



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**PRINCÍPIO BASILAR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E OS REFLEXOS DA
GUARDA COMPARTILHADA**

Fernanda Gomes da Silva
Professor-orientador: Carlos Vilanova

ESTÂNCIA
2016

FERNANDA GOMES DA SILVA

**PRINCÍPIO BASILAR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E OS REFLEXOS
DA GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

PRINCÍPIO BASILAR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E OS REFLEXOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Fernanda Gomes da Silva¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre a importância do princípio basilar do melhor interesse quando implantada a Guarda Compartilhada com suas vantagens e desvantagens. Estante, aborda-se sobre a Lei 13.058/2014, introduzida no ordenamento jurídico pátrio como meio para viabilizar os problemas que surgem a partir dos divórcios e separações. Ademais, outros instrumentos jurídicos como o Código Civil, Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e a própria Constituição Federal. Nessa tônica a guarda compartilhada é uma forma salutar da permanência do vínculo parental dos pais com os filhos, em igualdade de condições, preservação do bem-estar do menor. Portanto, um entendimento no campo dessa problemática, ou seja, concedendo a guarda compartilhada, mas preservando o princípio basilar na defesa do menor como elemento mais importante da relação.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Princípio basilar. Interesse do menor.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família tem apresentado grandes transformações, principalmente no que se refere a essa nova modalidade de guarda, ou seja, compartilhada, ressalta-se que uma das principais mudanças ocorridas foi na estrutura familiar onde o homem deixou de ser único detentor de poder de sustentar a família. A responsabilidade sobre os filhos é do pai e da mãe, aplicando o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres.

As constantes mutações sociais, econômicas e jurídicas da sociedade, trouxeram uma nova realidade para a família contemporânea e muitos valores foram alterados. Nesta esteira, o casamento que antes era visto como indissolúvel agora não é mais; desta forma, fazendo com que crescesse cada vez mais o número de casais que se divorciam perante a lei. E quando acontece a separação é que vem a

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: hellownanda@hotmail.com.

grande problemática? E a guarda dos filhos? Com quem o menor deve ficar? A guarda compartilhada seria uma boa solução para evitar conflitos? Adotando-se esta sistemática, estariam os responsáveis pensando no melhor interesse do menor?

Essa modalidade de guarda estabelece uma responsabilidade legal entre os pais perante o menor; eles devem compartilhar em conjunto as decisões, obrigações, direitos, buscando sempre o melhor interesse do menor, mesmo morando em lares separados.

O bom relacionamento dos pais é fundamental para que a guarda compartilhada seja bem-sucedida; do contrário, a vida do menor pode virar um tormento, prejudicando o seu desenvolvimento social e psíquico. Entretanto, a guarda compartilhada se constitui numa forma salutar da permanência do vínculo parental dos pais com os filhos, em igualdade de condições, preservação do bem-estar do menor.

O método de abordagem será o dedutivo, partindo-se das premissas já estabelecidas para se chegar a uma conclusão lógica. Dessa forma, o presente trabalho, será contemplado na observância dos papéis desempenhados pelos pais e filhos no decorrer da história, passando-se pela fase onde a atribuição da guarda era exclusivamente masculina, posteriormente, privilegiando-se a figura matriarcal, saindo do prisma de privilégio dos pais para a observância aos direitos da criança com a concessão da guarda compartilhada.

Nesse diapasão, frisa-se que os meios para o desenvolvimento do trabalho serão utilizados a partir da análise e interpretação da legislação, enfocando-se na possibilidade de sua aplicação; quanto ao campo sociológico, na demonstração das transformações jurídicas conforme as modificações sociais.

Ademais quanto à classificação do objetivo geral, o estudo será exploratório, objetivando-se esclarecer o instituto da guarda compartilhada, abordando seus aspectos jurídicos, psicológicos e sociais.

O procedimento técnico utilizado será o levantamento bibliográfico, adotando a documentação indireta como técnica de pesquisa, em virtude do estudo ter por base a interpretação de livros, artigos científicos e legislações, que abordem e esclareçam a problemática do trabalho.

Após o esboço da metodologia aplicada, será elucidada a forma de organização do trabalho, composto de quatro capítulos, que objetiva alcançar uma

compreensão sobre o tema e suas metas; descrevendo em síntese, seu conteúdo.

2 DIREITO DE FAMÍLIA: BREVE LINEAMENTO

Graças às modificações que vem acontecendo nas últimas décadas no que se refere ao Direito de Família, principalmente, a partir da promulgação da Constituição de 1988, houve uma significativa evolução no que se refere aos costumes e tradições da sociedade; substancialmente uma reformulação nos critérios interpretativos para serem adotados em matéria de família. Portanto, insta citar que a Constituição promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como base a afirmação da cidadania como seu elemento propulsor.

Desta maneira é a partir dessa Carta Magna e suas novas concepções que surge a necessidade de releitura dos conceitos e institutos jurídicos clássicos, como, por exemplo, o casamento e a filiação.

O Direito tem um cuidado no que se refere à família. Antigamente as leis e códigos falavam nas relações familiares, aludiam ao casamento e conseqüentemente nas relações de bens, mas nunca se referiam ao termo de família. O Direito tem por “obrigação” acompanhar essas transformações que ocorrem na sociedade para melhor se adequar e buscar uma solução para os conflitos que possam vir a surgir.

O Direito de Família ocupa posição destacada no Direito Privado e é tratado como ramo do Direito Civil. É constituído pelo complexo de normas que disciplinam as relações familiares, isso é, daquelas que ocorrem entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelas relações afetivas, como por exemplo, o casamento e a união estável.

Cumprido salientar que o Direito de Família é protegido por disposições de ordem pública e pelo extremo formalismo que lhe é peculiar, uma vez que são irrenunciáveis, intransferíveis e imprescritíveis.

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer um capítulo (capítulo XI, do Livro IV) que trata da proteção da pessoa dos filhos, capítulo seguinte ao que trata da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. A matéria está disciplinada nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil. Este capítulo traz regras que dizem respeito à

guarda, ao direito de visita e a prestação de alimentos dos pais em relação aos filhos.

Na vigência do Código Civil de 1916, quando ocorria o desquite do casal, caso houvesse filhos menores, esses ficavam com o “cônjuge inocente”. Assim, os filhos eram vistos como um prêmio, pois o cônjuge inocente permanecia com eles; em contrapartida, o cônjuge culpado pela separação era punido com a perda da guarda da prole.

Essas regras levavam em consideração somente a culpa dos pais, não atentava para os direitos e interesses dos filhos. Essa visão só foi modificada com o advento da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 226, §5º trouxe a igualdade entre homens e mulheres no tocante aos direitos e deveres em relação ao casamento e aos filhos. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente tornou obrigatória a observância dos interesses da criança e do adolescente, que passaram a serem tratados como sujeitos de direitos.

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O princípio em comento passou a ser visto como direito fundamental da criança, tornando-se cogente, em razão da ratificação pelo Brasil da Convenção da ONU/89. No Brasil passou a vigorar no Código Civil a partir de 2002.

O princípio basilar do “Melhor interesse do menor” preserva ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. Verifica-se neste trabalho que a criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais, assim como preceituado pelo artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Destarte, trata-se de um importante modificador nas relações intrafamiliar, representando uma importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-

filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de Direito. Torna-se uma pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

A aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente efetivamente se dará, sempre, pautado em um caso concreto; onde, o operador do direito, hermeneuticamente e volitiva mente, o aplicará atendendo a determinação da Carta Magna brasileira e os demais diplomas infraconstitucionais que protegem o menor em sua totalidade.

Esse princípio deve nortear todas as decisões referentes aos filhos quando houver a dissolução da sociedade conjugal, incluído a guarda, o direito de visitação do cônjuge não guardião, até mesmo o valor dos alimentos devidos ao menor.

Cabe aqui ainda citar a doutrina da proteção integral, também expressa no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, sendo originada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Essa doutrina completamente oposta à doutrina antes adotada – “menor em situação irregular” – traz uma série de mudanças para a questão.

É oferecida a eficácia dos direitos infanto-juvenis, tais como vida, saúde, educação, moradia, convivência familiar, ou seja, não apenas o material, mas moral como um direito mais ativo.

Todas as questões que afetem crianças e adolescentes, o ECA garante que eles devem ser ouvidos, visto que os considera sujeitos ativos do seu próprio destino. É válido citar os artigos 4º e 6º do ECA:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (no original sem grifo)

...

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (no original sem grifo)

Existe aqui uma preocupação com a prioridade absoluta, que tem como objetivo central dar a população infanto-juvenil prioridade quanto ao atendimento de suas prioridades, embora deva ser considerada sua imaturidade e certa vulnerabilidade, visto que ainda esteja em desenvolvimento. Assim, pois, é perceptível que à medida que se garante o respeito à prioridade absoluta, é possível se preservar o melhor interesse do menor.

3.1 A decisão de guarda baseado no melhor interesse do menor

Observa-se anteriormente que o fato de não existir um conceito preciso relacionado ao princípio do melhor interesse, faz com que se tenha a análise do caso concreto, de modo que os interesses da criança estejam mais bem resguardados, onde GRISARD F. (2002) chama de “preferência filhocentrista”. Aqui se faz um julgamento subjetivo e de muito valor, pois varia de pessoa para pessoa, dificultando em sua própria subjetividade.

Esse julgamento faz recapitular no magistrado o seu próprio processo de formação pessoal, jurídica e valores culturais os quais faz parte, assim ele obedecerá aos valores incutidos em sua própria família.

Por muito tempo pensou-se que a criança ou adolescente estaria em melhores condições ao lado daquele que tivesse melhor condição financeira, o que distorce plenamente o princípio norteador do melhor interesse da criança. Não importava se era o genitor, genitora ou avós, não se observava o fundamental que é o amparo moral, psicológico e por fim o material.

Finaliza-se, portanto, que o princípio do melhor interesse deve ser visto a partir do bem-estar da criança, independente de estar sob a guarda do pai, mãe ou ainda, avós.

4. A GUARDA: EVOLUÇÃO

De forma clara, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, sabiamente ensina que:

[...] não se inicia qualquer locução a respeito de família se não se lembrar, *a priori*, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a própria arquitetura da história através dos tempos. Sabe-se enfim, que a família é, por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade.

Há, porém, uma comparação entre a velocidade de evolução entre a guarda e a família.

Sabe-se que a Revolução Industrial foi de extrema importância para um novo conceito de família, onde a figura paterna deixou de ser apenas o protetor e provedor dos alimentos para a família. O homem saiu do campo para a cidade em busca de trabalho e conseqüentemente melhor condições de vida, deixando o lar e seus filhos sob a responsabilidade da mulher, figura antes completamente submissa ao marido.

Foi nesse período da evolução familiar que surgiu a preferência da guarda materna sobre os filhos, sendo o pai desvalorizado nessa escolha, o que terminou por afastá-lo do convívio com os mesmos. (SILVA, 2006)

Contudo, a figura paterna ainda era privilegiada após a ruptura da sociedade conjugal devido à sua independência financeira, sendo ele a autoridade do lar e provedor das necessidades familiares. Partindo desse fato, cabia apenas à figura materna, gerir a vida do menor após o fim do relacionamento conjugal, pois era vista na sociedade como a que tinha mais aptidões e disponibilidade para essa tarefa.

A partir da evolução da sociedade e a inserção da mulher no mercado de trabalho, os papéis sociais começaram a se modificar. As mulheres passaram a dividir com o homem as despesas e tarefas de casa.

Comenta Ana Maria Milano Silva (2006):

Com a revolução sexual e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, nova alteração ocorreu nas relações familiares, pois ela também passou a exercer o papel de provedor da família e, assim, os cuidados com o lar e a prole acabaram por sobrecarregá-la, surgindo a necessidade do marido em assumir mais responsabilidades dentro do lar, inclusive com referência aos filhos.

Durante essa evolução, torna-se pertinente fazer um estudo sucinto da guarda e suas modalidades, sem esquecer sobre a importância da afetividade quanto a guarda e para isso, Caetano Lagrasta Neto, conceitua perfeitamente:

Guardar é, antes de tudo, amar, estar presente, na medida do possível, comparecer a atos e a festividades escolares, religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, cultura, esporte, turismo.

É importante ressaltar que a guarda é uma obrigação de ambos os pais, contendo todos os atributos do poder familiar e permanece mesmo com a ocorrência de separação conjugal, tendo como prioridade o interesse do menor, independente da vontade dos pais. O necessário é que o infante conviva em um lar harmonioso, onde ele seja acolhido com carinho e atenção às suas necessidades.

4.1 Modalidades de guarda

Será citado apenas as principais modalidades de guarda e suas principais características, porém, todas baseadas no princípio do melhor interesse do menor.

4.1.2 Guarda natural ou originária

Baseando-se no artigo 1.630 do Código Civil, os filhos estão sujeitos ao poder da família, enquanto menores. Sendo assim, a guarda natural ocorre da família normalmente constituída, independente sendo casamento ou união estável.

Nesse caso, ambos os pais têm a guarda física e jurídica do menor, já que os dois convivem no mesmo lar conjugal. A partir do momento que divergências venham a ocorrer, estes podem recorrer à justiça para que a discordância seja solucionada.

Conclui-se a partir de Grisard Filho (2002), que consiste na convivência e comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. [...] Sua origem, pois, não é legal nem judicial, antes natural, decorrente da maternidade e da paternidade.

4.1.3 Guarda única

Esse tipo de guarda confia apenas a um genitor, sendo ela a jurídica e física ou material dos filhos.

Cabe atentar que o genitor não guardião não perde o poder parental em relação ao filho, porém, apenas terá o direito de visitar os filhos, geralmente quinzenalmente, e fiscalizar as decisões tomadas pelo genitor guardião.

Esse espaço para visitas de tempo longo (encontro quinzenal) é muito criticada em diversas áreas, pois, causam angústia, principalmente ao menor que se sente desprotegido ou com sensação de abandono pelo visitante.

E nesse sentido Evandro Luiz Silva (2005) cita que uma vez que o distanciamento por dias ou semanas pode causar na criança medo de abandono, bem como desapego com o ausente. Frequentemente essas crianças fantasiam que o progenitor ausente às abandonou.

4.1.4 Guarda alternada

Esse tipo de guarda permite que a criança fique por períodos pré-determinados de tempo, podendo ser dias, semanas ou meses ora com a mãe, ora com o pai. Esse tipo de guarda não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a criança passa a não ter uma residência fixa e onde está habituado a cumprir seus horários, como tomar banho, dormir, alimentar-se.

Dessa forma, Caetano Lagrasta Neto (1999) corrobora muito bem:

A guarda alternada irá facilitar o conflito, pois, ao mesmo tempo em que o menor será jogado de um lado para o outro, náufrago numa tempestade, a inadaptação será característica também dos genitores, facilitando-lhes a fuga à responsabilidade, buscando o próprio interesse, invertendo semanas ou temporadas.

4.2 PRINCÍPIO BASILAR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E OS REFLEXOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada surgiu em necessidade às evoluções ocorridas na sociedade, e veio para possibilitar aos filhos a viverem em estreita relação com os seus pais, ampliando a participação destes.

Segundo Pereira (2014), conceitua como guarda compartilhada:

[...] nesta modalidade de guarda os filhos permanecem assistidos por ambos os pais, dividindo responsabilidades, sem a necessidade de fixação prévia e rigorosa dos períodos de convivência, cabendo-lhes

as principais decisões relativas à educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer etc.

Pode aqui definir a guarda compartilhada como uma espécie de guarda em que, ambos os genitores são titulares e exercem direitos e deveres sobre os filhos, tendo em vista que ambos têm a obrigação de criar, cuidar, educar e vigia-los. Esperando-se com ela o fim das divergências sobre alguns pontos como: regulamentação de visitas, regularização de férias, tempo de permanência de cada menor na casa do responsável, decisões compartilhadas em relação ao menor, etc.

Ela deve ser adotada conforme as necessidades, os direitos e as limitações dos filhos; como impõem o princípio basilar do melhor interesse do menor. Caso a criança tenha que optar por um dos pais, ou se o magistrado decidir pelo mesmo desfecho; tal situação poderá criar no menor uma sobrecarga emocional.

O princípio basilar do melhor interesse do menor encontra seu fundamento no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude. Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, estão em processo de formação, no aspecto físico “(nas suas facetas constitutiva, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social” .

Nas palavras de Gama (2008), esse princípio “representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, à pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa”.

A instituição da guarda deve observar o melhor para a criança a partir da análise do contexto de vivência, analisando as relações dentro do lar, o tratamento que recebe de ambos os genitores, para o fim de determinar de qual forma será o menor atendido dentro de suas necessidades; sendo instituída a guarda compartilhada, deve prevalecer a participação total de ambos os genitores em todas as decisões que envolvem o menor.

Segundo Guimarães (2008), o Juiz deve cerca-se de cuidados e oferecer a oportunidade da criança a ser ouvida, tendo em vista o depoimento sem danos, sem lhe atribuir o mérito por essa difícil decisão.

Muito importante para a efetividade da guarda compartilhada em todos os seus aspectos é uma aceitação entre os pais de que independentemente do término da relação, os filhos havidos durante o casamento terão de ser assistidos por ambos, em todas as esferas de proteção. Quando não se faz possível o respeito mútuo em detrimento do menor, diversos problemas podem surgir principalmente na vida e no desenvolvimento da criança envolvida.

Em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, restou indeferido o pedido de reversão de guarda unilateral para guarda compartilhada ao se perceber as animosidades existentes entre os genitores, não se verificando nenhum dos indícios de alienação apontados pelo genitor não guardião, prevalecendo o melhor interesse da criança que se encontrava assistida adequadamente pela detentora da guarda:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C ALIMENTOS, PARTILHA DE BENS E REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E VISITAS. DECISÃO QUE INDEFERIU A REVERSÃO DA GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PERMANÊNCIA DA INFANTE COM A GENITORA, FRENTE AOS ELEMENTOS LANÇADOS NOS AUTOS.SUSPEITA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. INTENSA BELIGERÂNCIA ENTRE OS GENITORES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUERECOMENDEM A ALTERAÇÃO DA GUARDA NA ATUAL FASE PROCESSUAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 12ª C. Cível - AI - 1347369-1 - Curitiba - Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins - Unânime - - J. 11.09.2015)

O ordenamento pátrio admite plenamente a guarda compartilhada, desde que resulte de um acordo entre os pais e for benéfica aos interesses dos filhos. Os direitos e deveres provindos do vínculo conjugal não terminam com a separação do casal e havendo desacordo dos pais, deverá ser decidida pelo juiz, como forma de proteger o interesse do menor.

O artigo 1.583 do Código Civil foi alterado pela Lei nº 13058/14 e, atendendo às necessidades da sociedade moderna, inseriu a guarda compartilhada no referido diploma legal. Mesmo antes desse dispositivo ela já era utilizada em algum caos, porém, ela só podia ser concedida quando existisse acordo entre os pais, pois devido à falta de previsão legal, não podia ser imposta pelo juiz.

Com a entrada em vigor da Lei que aqui foi citada, a guarda compartilhada passou a ser regra, com dever de observância, visando garantir que o instituto seja dotado de efetividade.

Com a introdução desta lei, os pais possuem direitos/deveres que passaram a ser adotados como regra, mesmo quando não houver consenso entre os genitores acerca de quem será o detentor da guarda. Dentre as exigências e direitos /deveres estabelecidos aos pais por ela pode-se destacar: pluralidade de responsabilidades, tempo equilibrado de permanência na casa de genitores, poder do Juiz de determinar algumas decisões, etc.

Nesse mesmo sentido têm-se manifestado a jurisprudência quando da análise da aplicação da guarda compartilhada em casos concretos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIANÇA, ANTE COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL DE SEUS GENITORES. AÇÃO DE REVERSÃO DE GUARDA. DECISÃO QUE FIXOU A GUARDA COMPARTILHADA. ELEMENTOS NOS AUTOS QUE APONTAM PARA A VIABILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA, A QUAL VEM SENDO VIVENCIADA PELA DECISÃO QUE DEVE BASEAR-SE NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.OBSERVÂNCIA AO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 1.584 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA.

1. A guarda compartilhada no caso em apreço mostra-se a mais condizente a preservar o melhor interesse da criança, mantendo-se os laços paternos e maternos com estreiteza. Ademais, de acordo com a recente alteração operada pela Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada é regra em todos os casos se ambos os pais se revelarem aptos a seu exercício.

2.As questões emotivas que revolvem os genitores em fase comumente tormentosa com o rompimento conjugal devem ser apartadas, e, não havendo qualquer fato desabonador da conduta daqueles, a guarda compartilhada revela-se medida mais condizente a preservar os interesses das crianças. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1292007-9 Paranavaí - Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins - Unânime - - J. 23.09.2015).

A intenção deste tipo de guarda, que passou a ser obrigatoriedade num primeiro momento com as alterações promovidas com a lei 13.058/2014, é atender os interesses da criança da melhor forma, sendo que este se desenvolverá tendo em sua vida a presença de seus genitores de forma igual, sendo determinado em juízo, em casos de não concordância dos genitores, o tempo em que cada um poderá passar com o menor.

Em decisão proferida recentemente pela Desembargadora DENISE KRÜGER PEREIRA, pode-se visualizar com clareza que nem sempre há a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada diante da animosidade dos pais em manter um bom relacionamento para o melhor da criança envolvida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA – DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DO GENITOR DE GUARDA COMPARTILHADA - ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES – AMPLIAÇÃO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - MULTA POR ALIENAÇÃO PARENTAL - NÃO FIXADA - RECURSO DESPROVIDO 1. Para a fixação do regime de guarda compartilhada, imperioso que as partes não possuam grande animosidade, tendo em vista que tal situação pode gerar danos à menor, excluindo-se os benefícios reconhecidamente resultantes de tal regime, os quais dependem, assim, de elevado grau de cooperação entre os genitores.2. Inviabilidade de, por ora, alterar-se o regime de visitação, o qual já restou ampliado por força da decisão agravada, mostrando-se, dessa forma, mais prudente que se aguarde o resultado de tal modificação, de forma a tutelar efetivamente o princípio do melhor interesse do menor.3. A multa por prática de atos de alienação parental poderá ser fixada posteriormente em caso de ineficiência da medida de ampliação da convivência do genitor com a criança, na forma já aduzida na decisão agravada, não se mostrando necessária, por ora, a fixação pleiteada. (TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1304750- 8 - Ponta Grossa - Rel.: Denise Kruger Pereira - Unânime - - J. 24.06.2015)

Verifica-se de todos os julgados acima colacionados, que o princípio do bem estar do menor encontra-se presente como fator essencial a instituição da guarda, buscando-se analisar, efetivamente, caso a caso, o bem estar da criança e se esta vem sendo atendida adequadamente por ambos os genitores.

A decisão do magistrado será sempre a que mais beneficie pais e filhos de forma que não sejam negligenciados os deveres da criação e educação de suas proles, preservando o vínculo parental.

De acordo com a mudança legislativa a guarda compartilhada passa a ser um direito garantido à criança, sendo que através dela o casal parental continuará existindo e o menor estará mantendo contato permanente com seus genitores ainda que em lares separados, porém a convivência será de ambos.

O princípio basilar do interesse do menor é prioridade diante da vontade dos genitores, por se tratar de crianças e adolescentes em processo de formação de personalidade. Porém, diante da atribuição da guarda, não tem como estabelecer um único critério para determinar qual o melhor interesse do menor, esse melhor interesse dependerá de cada caso. O que pode-se afirmar de fato é que as crianças e os adolescentes devem ser protegidos indubitavelmente, amparados e bem conduzidos, com a probabilidade de serem felizes e de assegurar a si mesmo relações satisfatórias e construtivas de futuro.

4.2.1 Vantagens da Guarda Compartilhada

Notavelmente, há que se afirmar que essa nova concepção de guarda traz muitas vantagens para as relações familiares pós-ruptura conjugal, sempre em busca de se obter o melhor ao interesse do menor. São, portanto, vantagens da guarda compartilhada:

- ✓ O Direito dos pais de conviver com seus filhos;
- ✓ A igualdade entre homens e mulheres, pois ambos têm o direito de conviverem com os seus filhos e também são responsáveis igualmente por eles;
- ✓ Atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, na qual os dois exercem conjuntamente todos os direitos e deveres relativos aos filhos. O que se pressupõe colaboração entre ambos, para um melhor entendimento e bem-estar da nova família;
- ✓ Nela o pai (ou mãe) também terá em mãos o poder de decisão e controle sobre a vida do filho, podendo vê-lo a qualquer tempo, obedecendo ao princípio da isonomia conjugal e, conseqüentemente, ao princípio do exercício da parentabilidade, pois há que ser respeitado o direito do menor separado de um ou de ambos os pais em manter relações pessoais e contato direto com ambos de modo regular

4.2 Desvantagens da Guarda Compartilhada

Os pontos de críticas abordados pela doutrina em desvantagens à guarda compartilhada são:

- ✓ Exige maiores custos, requer moradias apropriadas e obriga a permanência dos pais no mesmo lugar, ou seja, no mesmo bairro, na mesma cidade ou no mesmo Estado onde vive o grupo familiar, para evitar que o menor tenha que se deslocar por uma longa distância;
- ✓ Esse sistema de guarda não deve ser adotado para casais que não sejam cooperativos e que não possuam diálogo um com o outro, pois os filhos sofrem com isso e, na verdade, eles devem ser isolados dos conflitos, garantindo seu bem-estar;

- ✓ Quando os pais não demonstram interesse em cooperar para o desenvolvimento do menor, ela não deve ser usada;
- ✓ É desaconselhada em caso de violência familiar comprovada ou com indícios de que um dos genitores praticou qualquer ato de violência contra o menor.

Algumas observações importantes: ao se fixar a residência ao menor, é importante que não haja alternância de lares, para garantir a estabilidade emocional e social que a criança necessita em sua formação. A guarda compartilhada não deve ser confundida com a guarda alternada, na qual os filhos deverão ficar obrigatoriamente, com cada um dos pais por tempo determinado, o que acarreta, como já dito, grande desvantagem à criança com mudanças em seu cotidiano, obrigando-o assim, a ter uma vida instável.

Em nível jurisprudencial, a guarda compartilhada ainda é vista com cautela, porém sempre visando o melhor interesse do menor como critério principal de suas decisões. É importante que não se privilegie desarmonia do ex-casal em detrimento do bem-estar de seus filhos, pois esses deverão manter o vínculo familiar com ambos os pais e se desenvolva respeitando os valores éticos e morais dos pais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto nesse artigo, pode-se notar que a sociedade sofreu evoluções, como a mulher no mercado de trabalho e a maior participação do homem na criação e educação dos filhos. As leis, antes sem muita preocupação com o bem estar da família, tornaram-se mais humanizadas, tornando o afeto e o bem estar prioridades nas famílias. Os valores ora escondidos atrás das leis, vieram para ajustar os lares, promovendo maior harmonia entre os cônjuges e filhos.

Houve, porém, implicações com essas evoluções, atreladas aos processos de urbanização, globalização e revoluções tecnológicas, cresceu entre as famílias o número de divórcios, separações e dissoluções conjugais, como também reduziu a taxa de natalidade entre os casais, conseqüentemente aumentando as disputas pela guarda dos filhos, trazendo a figura paterna maior participação pela guarda da prole, não ficando mais apenas como provedor e mero participante na criação destes.

Atualmente, todos os princípios constitucionais visam o bem estar do grupo familiar, principalmente no que diz respeito ao menor, os quais devem nortear toda decisão judicial que envolva a guarda. Novas modalidades de guarda foram surgindo, com o intuito de proporcionar à criança uma convivência saudável e harmoniosa com ambos os pais.

Das guardas citadas no artigo, a guarda compartilhada apresenta maiores vantagens psicológicas e sociais mediante separação a dissolução conjugal, levando apenas em consideração a relação parental e não mais conjugal dos ex-parceiros. A essa guarda ficou prestado o maior interesse do menor de convivência e de continuidade dos laços com o genitor não guardião.

E é importante que para sua aplicação, seja levada em consideração a aplicação do princípio basilar do melhor interesse do menor, visto que a situação da criança e do adolescente após a ruptura do casamento na maioria das vezes é de total fragilidade; sendo necessário que o vínculo existente entre pais e filhos independe de com quem ficará a guarda do menor seja mantido em todas as formas.

Analisamos o poder familiar dos pais em relação aos filhos, e dos deveres inerentes à paternidade e maternidade, buscando demonstrar que independentemente do fim de um relacionamento amoroso, os filhos advindos deste enlace necessitam, da melhor forma, ter suas necessidades e direitos observados, cabendo aos pais, e ao juiz em casos de desentendimento (em sua maioria), determinar ao poder de quem deverá o menor pertencer, ou se esse poder pertencerá a ambos.

Buscou-se demonstrar, através de diversos julgados colacionados no decorrer do desenvolvimento do trabalho, que a instituição a guarda deve observar o melhor para a criança a partir da análise do contexto que vivencia, analisando as relações dentro do lar, o tratamento que recebe de ambos os genitores, para o fim de determinar de qual forma será o menor atendido dentro de suas necessidades, instituindo a guarda será compartilhada, com residência fixa em um dos lares, mas com participação total de ambos os genitores em todas as decisões que envolvem o menor.

Conclui-se então que, a análise e aplicação deste princípio é um fator fundamental para instituir qualquer tipo de guarda que seja. E portanto, mesmo não havendo norma expressa na Constituição Federal, a guarda compartilhada pode ser aplicada, pois a legislação federal dá à criança a garantia de convivência familiar,

proteção integral, de superioridade a seus interesses, juntamente com outros dispositivos legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Código Civil de 2002.

Cabe aqui ainda citar a importância dos magistrados e membros do Ministério Público em relação à atenção a essa modalidade de guarda para que sejam garantidas uma boa convivência familiar e maior participação dos pais na vida dos filhos.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Editora Universitária, 1.981.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1.998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1.998.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1.990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Condeca, São Paulo, 1.996.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Marilene Silveira; GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira. **Guarda - Um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos**. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 477-496.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista brasileira de direito de família.n. 1, 2000, p.7 *apud* SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*. São Paulo: LED, 2006.p. 69.

NETO, Caetano Lagrasta. **Guarda conjunta**. Artigo publicado pela Editora Juarez de Oliveira. *apud* CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. 1.Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: Direito de Família**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Forense,2008, v.5.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.Vol. 6.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**. São Paulo: LED, 2006.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda compartilhada. Aspectos psicológicos e jurídicos**. Organizado pela Associação de pais e mães separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

BASILAR PRINCIPLE OF LESS INTEREST BEST AND REFLECTIONS OF GUARD SHARED

Fernanda Gomes da Silva¹

ABSTRACT

This article deals with the importance of the basic principle of the best interest when implemented the Shared Guard with its advantages and disadvantages. Bookcase, it discusses about the Law 13,058 / 2014, introduced in the Brazilian legal order as a means to enable the problems arising from divorces and separations. In addition, other legal instruments such as the Civil Code, the Child and Adolescent (ECA) and the Federal Constitution itself. Nessa tonic shared custody is a healthy way of permanence of the parental relationship of parents with children, on equal terms, preservation the minor's well-being. Therefore, an understanding in the field of this problem, granting joint custody while preserving the basic principle in less protection as the most important element of the relationship.

Keywords: Shared custody. Basic principle. Family power.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: hellownanda@hotmail.com