigo importante da Convenção Internacional dos Direitos da Criança é o 9º:

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.
3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. (BRASIL, 1990)

Lôbo (2011) é enfático ao dizer que o princípio do melhor interesse da criança é um reflexo do caráter integral de proteção dos direitos da criança e do adolescente e está diretamente ligada aos direitos humanos de forma geral. Sendo que a aplicação desse princípio não exclui os demais, mas deve ser dada prioridade a ele. Não representa uma simples orientação ética de atuação, mas diretriz para as relações entre pais e filhos, entre a sociedade e o Estado.

O melhor interesse engloba diversos pontos relevantes, por exemplo, assegurar uma infância feliz para a criança, propiciar um ambiente familiar de afeição,

amor, felicidade e segurança moral e material. Os pais devem sempre buscar uma convivência pacífica de modo a beneficiar o desenvolvimento do filho e a implementação do melhor interesse do mesmo. O princípio do melhor interesse deve fundamentar as decisões judiciais sobre a guarda de filhos, sendo a guarda compartilhada a modalidade que mais se aproxima da aplicação integral do princípio, especialmente, por permitir a manutenção dos vínculos familiares.

3 MODALIDADES DE GUARDA

3.1 Guarda Alternada

A guarda alternada, com o próprio nome já diz, é o tipo de guarda onde o filho mora com os dois pais, alternando entre as duas casas. O menor é de responsabilidade de ambos os pais.

Na guarda alternada, o genitor exerce a guarda unilateral do filho durante o período de tempo que está com ele e é responsável por toda a sua rotina e cuidados.

Silva ensina que:

Esse é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica [...]. (SILVA, 2008, p. 57)

A propósito “[...] não deixa de ser uma guarda exercida exclusivamente pelos pais, só que de maneira alternada. Não há um consenso nem a participação de ambos, mas tomadas de decisões em separado, o que pode colocar a criança em meio a conflitos entre seus pais”. (SILVA, 2008, p. 57)

Como delineado acima “É necessário que o menor se sinta protegido, convivendo numa relação segura e estável, habitando um lar certo e determinado, o que não é possível no exercício da guarda alternada” (SILVA, 2008, p. 57).

A aludida autora enfatiza ainda que:

[...] essa alternatividade promove total quebra da rotina e dos hábitos educativos da criança, não sendo fixado um lar para o menor que terá que se dividir em duas casas [...] propiciando, assim, uma instabilidade emocional que será consolidada com as constantes idas e vindas, chegadas e despedidas de um e outro genitor. (SILVA, 2008, p.57)

Entende-se que a guarda alternada não favorece o princípio da continuidade do lar, buscando o bem estar de crianças e adolescentes e por isso merece inúmeras críticas.

Todavia, Casabona sustenta que:

É adequada no caso de viagem por período relativamente longo para o exterior de um dos genitores. No mais, a única vantagem oferecida por esse modelo é permitir aos filhos manterem relações estreitas com ambos os pais. Mas não resolve o problema porque não deixa de ser guarda exclusiva, ainda que por períodos. (CASABONA, 2006, p.240)

A guarda alternada é uma modalidade dificilmente aplicada, e quando ocorre é por decisão e opção dos genitores.

Pois bem, concluímos que essa modalidade de guarda apresenta muitos pontos negativos: tais como diversas mudanças de lar e cada guardião exercendo a educação da maneira que encontrar mais apropriada. Um dos pontos positivos seria uma convivência maior com ambos os pais.

3.2 Guarda de Nidação

A guarda de nidação ou aninhamento, é o tipo de guarda onde a criança permanece no mesmo lar e os pais que se revezam na companhia do menor.

Esta modalidade ocorre com mais frequência em países europeus. Ela evita que os filhos fiquem indo de uma casa para a outra, então os menores ficam sempre na mesma residência e quem reveza são os pais.

Maria Berenice Dias apresenta:

Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além de perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade de manutenção de três residências. (DIAS, 2015, p. 528)

No mesmo sentido, esclarece Anna de Moraes Salles Beraldo:

Na nidação são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados. Entretanto, pelos altos custos, já que são necessárias três casas, uma para o pai, uma para a mãe e outra para as crianças, ela é praticamente irrealizável. (BERALDO, 2015, p. 28)

Percebe-se que a guarda do aninhamento caracteriza-se pelo revezamento que os pais deverão fazer pra ficar ao lado dos seus filhos, assim a prole terá uma residência fixa e aos pais caberá o deslocamento periódico até a residência dos filhos.

Podemos perceber que esse modelo de guarda não é o mais adequado quando falamos de princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, notamos a dificuldade que o menor tem para manter seus hábitos, valores, padrões de vida, além de prejudicar o juízo de valores, já que essa mudança constante de residência deixa a criança sem um norte na sua vida. Além disso, esse modelo poderá apresentar outros malefícios, como:

I. não há constância de moradia;

II. a formação dos menores resta prejudicada, não sabendo qual orientação seguir, se paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos, entre outros;

III. é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e

3.3 Guarda Unilateral

O Código Civil em vigor no artigo 1.583 prevê a possibilidade de adoção da

guarda unilateral como modalidade secundária, sendo a regra a adoção da guarda compartilhada.

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 (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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais 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.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. A guarda unilateral foi alterada com a Lei 11.698/08. Essa espécie atribui apenas a um dos genitores a guarda do filho, com direito de visita ao genitor não detentor da guarda, e é atribuída àquele que tiver melhores condições de exercê-la. (BRASIL, 2002)

Essa espécie é de exclusividade de um só dos pais, o qual um tem a guarda “física”, que é a de quem convive com o filho diariamente, e a guarda “jurídica”, que é dirige e decide as questões que envolvem o menor.

A guarda unilateral não é igualitária aos pais, pois o genitor que não detém da guarda, não participa efetivamente da vida dos filhos, no âmbito pessoal, familiar e social.

Essa espécie de guarda, será usada quando não houver entendimento entre os genitores, por determinação judicial, os por motivos maiores, ficando apenas uma só dos genitores com o poder familiar.

A partir da análise feita, podemos chegar a conclusão que esse modelo de guarda não condiz mais com a realidade da família contemporânea, já que não garante ao menor o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Considerando também que se torna uma desvantagem o afastamento do genitor não guardião da companhia do filho, que não concorda e não entende a separação, podem vir a se sentir rejeitados pelo não guardião, às vezes até tendo que escolher entre um e outro genitor, ficando até mesmo passíveis de sofrer uma alienação parental, e isto, com certeza, poderá vir a acarretar distúrbios psicológicos que poderão permanecer na adolescência e até mesmo vida adulta.

3.4 Guarda Compartilhada

A lei nº 11.698/08 inseriu no art. 1.583, §1.º do CC/2002, a Guarda Compartilhada com a seguinte definição:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §1.º Compreende-se [...] por guarda compartilhada 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. (BRASIL 2002/2008)

É oportuno destacar que a guarda compartilhada é o modelo ideal a ser seguido, porque o interesse dos filhos estaria sempre em primeiro lugar, seria um equilíbrio no poder familiar, garantindo a igualdade dos genitores.

Silva conceitua a Guarda Compartilhada da seguinte maneira:

[...] a guarda conjunta é um fator encorajador de cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas. Constatações essas que demonstram aos filhos que continuam a ser amados pelos pais e que [o afastamento] deles não enfraqueceu a ligação afetiva para com eles [...]. (SILVA, 2008, p.105).

Destarte, a Guarda Compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre seus filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

Conceitua Delgado:

Guarda compartilhada é aquela em que ambos os pais a titularizam e a exercem, apesar da dissolução do matrimônio ou da união estável, existindo uma alternância entre eles, mas de modo flexível, sem atendimento a um cronograma fixo e rígido, tudo isso visando a atribuir ao filho menor a oportunidade de ter um contato maior com ambos os pais. (DELGADO, 2016, p.202)

Como delineado acima, a Guarda compartilhada é a modalidade de guarda onde os filhos de pais divorciados permanecem sob responsabilidade de ambos os genitores, que têm a possibilidade de, em conjunto, tomar decisões importantes

quanto ao seu bem-estar, educação e criação.

Vejamos que essa modalidade é a mais adequada quando falamos do tema tratado, pois, o menor não precisa optar com qual genitor ele prefere ficar, pois isto causa um grande desgaste emocional, visto que o menor ficaria diante de uma situação difícil, pois sempre estaria magoando a um deles, e com uma melhor convivência com os filhos, cada vez menos irão se afastar. Assim, a participação de ambos os pais na vida do menor é sem dúvida, o ponto relevante, pois não se desfaz o vínculo familiar, possibilitando aos pais tomarem conjuntamente, as decisões acerca dos filhos em desenvolvimento, garantindo assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para entendermos melhor a importância dessa guarda, discutiremos esse tópico claramente no próximo capítulo.

4 GUARDA COMPARTILHADA: A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DO MENOR

4.1 Evolução Histórica

Nos últimos anos, o Direito de Família passou por uma significativa evolução histórica. Em especial, com a edição da Constituição Federal Brasileira de 1988, surgiram algumas importantes modificações.

Antigamente, a sociedade conjugal era direcionada pelo homem, isto é, o varão detinha o poder familiar, a obrigação de manter a família, que, por sua vez, era constituída pelo marido, mulher e filho(s). (Código Civil, 1916)

Atualmente, a mulher está inserida no mercado de trabalho, por meio do qual adquiriu uma posição fora do lar e desvinculou-se dos traços da antiguidade que a submetia apenas aos afazeres domésticos e não lhe conferia as mesmas atribuições do homem, titular do poder familiar, o chefe da família.

A mulher hoje ganhou o seu próprio sustento, não mais depende financeiramente do homem, às vezes até tem um ganho superior ao do homem. Houve a liberdade feminina.

A mulher evoluiu. Hoje ela não só cuida dos filhos, ela atua em praticamente

todas faces da sociedade. Até mulher presidente hoje é comum. A sociedade evoluiu com a mulher desempenhando outros papéis, antes exclusivo do homem.

O conceito de família está mais abrangente. A família pode ser formada pelo jeito tradicional (marido, mulher e filho(s)) e, ainda, pela nova estrutura instituída pela Carta Magna, como por exemplo: qualquer um dos pais e o filho; avó e neto; tio e sobrinho; irmão e irmão, casal homossexual e filho, dentre outros. (BRASIL, 1988)

O conceito de família hoje é outro, é plural, é mais aberto. Apto para receber o redesenhamento dos novos núcleos, dos novos formatos, das novas configurações familiares.

Os filhos adotados e/ou os havidos fora do casamento terão os mesmos direitos e qualificações dos demais.

Para alguns autores, uma das principais inovações estabelece a afetividade como um dos fundamentos das famílias brasileiras.

Segundo Carlos Alberto Bittar (2003, p. 59), foi exatamente no Direito de Família, em especial, quanto ao relacionamento familiar, que a Carta Magna de 1988 introduziu maiores inovações, fixando diretrizes embasadas nas ideias de igualdade entre os cônjuges e a paridade entre os filhos.

Carlos Alberto Bittar afirma que a Constituição modificou completamente a estrutura originária da família brasileira, apresentando novos rumos ao Direito das famílias no Brasil, trazendo as seguintes regras fundamentais introduzidas pelo texto constitucional: a conceituação da família como base da sociedade, sob a proteção do Estado; a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal; dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; o reconhecimento de entidade familiar como aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes; a união estável entre homem e mulher (BITTAR, 2003, p. 59).

4.2 Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro

Analisando a evolução jurídica da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que este instituto acompanhou as necessidades e mudanças que surgiram no decorrer dos anos. No início a guarda era atribuída ao pai, depois de algum tempo era delegada à mãe e nos dias atuais o que é levado em consideração é o que for mais benéfico para a Prole, atendendo-se o melhor interesse dos filhos.

Com a chegada da Lei 13.058/2014, o tempo de convivência dos filhos com os genitores passou a ser intensificado e dividido de forma equilibrada. Esse equilíbrio levará em conta a rotina dos filhos e dos pais, não tendo ligação direta com frações ou cálculos matemáticos. Referida alteração legal é fruto de estudos que demonstraram a necessidade de convívio e contato físico dos filhos tanto com o pai, quanto com a mãe, pois a ausência de afeto e contato físico pode trazer marcas profundas na personalidade de crianças e jovens.

Grisard Filho ensina que a Guarda Compartilhada surge de duas considerações. São elas:

O reequilíbrio dos papéis parentais, levando-se em conta o princípio da igualdade entre homem e mulher e o de (b) garantir respeito absoluto ao princípio do melhor interesse da criança, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária capaz de suprir todas as suas necessidades. (FILHO, 2009, p. 419)

Conforme aludido acima é possível privilegiar a Guarda Compartilhada, pois valoriza os papéis de pai e mãe atribuindo a ambos o poder de decisões referentes à Prole.

Há casos em que os próprios pais, quando existe um bom relacionamento entre eles e ambos demonstrarem interesse na instauração da guarda compartilhada, visando sempre o melhor interesse da criança, decidem entre si pela homologação do acordo com o pedido de estabelecimento da guarda compartilhada, conforme demonstrado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. GUARDA COMPARTILHADA. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo será não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC)." No caso dos autos, ambos os genitores vieram de comum acordo pedindo o estabelecimento da guarda de forma compartilhada. Não há litígio entre eles, tampouco algum indício a contraindicar a pretensão inicial. Logo, não há razões para, de plano, rejeitar o pedido de modificação da guarda e exoneração de alimentos. É de rigor o processamento do pedido. Sentença desconstituída. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70074296690, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/09/2017).

Assim, de acordo com os entendimentos jurisprudenciais, o instituto da guarda compartilhada é visto como algo de extrema importância na vida da criança e do adolescente, uma vez que a falta de convívio com os pais em decorrência da separação do casal, pode provocar danos irreparáveis ao longo dos anos. Por isso, visando minimizar os danos causados, e ainda, o melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada pode diminuir os traumas causados pela separação, e ainda manter a base familiar a que o menor estava inserido.

4.3 A Guarda Compartilhada como Solução para o Problema da Alienação Parental

Como apresentado anteriormente, com o surgimento da lei nº11.698/08 a guarda compartilhada foi instituída como modelo preferencial diante outras espécies de guarda, pois assegura a convivência e exercício do poder familiar entre ambos pais e seus filhos, sempre objetivando o melhor interesse do menor.

É sabido que a guarda compartilhada proporciona aos filhos convívio direto com ambos os genitores, assim como a participação dos pais na criação e educação dos filhos, essa relação é mais que a divisão de obrigações, pois está diretamente relacionada à afetividade e vínculo. Através da guarda compartilhada, os pais compartilham da convivência com os filhos, mantendo a participação no cotidiano e evitando que essa criança possa se sentir negligenciada por um dos genitores.

Guarda compartilhada possibilita melhor convívio dos filhos com os pais, assim, impedindo que a criança perca contato com genitor não guardião. Observando sempre o princípio do melhor interesse do menor. Além de que, a guarda compartilhada possui diversos mecanismos que tendem a dificultar e assim solucionar a tentativa de afastamento do menor com o genitor, evitando a incidência da alienação parental.

A síndrome de alienação parental (SAP) foi definida, na década de 1980, pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner como um distúrbio infantil que acometeria crianças e adolescentes envolvidos em situações de disputa de guarda entre os pais. Para o psiquiatra americano, a síndrome se desenvolve a partir de

programação ou lavagem cerebral realizada por um genitor – nomeado como alienador – para que a criança rejeite o outro responsável (GARDNER, 2002).

A espécie de guarda estudada possui como destaque o fato de que a responsabilidade pelo menor estará vinculada a ambos os pais, mantendo da melhor forma o convívio dos filhos com os genitores evitando que o menor perca contato com aquele não guardião. Além disso, conservando a convivência se mantém o vínculo familiar, permitindo que os pais tomem decisões em conjunto quando relacionadas ao crescimento e desenvolvimento dos filhos.

A guarda compartilhada é um caminho viável para coibir a alienação parental, pois com a divisão dos deveres e obrigações e com a convivência familiar de forma igualitária, os pais não teriam mais que viver em conflito constante por causa dos filhos.

No entanto, para que funcione, os pais devem conviver de forma igualitária e harmoniosa, fazendo com que a comunicabilidade seja mais fácil. (FARIAS, e ROSENVALD, 2019, v.06)

Rodrigues diz que:

Em um contexto, no qual grande parte das práticas de alienação parental ocorre pela imposição de guarda unilateral, em que a criança/adolescente ficará com apenas um dos genitores, restando ao outro genitor apenas o direito de visitas, ou seja, uma menor aproximação para com seus filhos, defende-se que a guarda compartilhada seria o ideal para inibir a alienação parental, pois não haveria disputa entre os genitores com relação aos filhos. Com esta guarda, os filhos teriam sempre a presença de ambos os pais, o que diminuiria a influência de apenas um genitor sobre a prole dificultando, assim, a alienação parental. Pode-se afirmar com certeza que a guarda compartilhada, em que a criança/adolescente tem sempre ao seu redor ambos os genitores, e estes decidem conjuntamente sobre o que é melhor para seus filhos, é a modalidade de guarda que atinge o princípio do melhor interesse da criança/adolescente (RODRIGUES, 2017, p.06).

Diante de todo o exposto, na respectiva situação de guarda compartilhada como forma de combate à Alienação, existem fatores positivos na inclusão desta, a criança por sua vez, não poderia ser usada com um troféu ou condição pelo genitor que detém a guarda em detrimento do outro, não é incomum, ficarmos sabendo de histórias onde o genitor guardião impõe condições que o genitor que não detém a guarda deve seguir para que não tenha seu direito de convivência com o filho (a) cerceado. Neste sentido, a guarda compartilhada assegura que os direitos sejam regulamentados e que ambos os genitores tenham os mesmos direitos, obrigações e

deveres para com os filhos, ambos deverão ter ciência bem como realizar as tomadas de decisões que dizem respeito ao infante de forma conjunta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos estudos do presente artigo, considerando a legislação aplicável, bem como o entendimento doutrinário, é possível afirmar que qualquer que seja a situação que envolva o menor, deve-se sempre prevalecer a que lhe seja mais vantajosa e lhe iniba de prejuízos.

A guarda compartilhada está regulamentada na Lei nº 13.058 de 2014, que modificou o que estava estabelecido nos artigos do Código Civil de 2002, vem ser obrigatória a guarda compartilhada nos fatos em que não existirem empecilhos para a sua aplicação e estabelecimento que o tempo de convivência dos filhos seja dividido entre os genitores de maneira igual, considerando os interesses e as condições fáticas dos mesmos.

Esse modelo veio para suprir os anseios de uma sociedade em que não se sustenta um sistema que até então, por via de regra, atribuía à genitora os cuidados com a prole e ao genitor o sustento econômico, revelando que esse sistema estaria defasado frente às mudanças operadas no novo século, aparentando ser um retrocesso e voltar ao modelo patriarcal.

Os genitores devem ter em mente que, com o fim do casamento ou da união estável, os laços parentais existentes entre estes e seus filhos não devem se enfraquecer, tampouco se desfazer. Para que a relação familiar seja preservada, a guarda compartilhada mostra-se, oportunamente, a melhor solução para dar condições, a fim de que a nova estrutura familiar seja construída com o espírito de preservação de relações éticas e solidárias, e que os filhos tenham contato com seus referencias materno e paterno, com o intuito de diminuir os impactos da ruptura ocasionada pela separação, evitando assim, a incidência da alienação parental.

Por fim, concluímos que o interesse do filho vem sempre em primeiro lugar, de modo que o objetivo dos pais são as metas, devendo prevalecer sempre em qualquer nível onde sejam discutidas questões sociais, jurídicas, psicológicas ou emocionais, sem interromper seu bom desenvolvimento.

SHARED CUSTODY PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT

Jullyane Oda Amaral²

ABSTRACT:

This article aims to carry out studies on Shared Guard in view of the enactment of Law nº 11.698 of June 13, 2008. the justification. Of the three chapters that will be presented, the first will deal with Family Law, its historical evolution and its principles. Object of study of the second chapter, the existing custody modalities. And, in the third and last chapter, part of the historical evolution of Shared Guard, its applicability in Brazilian law, its solution to the problem of Parental Alienation, and finally, the importance of this modality for the search for the best interest of the child and the teenager.

The research focuses on current issues and aims to demonstrate the importance of the applicability of Shared Custody for the best social and moral development of the Child, allowing him to live with his father and mother even after a Marital Breakup.

Keywords: Family Law. Shared Guard. Seeking the Best Interest of Children and Adolescents.

6 REFERÊNCIAS

ÂNGELA, A Guarda Compartilhada e a Alienação Parental, Mato Grosso, 14 de dezembro de 2014, Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/995/A+guarda+compartilhada+e+a+igualdade+parental>>.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Elos, 1961.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Guarda dos filhos e mediação familiar: a experiência inglesa contribuindo para uma mudança sistêmica no Brasil. 226 f. Tese de Doutorado, Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6745>.

² Academic of the Law Course at the Pontifical Catholic University of Goiás

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>.

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, REsp nº 1.251.0/MG Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17109783&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial, REsp nº 70074296690/RS. Julgado em 28/09/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/719069493>>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990). VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>.

BRITTAR, Carlos Alberto Bittar Filho, imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

BERENICE. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65. 44.

CASABONA, Marcial Barreto. Guarda compartilhada. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Consultor Jurídico. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>.

DIAS. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71. 52 DIAS.

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

DELGADO, Guarda Compartilhada, p. 202, 2016.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Curso de direito civil. 13. ed. Salvador, 2019. v 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito de Direito Civil: Direito de Família 6, As famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87. 42.

GARDNER, R. Basic facts about the parental alienation syndrome, 1-13, 2002. Disponível em: <http://www.rgardner.com/refs/pas_intro.html>.

GRISARD FILHO, Waldyr. A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Direito das famílias. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 419.

KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: ed. 70, 1986, p. 77.

LEI N° 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>.

LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67. 43

MORGENBESSER E NEHLS apud QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.29.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188 apud.

SILVA, A Lei sobre a guarda compartilhada, 2008, p. 57.

TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 19. 49.

TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 18. 50.

QUINTAS, Guarda Compartilhada. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 61, 2010.