JENNIFER ELISIO DE SANT ANNA

**A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR.**

BACHARELADO EM DIREITO

**FEMA-FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2014**

JENNIFER ELISIO DE SANT ANNA

**A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DO MENOR**

**Monografia apresentada ao Departamento do
Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior),
como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica
do Prof^o. Dr^o Maurício Dorácio Mendes, e Orientação
Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.**

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de 2009

Assinaturas

Orientador (a): Maurício Dorácio Mendes

Examinador (a): Elizete Mello da Silva

Dedicatória

“Dedico aos meus pais Eisio e Sandra, que sempre acreditaram nos meus sonhos e nunca me deixaram desistir deles, eu amo vocês. Dedico também, ao meu esposo Junior, que sempre me apoiou, homem íntegro e dedicado por quem me apaixono todos os dias, e a minha filha Alice, fonte inesgotável de inspiração, a luz que nunca deixou nenhum dos meus sonhos se apagarem.”

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu a vida. Sem Ele nada teria sentido, nenhum projeto se concluiria. Por todo cuidado, carinho e proteção que o Senhor tem tido comigo durante toda a minha jornada.

A minha família, meus pais, irmãos, sempre tão presentes. Obrigada por acreditarem em mim e estarem sempre ao meu lado.

Ao meu Orientador Maurício Dorácio Mendes.

Aos meus amigos, que tornaram toda essa jornada mais leve. Obrigada por me confiarem tamanha amizade e amor.

A todos que torceram e contribuíram para a realização e conclusão desse trabalho.

Muito obrigada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DO PODER FAMILIAR.....	10
1.1- Conceito.....	10
1.2 - Conteúdo do Poder Familiar.....	10
2 DA GUARDA.....	13
2.1 - Conceitos de guarda.....	13
2.2 - Evoluções legislativas.....	13
2.3 - Cinco Etapas Distintas em relação a Guarda.....	16
2.4 - Modalidades de guarda.....	16
2.5 - Guarda Originaria e Guarda derivada.....	17
3 DA GUARDA COMPARTILHADA.....	18
3.1 - Conceito.....	18
3.2 - Sobre a divisão de tempo.....	20
3.3 - Direitos e Deveres dos pais.....	21
3.4 - Atos Ilícitos por parte do Menor.....	21
3.5 - Avaliação por parte do Juiz.....	21
4 - DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	23
4.1 - Legislação.....	23
4.2 - Aplicação.....	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	26
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	28

RESUMO

A presente pesquisa visa estudar a guarda compartilhada, respeitando e priorizando sempre o princípio do melhor interesse da criança. A saber, que tal assunto trata em sua origem do poder familiar, suas evoluções e desenvolvimento.

Trata além do poder familiar, a guarda de maneira geral, seu conceito na legislação brasileira e suas modalidades. Dentro deste conteúdo, trataremos da guarda compartilhada, com ênfase, no princípio do melhor interesse da criança. Do bom convívio que os pais deveram ter e uma vida de equiparação igual para que a guarda compartilhada possa ser exercida de maneira apropriada que não traga males e traumas para a criança.

Conclui que a guarda compartilhada é um meio de fazer com que a criança se sinta nas mesmas condições anteriores, quando seus pais ainda tinham laços de matrimônio. Porém só terá eficácia, quando a guarda compartilhada, propuser a criança condições de igualdade, ou seja, pais com rotinas parecidas casas com confortos igualados para a criança, e acima de tudo, pais que se respeitem e tenham um bom convívio entre eles.

Palavras-Chaves: Poder familiar, Guarda Compartilhada, Interesse do Menor.

ABSTRACT

This research aims to study the shared custody, respecting and always prioritizing the principle of the best interests of the child. Namely, that this issue is at its source of family power, its evolution and development.

Comes beyond the familiar power, guard general, its concept in the Brazilian legislation and its modalities. Within this content, treat the shared custody, with emphasis on the principle of the best interests of the child. The good life that the parents were to have a life and Match equal to that joint custody may be exercised in an appropriate manner that does not bring harm and trauma to the child.

Concludes that shared custody is a way to make the child feel the same conditions, when his parents still had bonds of matrimony. But only shall be effective when joint custody, the child proposes an equal footing, ie, parents with similar routines, homes with children matched for comforts, and above all, parents who are respected and have a good interaction between them.

Keywords: Family Power, Shared Guard, Interest of Minor.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade estudar a fundo a guarda compartilhada, respeitando sempre o princípio do melhor interesse do menor.

Quando os pais decidem por fim ao seu relacionamento, os filhos são diretamente afetados, por mais que os pais tenham respeito recíproco e bom convívio, a rotina da criança passa por transformações.

Ocorre que nossa legislação nos dá o suporte, no que se diz respeito a pensão alimentícia, porém isso suprirá somente as necessidades materiais da criança. Já as necessidades afetivas, emocionais, não caberão a finança.

Após a separação, a criança tem que passar pelo processo de determinação da guarda, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. em seu Art. 33'.

“A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

E foi a partir da guarda, prevista em nossa legislação que hoje podemos falar sobre a guarda compartilhada, que busca conciliar as todas as decisões tomadas a respeito da criança entre os dois pais, dividindo assim, preocupações, decisões, enfim, tudo o que diz respeito a criança, produzindo na mesma, sentimento de confiança, e conforto emocional, em se tratando dessa separação dos pais.

A Lei nº. 11.698/08 previu expressamente a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. O que antes cabia ao judiciário decidir, se haveria ou não a guarda compartilhada. Hoje, passou a ser obrigação nos casos onde os pais não se manifestam a respeito da guarda.

Teoricamente, a guarda compartilhada seria a melhor modalidade para a criação de uma criança cujos pais interromperam o matrimônio, com a separação de fato. Ocorre que na prática, essa modalidade de guarda, só terá eficácia e bom funcionamento se ambos os pais mantiverem um acordo, a respeito de todas as decisões a respeito da vida de seus filhos.

Se os pais não estabelecerem regras e não conviverem de forma amigável e flexível, a guarda compartilhada que seria uma forma de manter os padrões sociais, emocional e familiar da vida dos filhos, tornará um caos, causará traumas e insegurança no menor.

1 DO PODER FAMILIAR

1.1 - Conceito

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

A nossa Constituição Federal em seu artigo 226, §7.º, nos diz que "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

O Poder Familiar é o conjunto de direitos e deveres, onde os pais, tanto a mãe, quanto o pai, ambos tem a responsabilidade de suprir as necessidades para sustento e desenvolvimento de seus filhos menores.

1.2 - Conteúdo do Poder Familiar

Preceitua o artigo 1.634, do Código Civil que:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade e condição.

1.3 A Separação dos pais e seus efeitos negativos

Quando o casamento, ou União Estável, ou ainda qualquer outro relacionamento que tenha filhos, frutos de tal união chega ao fim, surgem efeitos negativos instantâneos.

Desses efeitos oriundos da separação, quatro deles são os mais comuns:

-Efeitos psíquicos: Esses efeitos surgem instantaneamente. Com o fim do relacionamento dos pais, os filhos ficam com o emocional, seu psicológico abalado. Ainda que os pais encontrem a melhor maneira de conduzir a separação, a ruptura da união causa um transtorno emocional na criança ou adolescente.

Transtornos estes que poderão ser rapidamente sanados ou piorados, dependendo da reação de cada criança e posicionamento dos pais.

- Efeitos Sociais: Este efeito, talvez já ultrapassado. Trata-se de um certo preconceito que a criança ou adolescente poderá sofrer na escola, ou em qualquer outro lugar social, devido à separação.

Porém este efeito tem se perdido, antes era muito forte sua presença. Pois há algumas décadas atrás, éramos formados, educados culturalmente a não se separar. E quando os pais, corajosos, na época, decidiam por fim aos seus relacionamentos. A sociedade condenava, as crianças agiam com preconceito em relação aos filhos de pais separados.

Todavia, nos dias de hoje essa vertente são totalmente ultrapassadas, as estatísticas viraram. Hoje é muito comum nas escolas, as crianças serem filhos de pais separados. O índice de separação vem crescendo cada vez mais.

- Efeitos Materiais: Com o rompimento da união do casal, é indiscutível que o padrão material do menor é alterado.

Automaticamente, na medida em que os pais abrem dois lares, já não sustentam em conjunto uma habitação só, o padrão material é alterado.

Por mais que haja a pensão alimentícia, a vida da criança, em relação ao financeiro, também muda. Ocorre em muitos casos, que a criança tem que deixar a casa onde viveu durante anos, o quarto que era seu, e tudo o mais para uma nova vida. E embora haja o sustento financeiro, tais mudanças de hábitos, podem causar efeitos negativos na criança ou no adolescente.

- Efeitos de Redução dos Vínculos de Afetividade

Outro efeito, e talvez o mais importante que a separação gera no menor é a Redução dos Vínculos de Afetividade.

Por mais que os genitores conversem e tomem o Máximo de cuidado possível em relação a isso, os laços afetivos sofrem com a separação.

Quando um relacionamento chega ao fim, e a guarda da criança fica com um dos genitores, o outro passa a ter um vínculo afetivo menor automaticamente. Por mais que este genitor vá em todas as visitas, passe os finais de semana e esteja presente em tudo o que se diz respeito ao menor. O tempo que ele passa a ter é muito menor do que quando era casado, ou mantinha um relacionamento com o outro genitor.

Esse efeito, por causar tanto caos ao relacionamento entre pais e filhos, é com certeza um dos motivos mais gritantes para a adoção do regime de guarda compartilhada.

2 DA GUARDA

2.1 - Conceitos de guarda

Previsto em nosso código civil , § 1 do art. 1583 , com redação dada pela Lei n. 11.698, de 13 de Junho de 2008, “compreende por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”

A guarda dos filhos é um dos focos mais litigiosos na separação de um casal.

A guarda deve proporcionar ao menor assistência material, moral e educacional ao menor.

De modo geral a guarda visa amparar, proteger, fiscalizar a vida do menor e todas as suas necessidades.

Segundo Edgard de Moura Bittencourt, a guarda,” Não se pode dizer que constitua apenas um múnus, num sentido exclusivo de obrigação, cuidado, proteção e zelo. Pois é certo que envolve, em contraposição aos deveres que acarreta, algumas vantagens materiais e imateriais em favor de quem a exerce, que podem ser erigidas na qualificação de direitos. Direitos morais, como o desfrute da companhia da criança, mantendo-a ou integrando-a na própria família, orientando-lhe a educação; direitos materiais, com proveitos patrimoniais diretos ou indiretos, como, em alguns casos, o usufruto dos bens do menor, a faculdade de reclamar restituição de gastos da pessoa que deva alimentos àquele. Quanto aos proveitos materiais indiretos, poderão ser lembrados os serviços que o menor venha a prestar, no lar ou no trabalho, aos quais nem sempre deva corresponder uma pretensão salarial”

Já, J.M Leoni Lopes de Oliveira nos oferece a seguinte definição: “a guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade, a guarda para os genitores é um direito e um dever

Diante do exposto, conclui se que a guarda é acima de tudo, o ato de proteger, a responsabilidade de educar e proporcionar afeto ao menor, até que ele atinja maioridade e possa responder por si.

2.2 - Evoluções legislativas

A guarda no direito brasileiro é prevista desde o final do século XIX, através do decreto 181, de 1890, artigo 90, segundo o qual: A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for

inocente e pobre.
(<http://jus.com.br/artigos/13965/guarda-conjunta-em-busca-do-maior-interesse-do-menor/2>)

O Código Civil de 1916 cuidou dos casos de separação judicial consensual, caso em que o juiz observará o que os separandos decidiram a respeito da guarda de filhos, e separação judicial litigiosa, caso em que surgiam três hipóteses:

A) havendo cônjuge inocente, a ele era deferida a guarda;

B) se ambos os cônjuges eram considerados culpados, então a guarda das filhas e dos filhos até os seis anos era concedida à mãe, e os filhos após a idade de 6 anos ficavam com o pai;

C) havendo motivos graves, o juiz regulava de maneira diferente, sempre a bem dos filhos.

A próxima espécie legislativa a tratar do assunto foi o Decreto-lei nº 3.200, de 19-4-1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, sendo que em seu art. 16 mandava que o filho ficasse sob o poder do genitor que o reconheceu ou se ambos o reconheceram, sob o poder do pai.

A Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) introduziu algumas modificações no que diz respeito à dissolução litigiosa, mantendo inalterado o regramento sobre a dissolução consensual. Assim, o Código Civil passou a reger o assunto da seguinte maneira:

A) Havendo cônjuge inocente, sob o poder deste ficariam os filhos;

B) Se ambos os cônjuges fossem culpados, a prole ficaria sob a guarda da mãe, não mais persistindo a determinação pelos critérios da idade e do sexo;

C) Verificando que os menores não poderão ficar sob a guarda do pai nem da mãe, pois nesse caso aqueles incorreriam em sérios prejuízos, então a guarda seria deferida a terceira pessoa da família ou não dos pais.

Em seguida, a Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, introduziu algumas alterações no Decreto-lei nº 3.200/41, mais especificamente em relação ao art. 16, acrescentando-lhe dois parágrafos. Destarte, a redação ficou assim:

Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

§ 1º. Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2º. Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor.

A próxima criação legislativa foi a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que além de manter as disposições acrescentadas pela Lei nº 5.582/70, ainda previu novas situações. Assim é que:

A) Em caso de dissolução da sociedade conjugal consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordaram a respeito da guarda de filhos (art. 9º);

B) No caso de dissolução litigiosa, em que existe apenas um cônjuge responsável, ao outro será dada a guarda dos filhos (art. 10, caput);

C) Se ambos forem responsáveis pela dissolução conjugal, então a guarda será dada preferencialmente à mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo para os menores (art. 10, § 1º);

D) Verificando o juiz que os filhos não devam ficar sob o poder da mãe nem do pai, a guarda será concedida a terceiro parente ou não (art. 10, § 2º);

E) Em caso de separação fática há mais de um ano, a guarda será concedida àquele dos pais com quem já estava quando da separação (o legislador houver por bem manter o status quo – art. 11);

F) Finalmente, na hipótese de separação ou divórcio conseqüente a doença mental de um dos cônjuges, os filhos ficarão sob a guarda daquele dos pais que estiver em condições normais de exercê-la (art. 12).

Não se pode deixar de salientar que o art. 13 reforçou o poder discricionário e moderador do juiz que deverá atuar sempre em busca do maior interesse do menor, pois de acordo com aquele dispositivo, o juiz poderá regular a situação dos pais para com os filhos de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores, caso haja motivos graves que o autorizem a tanto, sempre no interesse dos filhos.

Por fim, cumpre sobressaltar o último e mais atual dispositivo a respeito da guarda de filhos em nosso direito, que é o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que, todavia não introduziu maiores modificações às leis precedentes, a não ser, é claro, o art. 1584, que agora, em caso de dissolução decorrente da responsabilidade de ambos os genitores, defere a guarda àquele que revelar melhores condições para exercê-la, reafirmando a isonomia entre os sexos pontuados pela Constituição Federal de 1988.

2.3 - Cinco Etapas Distintas em relação a Guarda

1. A Culpa na Separação: O genitor culpado na separação perdia inquestionavelmente a guarda do filho. Porém, depois de algum tempo, essa solução jurídica não teve mais sustento.

2. Guarda Materna: reconhecendo na mãe a guardiã natural dos filhos. A guarda sempre era materna. Não havia discussões. Quando a união chegava ao fim, a guarda era totalmente da mãe.

3. Guarda Paterna: Passou se a reconhecer lentamente, a certa distância, que talvez o pai pudesse ter aptidão para ter a guarda do filho. Porém essa vertente ficou tão somente em discussões doutrinárias.

4. Decisões dos Tribunais: Com o passar do tempo, os Tribunais, em alguns casos, decidiam que os filhos adolescentes podiam ficar sob a guarda do pai, ao passo que os filhos menores, recém nascidos, teriam que ficar invariavelmente com a mãe.

5. Guarda Compartilhada: Em 2008, a Lei 11.698/2008, nos trouxe uma nova modalidade de guarda: A Guarda Compartilhada.

Essa modalidade veio para tentar sanar os efeitos negativos causados pela separação e também para que ambos os pais possam participar de forma presente em todos os momentos da vida dos filhos.

2.4 - Modalidades de guarda

Segundo Waldyr Grisard temos três modalidades de guarda, são elas: a guarda comum, desmembrada ou delegada.

A guarda comum permite que o menor mantenha o mesmo contato que tinha antes dos pais romperem conjugalmente, dando assim deveres e obrigações iguais aos genitores.

Na guarda comum, embora os relacionamentos dos pais tenham chegado ao fim, à intenção é que nada mude na vida da prole, que os genitores participem igualmente da vida do menor.

Já a guarda desmembrada é aquela que é concedida a um terceiro, dada por intervenção do Estado, mas para que isso ocorra é necessário que existam motivos valorosos que autorizem essa medida, visando sempre o melhor interesse do menor. A guarda desmembrada é delegada, pois é exercida em nome do Estado.

2.5 - Guarda Originaria e Guarda derivada

A guarda originaria decorre diretamente e naturalmente dos pais, pois é evidente que são eles que devem guardar e proteger o menor, não é necessário a intervenção do Estado. Guarda originaria não precisa de determinação judicial.

A guarda derivada só ocorre quando o juiz interpor e por lei, pois esta está prevista, em seus artigos 1.729 a 1.734 do Código Civil, ou nos termos do artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 - Conceito

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

A Lei 11.698/2008 nos diz que:

Os PRESIDENTES DA REPÚBLICA Fazem saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

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.

§ 4º (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, Luiz Paulo Teles Ferreira, Barreto; José Antonio Dias Toffoli.

O que mudou com essa nova Lei, foi uma chancela oficial, uma chancela legislativa de um procedimento que vem inteiramente amparar, proteger os interesses da criança e do adolescente, quando da separação de seus pais.

Pois o ideal para a criança e para o adolescente é que os seus pais, apesar de separados como casal, continuem partilhando, participando, dividindo conjuntamente os deveres, as responsabilidades de sua criação.

Apesar da separação, os pais estarão instados a dividir as responsabilidades, buscando sempre atender da melhor forma possível os interesses desse menor.

A guarda compartilhada tem ganhado cada vez mais espaço, no tocante a decisão dos pais quando há o rompimento conjugal. A guarda compartilhada visa estabelecer um equilíbrio, um controle entre os pais para regerem a vida da prole da mesma maneira de quando os pais ainda mantinham união conjugal.

A guarda compartilhada não quer dizer que os pais vão dividir o tempo para o menor, mas sim o aproveitamento mais saudável e eficaz que o filho passará com cada pai.

A Guarda Compartilhada é um regime que atribui ao pai e a mãe a divisão das responsabilidades pelas decisões importantes na vida do filho.

Ou seja, os pais que optarem pelo sistema de Guarda Compartilhada terá que decidir de modo igual onde o filho estudará, se o mesmo estudará alguma língua estrangeira, se fará alguma atividade física, quem buscará no colégio. Enfim, tem que existir uma participação muito ativa na vida do filho.

3.2 - Sobre a divisão de tempo

Na Guarda Compartilhada, supõe que haverá uma divisão igualitária do tempo passado com o menor.

O mesmo tempo que um dos genitores passarem com o filho, o outro também irá passar.

O que difere das outras modalidades de guarda é que na Guarda Compartilhada não tem um tempo determinado para cada um dos genitores estarem com a criança. Supõe que ambos participaram de forma ativa em todas as atividades e responsabilidades relativas a criança, o que dispensa a determinação de tempo para cada genitor.

Ambos os pais devem participar ativamente no cotidiano do menor. Os dois freqüentando as reuniões escolares, acompanhando de perto todo desenvolvimento de seu filho. Porém isso exige uma maturidade emocional dos pais.

Os pais tem que conseguir o litígio que causou a separação e se concentrar na figura de pais da criança., que apesar de optarem por seguirem caminhos, vidas diferentes, vão juntos, buscar o que é melhor para o seu filho.

3.3 - Direitos e Deveres dos pais

Na guarda compartilhada, os direitos e deveres dos pais são igualitários. Diferentemente da guarda comum, ou unilateral, “onde um dos cônjuges , ou alguém que o substitua , tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas” (GONÇALVES, Carlos Roberto).

Essa modalidade de guarda compartilhada tem sido aceita não somente pelos pais, mas psicólogos e analistas, garantes através de análises que essa opção é eficaz para o bem estar do menor.

Os pais que adotaram essa modalidade de guarda, tem em conjunto, de maneira igual, educar, decidir e conduzir a vida do menor e todas as decisões tomadas no que se diz respeito a ele juntos, dividindo e compartilhando todas as obrigações , e também usufruindo de todos os direitos sobre o menor.

O sistema da Guarda compartilhada veio em 2008, expresso na Lei 11.698/2008 para coroar a idéia de que é preciso atribuir à paternidade responsável. A Guarda Compartilhada exige uma ação participativa de ambos, sendo muito positivo tanto para os pais, como principalmente, para os filhos.

3.4 - Atos Ilícitos por parte do Menor

No tocante aos atos ilícitos praticados pelo menor, independente da modalidade de guarda adotada pelos pais, vale frisar que a responsabilidade dos genitores é totalmente solidária.

Pouco importa qual tenha sido o regime de guarda adotado. Se a criança ou o adolescente cometer algum ato ilícito , os pais responderam solidariamente.

3.5 - Avaliação por parte do Juiz

Na Guarda Compartilhada, o Juiz tem que avaliar se o casal tem condições de adotar esse sistema. Caso contrário, uma medida que foi feita para melhorar o relacionamento entre pais e filho, pode acabar piorando.

Se o casal não tem condições mínimas de convivência diária em favor do filho que eles fizeram, causará tantos conflitos, que ao em vez de melhorar, irá causar prejuízos severos em relação a criança.

Na avaliação do juiz, ele deixará claro que o poder familiar não se alterará na guarda compartilhada.

4 - DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

4.1 Legislação

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 227, o princípio da prioridade absoluta da criança como norma a ser cumprida, onde “a proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social.”

O Princípio do Melhor Interesse do Menor ganhou grande espaço no Direito de Família justamente por atender as necessidades do mesmo, da melhor forma possível para o menor sem causar- lhe danos, sejam eles físicos, psíquicos ou emocionais.

Este princípio passou a ser elemento primordial dos ordenamentos, nesse aspecto. Assim o legislador instruiu que os Tribunais, os juízes devem solucionar os litígios, referentes ao menor, levando sempre, acima de tudo, o melhor interesse do mesmo.

O Brasil acolheu os Tratados Internacionais de Direitos Humanos relacionados à criança e ao adolescente, tendo suas decisões políticas e jurídicas voltadas para o mesmo.

A Convenção que tratou dos direitos da criança e do adolescente, vigente em 1990, tornou preciso e fundamental o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Segundo PIOVESAN:

A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. (PIOVESAN, 2009, p. 282).

“A não discriminação e o interesse superior das crianças devem ser princípios fundamentais em todas as atividades dirigidas à infância, levando na devida consideração a opinião dos próprios interessados.”.
“Piovesan (2009, p. 283)”.

O Superior Tribunal Federal tem julgado nas decisões que envolvem a criança e o adolescente sempre partindo do Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Esmiuçando o artigo constitucional supracitado, a Lei 8.069 de 1990, mais conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA adotou a doutrina jurídica da proteção integral, regulamentando os direitos

fundamentais da infância e adolescência propostos no art. 227 da Constituição, como bem exposto abaixo:

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

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 (grifo nosso).

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (<http://jus.com.br/artigos/22786/a-aplicacao-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-nos-litigios-de-guarda#ixzz3CdS4BpJ5>)

4.2 - Aplicação

Acerca do tema a melhor doutrina preceitua que o princípio do melhor interesse da criança atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. Por isso, na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio de forma ampla, como, aliás, ocorre em diversos setores da normativa jurídica. (ARAÚJO, 2008, p.525).

Quando tratamos de guarda compartilhada, não podemos deixar de frisar que essa modalidade de guarda só terá eficácia se respeitado o princípio do melhor interesse do menor. Quando os pais fragmentam sua família, com o fim da união conjugal, os filhos podem sofrer muito com tão decisão.

É pensando no sofrimento e na dor que essa separação causa, que a guarda compartilhada tem sido as mais benéficas das modalidades de guardas.

No entanto, essa modalidade só terá efeito, se a condição que o menor passara a viver for de igualdade, se tiverem vínculos e uma boa estrutura para que não abale psicologicamente o menor.

Pais que ao se separarem vivem em discórdia, não são apropriados para compartilharem a guarda, outro fator é em que condições os pais vivem separadamente, rotinas, horários, etc.

Se os pais não forem de comum acordo nas decisões tomadas a respeito da prole, de nada adiantara ter a guarda compartilhada. Se as condições físicas de ambas as residências onde os filhos passaram a maior parte do tempo não forem apropriadas, também não será uma medida eficaz.

Pois para a guarda compartilhada ter efeito pleno, os métodos de educação, disciplina, devem estar igualados, para que não afete a criança psicologicamente e até fisicamente.

Um exemplo disse é uma mãe que tem horário e rotina a ser seguida na vida do filho, matem uma relação de afeto exemplar, a criança tira boas notas e tem bom comportamento, mas quando vão para a casa do pai, as rotinas são totalmente diversas daquela em que o menor está adaptado, sem horários, sem responsabilidades, sem conforto. Isso gera um descontrole emocional na criança, uma confusão que não trará nenhum benefício ao mesmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visou investigar a maneira mais apropriada de adotar a guarda compartilhada entre os pais, sem ferir o princípio do melhor interesse do menor.

Destacou - se a necessidade que o menor tem de ter em sua vida, pais participativos e responsáveis. O estudo objetivou que a guarda compartilhada só tem eficácia quando os pais tiverem um bom convívio entre eles e participarem da vida do menor, de maneira a proteger, cuidar, amar essa criança, independentemente do fim da união conjugal.

A Guarda Compartilhada só terá êxito se os pais tiverem a maturidade de separar a questão “ex casal”, com as de pais do menor. “Ex casal” pode discutir, brigar, se separar, já os pais tem que unir esforços em prol do filho. Os pais que adotam esse regime de guarda têm que ter o amadurecimento emocional para superar diferenças pessoais e buscar o melhor interesse do filho.

Nesse contexto, a Guarda Compartilhada só pode existir de forma consensual. Não tem como o juiz impor uma Guarda Compartilhada aos pais que não mantêm um relacionamento harmônico. Se o “ex casal” está litigando, não há como se impor uma guarda compartilhada.

O principal ponto positivo da Guarda Compartilhada é deixar claro que pai não deixa de ser pai e mãe não deixa de ser mãe com a separação. Eles têm deveres, obrigações que precisam se manter inalterados após a separação. A nova Lei fala que a Guarda Compartilhada é a co-responsabilização, ambos os pais, juntos vão buscar o desenvolvimento saudável do seu filho.

O norte principal é o interesse do menor. Seguindo toda a idéia criada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o interesse maior da Criança e do Adolescente é o que prevalece sempre. Essa questão é passível na Jurisprudência que é o interesse dos filhos que prepondera, na guarda, nas visitas, nos alimentos.

É importante para a criança, para o adolescente ter um norte, ter regras, até por que é da natureza da criança testar limites. Então os pais têm que possuir uma harmonia entre entres, inclusive em relação às regras, as regras de ambos devem ser a mesma, para que não fique um vácuo normativo e cause conflitos na educação e desenvolvimento do menor.

A Guarda Compartilhada como Instituto, como idéia de comportamento é o ideal. Lembrando que não se pode tentar impor o

consenso, o consenso nasce das pessoas. A idéia de separação não se diz respeito à perda de responsabilidade, muito pelo contrário, com a separação, a responsabilidade deve dobrar, e os pais dever participar juntos de todas as decisões tomadas em relação à vida dos filhos. É a partir desse ponto que a Guarda Compartilhada tem sido a melhor maneira de criar e participar da vida dos filhos, sem que sobrecarregue somente um dos genitores.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, pp. 281 – 296.

VADE MECUM SARAIVA, 11 edição- Constituição Federal, artigo 226, §7.º

Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Art. 33'

Código Civil Brasileiro, artigo 1.634.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Com quem fico com papai ou com mamãe? Direito de Família e Ciências Humanas**. Cadernos de Estudos Brasileiros.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, **Guarda, tutela e adoção**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Carlos Roberto Gonçalves, **Direito civil brasileiro - v 6 direito de família - 8ª edição**.