

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO
PATROCÍNIO
Graduação em Direito**

**GUARDA COMPARTILHADA: Garantias e efetividade da lei
13.058/14**

Jordânia Silva Souza

**PATROCÍNIO - MG
2017**

JORDÂNIA SILVA SOUZA

**GUARDA COMPARTILHADA: Garantias e efetividade da lei
13.058/14**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Cerrado Patrocínio.

Orientador: Prof. Esp. Luciano dos Reis Guimarães.

FICHA CATALOGRÁFICA

340 S713g	Souza, Jordânia Silva Guarda Compartilhada: garantias e efetividade da lei 13.058/14/ Jordânia Silva Souza. – Patrocínio: Centro Universitário do Cerrado, 2017.
	Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário do Cerrado – Graduação em Direito.
	Orientador: Profº. Luciano dos Reis Guimarães
	1. Filhos. 2. Guarda Compartilhada. 3. Direitos.

**REGULAMENTO DO TCC
CURSOS DE GRADUAÇÃO DO UNICERP**



ATA DE DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos doze dias do mês de dezembro de 2017, às _____ horas, em sessão pública na sala 601-05 deste Campus Universitário, na presença da Banca Examinadora presidida pelo(a) Professor(a) Ricardo dos Reis Guimarães e composta pelos examinadores:

1. Rodrigo Elias Reis Araújo
2. Juliano Rosa de Oliveira

o(a) aluno(a) Gordania Silva Souza apresentou o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Quarto Comprometida: garantias de efetividade da Lei 13.058/14

como requisito curricular indispensável para a integralização do Curso de Direito. Após reunião em sessão reservada, os professores decidiram da seguinte forma: O Avaliador 01 decidiu pela aprovação o Avaliador 02 decidiu pela aprovação, sendo resultado final da Banca Examinadora, a decisão final pela aprovação do referido trabalho, divulgando o resultado formalmente ao aluno e demais presentes e eu, na qualidade de Presidente da Banca, lavrei a presente ata que será assinada por mim, pelos demais examinadores e pelo aluno.

Ricardo dos Reis Guimarães
Presidente da Banca Examinadora

[Assinatura]
Examinador 01

[Assinatura]
Examinador 02

Gordania Silva Souza
Aluno

DEDICO este estudo aos meus pais Sebastião Hirlei e Maria de Fátima, que me apoiaram sempre, aos meus irmãos Mário e Neto, aos meus avós Maria das Dores, Maria Rosalina e Oswaldo Pires, à minha madrinha Vanilda, a todos os meus familiares e amigos que não me deixaram fraquejar. Ao professor Luciano dos Reis Guimarães, que não mediu esforços para me ajudar nessa batalha fazendo com que eu trilhasse os caminhos do conhecimento; e a todos os meus mestres.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado força pra vencer mais essa batalha em minha vida;

Ao meu paizinho Sebastião Hirlei, que me ensinou valores e me fez ser a pessoa que sou hoje;

À minha mãe Maria de Fátima, minha melhor amiga, que sempre me apoiou e amparou com seu amor incondicional de mãe;

Aos meus irmãos Mário e Neto que sempre estão ao meu lado;

Aos meus familiares, avós, tios, primos, e amigos que sempre me apoiaram, me ajudando a retirar as pedras que por ventura me eram atiradas;

Em especial, agradeço ao vovô Oswaldo e madrinha Vanilda: não há palavras suficientes para agradecer tudo que vocês fizeram para que eu concluísse meu curso.

À minha sobrinha e afilhados, é para vocês que a titia/dindinha olha e tira forças pra seguir em frente cada vez que pensa em desistir.

A todos, que direta ou indiretamente, me ajudaram de alguma forma, e que acreditaram que seria capaz de vencer, meu muito obrigada!

Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes.

Marthin Luther King

RESUMO

Este estudo teve como objetivo analisar a efetividade da Lei 13.058/2014, a Lei da guarda compartilhada. Ela é uma das mais recentes conquistas no sistema jurídico brasileiro e vem para, assim como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil, proteger os filhos, em caso de separação dos pais, preservando os direitos de seu convívio com ambos os genitores, respeitando sempre o melhor interesse dos filhos. Trata-se de um estudo bibliográfico, a partir de material disponível nas bibliotecas e em sites seguros da internet. A guarda compartilhada é um modelo que privilegia a igualdade dos genitores na criação e companhia dos filhos, pregada em vários diplomas legais, garantindo a ambos seus direitos e deveres em relação à prole após o rompimento do vínculo familiar, tendo como polo norteador os interesses desses, para que todos os seus direitos e deveres sejam efetivamente preservados. Foi possível concluir que, apesar de ser regra, ela o é oferece melhores condições para os filhos menores manterem uma relação saudável com os pais, mesmo após a sua separação, considerando-se a manutenção de vínculos importantes para a formação integral da criança e do adolescente, além da responsabilização parental dos genitores, sem distinção entre pai e mãe.

Palavras-chave: Filhos. Guarda compartilhada. Direitos.

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	FAMÍLIA	13
2.1	Conceito e evolução de família.....	13
2.2	Poder familiar.....	16
3	PRINCÍPIOS DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS	19
3.1	Prioridade da dignidade da pessoa humana.....	20
3.2	Princípio da proteção integral da criança e do adolescente.....	22
3.3	Princípio da afetividade.....	24
3.4	Princípio da igualdade.....	25
3.5	Princípio do melhor interesse.....	25
4	O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA 1990	27
5	A GUARDA E SUAS MODALIDADES	30
5.1	Conceito de guarda.....	31
5.2	Guarda unilateral.....	34
5.3	Guarda alternada.....	35
5.4	Guarda compartilhada.....	35
6	ANÁLISE DA LEI 13.058/2014	38
6.1	Efetividade da Lei nº 13.058/2014 sob o prisma do melhor interesse da criança e do adolescente.....	38
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

A guarda de filhos menores, após a separação do casal ou mesmo se esse não dividir a convivência, é um fato cada vez mais presente nos tribunais. É um tema polêmico na esfera jurídica, tendo, também, desdobramentos emocionais para os envolvidos.

A dissolução da união conjugal não pressupõe implicações somente no destino dos ex-cônjuges/ex-companheiros, mas também para a prole do casal. Diante dessa situação, muitas vezes surge uma disputa pela guarda dos filhos menores.

Por mais amigável que possa ocorrer, o rompimento da relação conjugal pode trazer consequências indesejáveis para os envolvidos; o problema se agrava quando a separação é litigiosa, na qual caberá ao judiciário decidir quem será apontado como guardião, ou seja, o responsável por cuidar do menor, tendo em vista seu bem estar físico, emocional e afetivo.

A criança e o adolescente, conforme previsto na Constituição Federal, são sujeitos de direitos, necessitando de cuidado e de proteção. Com isso, a instituição da guarda compartilhada como regra, através da Lei 13.058/2014, traz à luz da Doutrina questões de discussão, como sendo a modalidade que melhor atenderá aos interesses desses sujeitos.

A Lei 13058/2014, Lei da Guarda Compartilhada, é uma das mais recentes conquistas no sistema jurídico brasileiro. Ela vem para, assim como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil, proteger os filhos, em caso de separação dos pais, preservando o direitos de seu convívio com ambos os genitores, respeitando sempre o melhor interesse dos filhos.

A escolha do tema justifica-se devido a sua grande importância no direito de família, estando diretamente ligado aos direitos da criança e do adolescente, cuja previsão

encontra-se na legislação em vigor, além de tratar-se de um assunto atual e que vem sendo bastante abordado nos Tribunais.

O Estado Democrático de Direito possui como um de seus objetivos primordiais a proteção da família e a garantia dos direitos da criança e do adolescente, de maneira que estes se desenvolvam de forma saudável, em aspectos essenciais, como moral, psicológico, emocional, físico, etc. Diante disso, percebe-se que o interesse do menor se sobrepõe aos interesses dos genitores, devendo ser tratado como prioridade absoluta, considerando acima de tudo o seu bem estar.

O objetivo proposto é analisar a guarda compartilhada de filhos menores, após a dissolução da sociedade conjugal, considerando que a convivência da criança com seus genitores deve favorecer seu pleno desenvolvimento físico, pessoal e emocional.

Assim, busca-se responder à seguinte questão: com a dissolução da sociedade conjugal, a Lei 13.058/2014, da guarda compartilhada, apresenta efetividade sob o prisma do melhor interesse da criança e do adolescente, favorecendo seu pleno desenvolvimento?

Com o propósito de responder tal pergunta, e responder à problemática estabelecida, este estudo foi dividido em capítulos.

No capítulo dois será abordado o conceito de família e sua evolução histórica na sociedade, bem como o poder familiar, sendo que esse se impõe para que ambos os genitores exerçam seus direitos e deveres em relação à família/filhos.

O capítulo três aborda os princípios dos direitos das famílias, sendo: o princípio da dignidade humana, da proteção integral da criança e do adolescente, princípio da afetividade, da igualdade e do melhor interesse das crianças e adolescentes. Tais princípios norteiam as decisões no ordenamento jurídico.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA é um estudo presente no capítulo 4, sendo que toda a matéria aqui tratada é relativa e de interesse dos filhos menores, resguardando seus direitos e melhor interesse.

Dando sequência à temática específica, o capítulo 5 conceitua guarda e apresenta um estudo das três modalidades, sendo a unilateral, a alternada e a compartilhada. O estudo das espécies de guarda presentes no ordenamento jurídico garantirá a compreensão da guarda compartilhada, objeto deste trabalho.

No capítulo 6, faz-se uma análise da Lei 13.058/2014, Lei da guarda compartilhada, sua efetividade, sempre considerando o prisma do melhor interesse da criança e do adolescente.

A presente pesquisa teve caráter bibliográfico, ressaltando que o uso da doutrina é a base conceitual para o aprofundamento de um tema, e isso só foi possível através de leituras selecionadas e devidamente analisadas e compreendidas.

Buscou-se, por meio dessas pesquisas, verificar, ou pelo menos entender se, de fato, a aplicação da guarda compartilhada realmente atinge o princípio do melhor interesse do menor.

2 FAMÍLIA

2.1 Conceito e evolução de família

A família é uma forma de agrupamento, considerado como grupo social primário e que acompanha a história da humanidade.

É a base estrutural da sociedade e de todos os indivíduos, pois tudo se baseia nela e tem nela sua estrutura. É no grupo familiar que são vivenciadas as maiores alegrias, as tristezas, decepções, medos e angústias. É por meio da família que o indivíduo se fortalece e contribui para o desenvolvimento da sociedade.

Conforme o artigo 226 da Constituição Federal do Brasil, a família é a base da sociedade e cabe ao Estado protegê-la.

O ser humano precisa viver em sociedade e em agrupamentos unidos por laços consanguíneos e ou afetivos, considerando que o vínculo afetivo é prerrogativa da espécie humana, “seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos têm à solidão. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar” (DIAS, 2013, p. 27).

Nas palavras de Orlando Gomes, família é “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção” (GOMES, 1998, pag. 35).

Já mais atualizado, mas mantendo a mesma linha de pensamento, Gonçalves (2014) aponta que:

O vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins (GONÇALVES, 2014, p. 17).

O conceito de família vem se alterando ao longo do tempo, mas é preciso atentar que essas transformações trazem consigo variações de valores, de tradições, questões culturais e costumes.

As diferentes formas de organização familiar foram inventadas pelos humanos ao longo da história, decorrentes das necessidades materiais de sobrevivência e de reprodução da espécie, nem sempre centrado na figura do homem (Narvaz; Koller, 2006).

A evolução pela qual passou a humanidade em seus vários aspectos vem dando lugar, também, a mudanças sociais e, com isso, as famílias vêm passando por transformações e ou adaptações.

Para Maciel (2014, p. 117), “muitas são as teorias acerca da evolução da família”. A Constituição de 1824 não faz referência à família ou ao casamento, não sendo diferente na Carta Magna de 1891. Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 “os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, respeitando-se suas individualidades e seus direitos fundamentais” (MACIEL, 2014, p. 118).

De acordo com Oliveira e Hironaka (2003) apud Dias (2013), o antigo Código Civil, datado de 1916, considerava em sua regulação somente a família constituída pelo matrimônio; impedia sua dissolução, fazia distinção entre seus membros e discriminava pessoas unidas sem o casamento e, por conseguinte, os filhos gerados dessas relações. Excluía direitos dessas pessoas, na tentativa da preservação do casamento.

A família passou, ao longo da história, por evoluções importantes, que forçaram sucessivas alterações legislativas, sendo a mais importante, o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, que devolveu à ela plena capacidade, deferiu-lhe bens

reservados que lhe asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com seu próprio trabalho (DIAS, 2013).

Outro marco importante no que concerne às famílias, no Brasil, foi a instituição do divórcio, no ano de 1977, que acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Nas doutrinas atuais, a família é entendida não somente como uma instituição decorrente do matrimônio, a partir de propósitos econômicos, políticos ou religiosos. Passa, então, “a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros [...] o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens e que possui como elemento nuclear o afeto” (MACIEL, 2014, p. 119).

A ideia de família convencional, decorrente do casamento, tem dado lugar a uma nova certeza: as relações afetivas têm sido o constitutivo dos vínculos interpessoais estabelecidos. “É o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano.” É o vértice social mais inovador, dentre os novos, considerando que “a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade enseja o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida” (DIAS, 2013, p. 58).

Lobo (2004), apud Dias (2014) afirma que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, propondo relações saudáveis de respeito mútuo, de igualdade, com forte traço de lealdade, onde não há espaço para a indevida ingerência do Estado com base em razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais. O grupo familiar se identifica pela comunhão de vida, de amor e de afeto, em um plano de igualdade, de liberdade, de solidariedade e responsabilidade recíproca.

Para Maciel (2014), a noção moderna de família está em constante transformação e renovação, abrangendo vários conceitos, podendo seus membros se unirem por laços naturais, por afinidade ou simplesmente pela vontade de seus membros em se tornarem parentes ou companheiros.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988, enxerga a família não mais no sentido de ser destinada a reprodução, uma vez que esta passou a ser considerada como um ambiente de afeto e desenvolvimento social do ser humano.

Assim, entende-se que a família deixa de ser originária exclusivamente do casamento entre homens e mulheres, passando a garantir outras formas de concepção, essas baseadas no afeto e no amor mútuo entre seus membros.

2.2 Poder familiar

Entende-se como poder de família os direitos e obrigações em relação aos filhos menores não emancipados, estabelecidos pelo Código Civil. Esses direitos e obrigações pertencem aos pais na mesma proporção; trata-se do poder decisório quanto à pessoa do menor e aos bens que dispor, bem como sua educação e seu desenvolvimento.

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.(Código Civil, 2002)

Maciel (2014, p. 137) entende que:

O poder familiar, pois, pode ser definido como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais, em relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse desse último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não podem transferir título gratuito ou oneroso.

É importante destacar que, na falta de um dos genitores, cabe ao outro cuidar e zelar pelo bem do menor, tendo em vista que ele necessita de proteção, cuidado, amor, amparo e educação. Faz-se necessário que o menor tenha alguém que cuide dele, resguardando seus direitos.

Diante disso, o Estado intervém na proteção da criança e do adolescente fiscalizando o efetivo exercício do poder familiar. Diniz (2013, p. 612) aponta que:

Todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens. Com escopo de evitar o jugo paterno-materno, o Estado tem intervindo submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle ao limitar, no tempo, esse poder; ao restringir o seu uso e os direitos dos pais.

Segundo os preceitos contidos no código civil em vigor, a denominação poder de família foi alterada pela lei 12.010/2009, isto porque anteriormente a expressão utilizada era pátrio poder, que significa a supremacia do homem na condução da família, sendo que todos lhe deviam respeito incondicional. Porém, aplica-se o mesmo fundamento da busca da proteção integral da criança, sob os direitos e deveres dos pais.

Na organização patriarcal, consolidada enquanto instituição na Roma Antiga, o patriarca tinha sob seu poder a mulher, os filhos, os escravos e os vassalos, com direito à vida e à morte desses, prevalecendo seus atos sobre a autoridade do Estado. O patriarca poderia tornar seu filho um escravo e até vendê-lo (XAVIER, 1998, apud NARVAZ; KOLLER, 2006).

É importante ressaltar que o patriarcado não designa o poder do pai, mas o poder dos homens, ou do masculino, enquanto categoria social.

O patriarcado é uma forma de organização social na qual as relações são regidas por dois princípios básicos: 1) as mulheres estão hierarquicamente subordinadas aos homens e, 2) os jovens estão hierarquicamente subordinados aos homens mais velhos. A supremacia masculina ditada pelos valores do patriarcado atribuiu um maior valor às atividades masculinas em detrimento das atividades femininas; legitimou o controle da sexualidade, dos corpos e da autonomia femininas; e, estabeleceu papéis sexuais e sociais nos quais o masculino tem vantagens e prerrogativas (Millet, 1970; Scott, 1995 apud NARVAZ; KOLLER, 2006).

Na organização social brasileira, desde a colonização do país, o patriarcado tem fortes raízes, sendo que, mesmo com a queda e desintegração, “permaneceu na vida e na política brasileira através do coronelismo, do clientelismo e do protecionismo” (CHAUI, 1989, apud NARVAZ; KOLLER, 2006). A posição da mulher

na família e na sociedade do Brasil representa resquícios dessa organização patriarcal.

Em resumo, para Maciel (2014), o poder familiar engloba direitos e deveres quanto a tudo que diz respeito aos filhos, sendo exercido pelos pais em regime de colaboração mútua e em igualdade de condições, sempre considerando o melhor interesse daqueles que estão sob sua proteção, tendo em vista suas condições peculiares de desenvolvimento.

3 PRINCÍPIOS DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS

Princípio consiste em regramento básico, aplicável a um determinado instituto jurídico e que é abstraído das normas da doutrina. São de extrema importância no ordenamento jurídico, orientando para a solução de conflitos no âmbito jurídico e principalmente na integração das leis.

No direito de família muitos litígios são solucionados através da aplicação de determinados princípios norteadores da norma jurídica.

Eles são importantes para o ordenamento jurídico brasileiro, podendo o magistrado aplicá-lo em casos de omissão da lei. O artigo 4º da Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro aponta que: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

As famílias adquiriram novos contornos e novas constituições, garantindo direitos também às famílias constituídas por outra forma que não seja o casamento, passando o Direito a abrigar aquelas formadas pelo afeto.

Leite (2005) aponta que na antiguidade, família já foi sinônimo de agrupamento não somente de pessoas ligadas por laços consanguíneos, mas também outros agregados, incluindo-se até mesmo escravos.

Dentre os princípios que regem o direito de família, destacam-se alguns, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, Princípio da Afetividade, Princípio da Igualdade, Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como sendo proteção de ordem constitucional, tendo aplicabilidade a todos os seres humanos, que já são dignos simplesmente pela condição de humano.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil (SANTANA, s/d).

A expressão “Todos têm direitos iguais”, apesar de muito propagada por todos não possui o alcance efetivo, uma vez que a maioria dos brasileiros desconhece seus direitos.

A Constituição prevê:

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, [...]

A Constituição Federal de 1988 surge num contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas.

Determina a instituição do Estado Democrático, o qual se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, assim como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social. A tendência do constitucionalismo contemporâneo fez com que fosse incorporado ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Para Sarlet (2001, p. 30):

A dignidade da pessoa humana é um conceito construído através da história. A ideia de dignidade, como valor intrínseco da pessoa humana, tem suas bases no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica e no ideário cristão. É o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Nesse sentido, Andrade (2008, p. 4) aponta que:

A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais.

No que se refere às famílias, independente da sua forma de constituição, o princípio da dignidade humana em nela campo para se desenvolver, ao que Dias (2013, p. 155) dispõe:

[...] A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhes especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum – permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Como princípio fundador do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana tem caráter de princípio fundamental, tendo em vista seu relacionamento com os direitos sociais, visando à proteção integral da pessoa.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana garante ao ser humano a preservação da sua integridade física e psíquica, sua autonomia e seu direito de decisão, sendo inerente ao mesmo só pelo fato de ser pessoa, devendo ser respeitado.

3.2 Princípio da proteção integral da criança e do adolescente

A proteção integral vem com intuito de garantir a proteção das crianças e adolescentes de forma completa e prioritária. A Constituição Federal visa garantir seus direitos fundamentais, como o direito à vida, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, dentre outros.

Para Fonseca (2012, p. 15), “A proteção integral é o ‘amparo completo’, sob o ponto de vista material e espiritual, [...] onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 aponta essa garantia:

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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, foi instituído no ordenamento jurídico a fim de resguardar, com prioridade absoluta, todos os seus direitos, devendo ser colocados em primeiro plano, como prevê os artigos 4º e 100, desse Estatuto:

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.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

Fonseca (2012) aponta que a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a

toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

3.3 Princípio da afetividade

A família é a base da sociedade brasileira, ancorada, primeiramente, em laços de afeto, sendo uma construção da sociedade, através de regras culturais, jurídicas e sociais.

Lôbo (2011, p. 71) afirma que o princípio da afetividade “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

O princípio da afetividade tem o objetivo de promover o amor e o afeto em todas as relações de família, não se considerando somente o vínculo sanguíneo, pois o que se deve levar em conta é o melhor interesse da criança ou adolescente. Nesse sentido, a CF/88 prevê que:

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Antes da Constituição Federal/88 a família apenas era reconhecida se adviesse do casamento. No entanto, na atualidade, verifica-se que o afeto é base de todas as relações familiares independente de raça, cor ou gênero, pois o que é considerado agora é o afeto e a solidariedade entre os entes.

Dias (2013), ressalta que o afeto é o elemento essencial na constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com esses laços é possível manter a

estabilidade de uma família, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa.

Ainda para Dias (2013), a família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros, valorizando o afeto. Surgem novos modelos de família, sendo fundamental ressaltar que afeto não é fruto da biologia, eles resultam da convivência. Aqui é validada a tendência do afeto como elemento preponderante nas relações.

3.4 Princípio da igualdade

Um dos princípios de grande representação no ordenamento jurídico é o da isonomia ou igualdade. A Constituição Federal preconiza que “todos são iguais perante a lei” e estabelece em seu artigo 3º, inciso IV, objetivos fundamentais instituídos pela República Federativa do Brasil, que se refere à promoção do bem de todos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição Federal de 1988 repudia qualquer forma de discriminação, estabelecendo a isonomia entre todos os indivíduos na sociedade, prevendo a inclusão. Crianças e adolescentes também têm seus direitos garantidos através do ECA, que reforça o que a Carta Magna já previa em sua redação.

3.5 Princípio do melhor interesse

O princípio do Melhor Interesse ou do interesse superior da criança e do adolescente, é o princípio norteador, para que haja a aplicação das normas e direitos

da criança e do adolescente. Desta forma, Maciel (2014) aponta que: “Princípio do melhor interesse é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos” (MACIEL, 2014, p. 70).

O Estatuto da Criança e do adolescente é regido pelo princípio da proteção integral, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e pelo princípio da prioridade absoluta, que são princípios tutelados não apenas pelo estatuto como também pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A importância de buscar o melhor interesse para o filho menor fez com que o referido princípio fosse reconhecido, sendo esse, orientador para os operadores do direito, que devem priorizar as necessidades e interesses dos menores.

Este princípio visa permitir que o menor se desenvolva de forma digna, onde seus direitos fundamentais se concretizem. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA/1990 é a resposta para a efetivação de tais direitos, tendo como principal objetivo a proteção integral da criança e do adolescente.

4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA 1990

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990, concretiza um notável avanço democrático ao regulamentar as conquistas relativas aos direitos de crianças e adolescentes previstos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, vez que foi criada para acabar com as discriminações e injustiças praticadas contra eles, elevando-os a sujeitos de direitos e garantias fundamentais.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.[...]

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.(incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Dias (2013) aponta que o ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, passou do sentido de dominação para proteção de crianças e adolescentes, caracterizando mais deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles. O artigo 19 da supracitada Lei dá às crianças e aos adolescentes o direito de “ser criado e educado no seio da família”, de modo a assegurar “a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

Estabelece o Estatuto que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com prioridade absoluta, devendo ser asseguradas a ambos todas as oportunidades e facilidades, com o objetivo de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de

liberdade e de dignidade, merecendo proteção integral não só do Estado, mas principalmente da família.

Além do ECA, a Constituição Federal também resguarda a criança e o adolescente, em seu art. 227:

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.

O Estatuto ainda garante a proteção de crianças e adolescentes contra qualquer tipo de violência, apontando que essas devem ser objetos de denúncia, como se lê:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais. (Redação dada pela Lei nº 13.010, de 2014).

O artigo 25 da Lei nº 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, traz um conceito da família natural no sentido de ser “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, uma vez que a família natural é aquela formada pelo casamento, união estável e ainda as monoparentais, que são ligadas por laços biológicos, não abrangendo as famílias oriundas de adoção, que foram tuteladas pelo estatuto na seção III do capítulo I.

O ECA prevê que a criança e o adolescente têm direito à proteção e à convivência familiar, prevendo que juízes determinem a sua colocação em famílias substitutas ou outras formas de guarda, sempre com o propósito de resguardar e garantir todos os seus direitos e sua proteção integral, visando ao seu pleno desenvolvimento.

Nesse sentido, a redação dada pelo artigo 28, que preconiza como será a inserção da criança em família substituta diz que: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.

Em agosto de 2009, com o advento da Lei nº 12.010, modificou o texto da Lei nº 8.069 de 1990 que tutelou a figura da família extensiva ou ampliada, reconhecendo que esta família ultrapassa a figura de pais e filhos. Nesse sentido, assim é a nova redação do artigo 25 da norma: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Pode-se afirmar que a Lei nº 8.069 de 1990 surgiu para proteger a criança e o adolescente, uma vez que disciplinou vários princípios, sendo eles: princípio da isonomia entre os filhos, princípio da igualdade de direito entre os cônjuges, princípio da prioridade absoluta do direito da criança, princípio da paternidade responsável e conceitos acerca da família. Ressalta-se que, com o advento da Lei nº 12.010 de 2009, além dos princípios mencionados, acrescentou o princípio da prevalência da família e o princípio da responsabilidade parental. A família é fundamental para o crescimento mental e social saudável das crianças e dos adolescentes.

Enfim, de acordo com Dias (2013), apesar da aparente limitação constitucional no que se refere às entidades familiares, há que se reconhecer que toda e qualquer estrutura de convívio familiar que forme uma unidade afetiva é merecedora de especial atenção do Estado. Lembrando que a família do século XXI tende a fugir da definição triangular clássica pai, mãe e filho. Independente da condição do indivíduo, se pai, se mãe, se filho, o que importa é pertencer a um lugar onde seja possível vivenciar valores, sentimentos em busca de seu projeto de realização e felicidade pessoal.

5 A GUARDA E SUAS MODALIDADES

Antes de se introduzir aos conceitos das formas de guarda estabelecidas pela legislação ao se interromper uma relação afetiva, vale ressaltar sobre as responsabilidades atribuídas aos pais, considerando a autoridade parental a eles atribuída legalmente.

O parágrafo 8º, do artigo 226 da Constituição Federal, garante que “O Estado assegurará a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Assim, deve-se considerar relevante preservar a relação afetiva entre pais e filhos, independente da dissolução da relação constituída entre os genitores.

É sabido que o vínculo familiar interfere diretamente na formação da pessoa, considerando que o desenvolvimento psicológico de uma criança e ou adolescente necessita de sentimentos positivos para a sua formação emocional. Daí ser fundamental que o processo de guarda de filhos menores seja atribuída de forma a se considerar essa referida formação.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.571 que casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento são: a morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio.

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo e contrário a sentença de separação judicial. (GONÇALVES, 2014, p. 201).

Insta salientar que em casos de separação conjugal seja observado o artigo 1.579 do Código Civil de 2002, que descreve: “Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Assim, a guarda dos filhos menores deve ser garantida de forma a promover uma convivência saudável desses com ambos os genitores, sempre com vistas ao seu melhor interesse.

5.1 Conceito de guarda

Para Nery (2015), a filiação cria um vínculo entre pais e filhos que independe do casamento. Já o processo de guarda estabelece laços pessoais que não se apagam nem se desfazem com a separação dos genitores.

A separação de um casal gera uma mudança significativa na estrutura familiar, em especial aos filhos, uma vez que esse fato dá início ao processo de guarda das crianças e adolescentes.

Ela é uma situação que representa mudança estrutural na vida da família, provocando alterações nas relações de seus membros entre si, entre os cônjuges e entre esses e seus filhos (VILLAS BOAS; BOLSONI-SILVA, 2009).

A fixação da guarda deverá sempre atender ao melhor interesse do menor, devendo-se considerar o direito de convivência dos filhos com ambos os genitores na perspectiva de resguardar o seu desenvolvimento saudável.

Maciel (2014, p. 152) é bastante claro em sua definição de guarda, quando aponta as responsabilidades dos pais, afirmando que:

A guarda como atributo do poder familiar constitui um direito e um dever. Não é só o direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Engloba o dever de assistência e representação.

Para Fonseca (2012, p. 113), a guarda de filhos “é um feixe de obrigações e deveres, pois contém a vigilância, o amparo, o cuidado, a assistência material e moral, o resguardo dos filhos (criança ou adolescente)”.

Conforme prevê a Constituição Federal do Brasil, a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, necessitando de cuidado e proteção. Miranda afirma que guarda “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar” (MIRANDA, 1983, apud LEIRIA, s/d, p.57).

Nos apontamentos de Silva (2008, p. 39) lê-se que:

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter a vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

A legislação brasileira coloca os genitores diante de um dever de assistência material e moral, bem como de representação dos filhos. No caso deste estudo, a análise é pertinente aos cuidados e responsabilidades com a prole diante da situação de separação dos genitores.

Elias (2005, p. 47) completa:

A guarda no direito de família é inerente ao pátrio poder, uma vez que compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores, tê-los sob sua companhia e guarda. Para tornar efetivo tal direito é outorgada aos genitores a faculdade de reclamar aos filhos de quem ilegalmente os detenha. Podem, para isso, utilizar-se da medida cautelar de busca e apreensão. No caso de separação judicial ou de divórcio; conquanto ambos os pais mantenham o pátrio poder, apenas um deles fica com a guarda do filho, tendo o outro o direito de visitas, salvo em casos excepcionais.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.571 que os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento são: a morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio.

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo e contrário a sentença de separação judicial. (GONÇALVES, 2014, p. 201).

A questão da guarda é uma discussão que surge sempre após a dissolução da sociedade conjugal, independente da forma como esta foi constituída. Deve ficar claro que a guarda é sempre conjunta, havendo a individualização quando da separação dos pais ou, quando o filho for reconhecido por ambos os pais e esses residirem sob tetos diferentes. Nesse caso, não havendo acordo sobre a guarda, a decisão passa às mãos do juiz responsável pelo caso.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente aponta que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. Desta forma, quem tem a guarda tem o dever e a obrigação de vigiar, de educar e criar os filhos.

A guarda é inerente ao poder familiar e se sobrepõe no caso de dissolução do vínculo familiar. Esse rompimento da sociedade conjugal, independente de sua forma, não irá alterar as relações entre pais e filhos, conforme consta do artigo 1.632 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.069/90, (Estatuto da Criança e do Adolescente), utilizando-se do preconizado pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu princípio VI, prioriza a permanência dos filhos junto aos pais biológicos, com o intuito de que ocorra o desenvolvimento pleno de sua personalidade e que sua criação seja pautada no amor e na compreensão.

Atualmente, na aplicação da guarda dos filhos menores, a legislação visa atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Em sequência, serão contempladas neste estudo as formas de guarda:

Guarda unilateral: atribuída a apenas um dos genitores.

Guarda alternada: atribuída ora a um, ora a outro genitor.

Guarda compartilhada: atribuída a ambos os genitores.

5.2 Guarda unilateral

A discussão sobre a guarda de filhos menores de idade, em face da separação ou não convivência dos genitores, é tema delicado, uma vez que o momento é de fragilidade para ambos. É um processo que conta com a participação de outros profissionais, como psicólogos e assistentes sociais na análise da situação e na decisão que será tomada pelo magistrado.

O artigo 1.583 do Código Civil de 2002, em seu parágrafo 1º estabelece que:

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.

Esta espécie de guarda, até meados do ano de 2008, era considerada pelo Código Civil como regra, oportunidade em que tal preferência foi substituída pela da guarda compartilhada, modificação essa introduzida pela Lei 11.698, de 2008.

A guarda unilateral ocorre quando apenas um dos genitores possui a companhia dos menores, preservando ao outro o direito de visita, fiscalização e alimentos. Esta modalidade de guarda também é denominada como guarda exclusiva estando prevista no Código Civil, nos artigos 1.583 e 1.584. Nos artigos 1589 e 33, § 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, vislumbra-se a possibilidade de visitas dos pais aos filhos, cuja guarda esteja com outrem.

Para Silva (2008, p. 35), crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar, o que figura com destaque no ECA. Isto posto, “no modelo de guarda única dos filhos, certamente esse direito se torna desigual”.

Dias (2013) afirma ser a guarda unilateral uma possibilidade prevista pela lei, embora os magistrados apresentem preferência à guarda compartilhada. As peculiaridades desta são apresentadas aos pais, em audiência e, caso somente um deles tenha preferência pela divisão da guarda dos filhos menores, a alternativa é a guarda unilateral, quando é estabelecido o regime de visitas. No entanto, o outro genitor tem como obrigação a supervisão e fiscalização dos interesses do filho e da sua manutenção e educação.

5.3 Guarda alternada

Em direito de família, quando o filho está ora com o pai, ora com a mãe, em períodos alternados e em diferentes domicílios, “diz-se que há guarda alternada” (FONSECA, 2012, p. 116).

Esta modalidade de guarda não possui previsão regulamentada em lei, sendo aplicada somente quando o magistrado considerar ser o melhor para a criança e ou o adolescente, uma vez que o menor, na guarda alternada, não cria um referencial domiciliar.

5.4 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada é um modelo que privilegia a igualdade dos genitores na criação e companhia dos filhos, pregada em vários diplomas legais, garantindo a ambos seus direitos e deveres em relação à prole após o rompimento do vínculo familiar, tendo como polo norteador os interesses desses, para que todos os direitos e deveres sejam efetivamente preservados (SILVA, 2008)

Silva (2011, p. 7) aponta que

Com a vigência da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, o instituto da guarda compartilhada passou a integrar o nosso ordenamento jurídico ao prever que essa modalidade de guarda seja adotada preferencialmente, reservando-se as demais modalidades apenas se as partes de forma expressa assim o desejarem ou se isso não corresponder ao melhor interesse da criança.

A guarda compartilhada é sempre recomendada pelo magistrado, dado o momento de fragilidade pelo qual passam os genitores. Ela apresenta-se como uma forma de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade dos dois genitores com a formação integral da criança e cuidado com seus interesses (DIAS, 2013). O Código Civil Brasileiro prevê a guarda compartilhada, definida na lei como “responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar ” (CC 1.583, § 1º).

Como os juízes precisam zelar pelo bem estar dos filhos menores, após a separação, a guarda compartilhada é uma proposta de manter os laços de afetividade, na tentativa de minorar os efeitos que uma separação geralmente causa aos filhos. É uma forma de fazer com que os dois genitores estejam presentes de forma mais efetiva e intensa na vida dos filhos. “A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual” (DIAS, 2013, p. 454).

A preferência legal é pela guarda compartilhada, uma vez que ela garante maior participação de ambos no desenvolvimento integral dos filhos. Considera-se um avanço, uma vez que retira da guarda a ideia de posse e proporciona que os filhos tenham continuidade na relação com ambos os pais, uma vez que a separação já causa sensação de perda e divisão nas crianças.

Porém, Dias (2013) aponta que há uma tendência em não crer no compartilhamento da guarda como geradora de efeitos positivos quando determinada por ordem judicial, uma vez que essa decisão deve ser consensual entre as duas partes envolvidas.

Uma vez que o bem estar de crianças e adolescentes está em jogo nessas decisões judiciais, a guarda dos filhos após a separação de um casal deve ser decidida pelo magistrado de forma a cuidar dos seus interesses, lembrando que a

responsabilidade do cuidado com um filho não se encerra com a separação, os dois devem manter o compromisso de cuidar, educar e zelar pelo suprimento de suas necessidades afetivas e materiais.

Enfim, a guarda compartilhada resume-se na incumbência devida por ambos os pais na perspectiva dos direitos e deveres relativos aos filhos comuns. Entende-se aqui, esses deveres como sendo o de sustentar, proporcionar a formação adequada, prover alimentos, vestuário, e cuidados médicos e com a saúde em geral (SILVA, 2008).

No entanto, a Lei 11698/2008, que determina a guarda compartilhada com garantias do melhor interesse da criança e do adolescente foi modificada pela 13.058/2014, que será abordada especificamente no próximo item deste trabalho.

6 ANÁLISE DA LEI 13.058/2014

A família hoje é um grupo de pessoas que buscam sua realização pessoal, onde deve haver uma interação pelo bem estar e satisfação, bem como o desenvolvimento físico, emocional e social de todos que dele fazem parte. No entanto, são necessárias normas jurídicas para definir direitos e deveres de cada um, devendo esses serem respeitados pela sociedade.

6.1 Efetividade da Lei nº 13.058/2014 sob o prisma do melhor interesse da criança e do adolescente

Os novos modelos de família estão presentes na sociedade atual e homens e mulheres têm papéis de igual valor e importância, em especial no tocante à criação de filhos, sendo esses gerados dentro de um casamento ou em outras circunstâncias. O que conta é a prioridade da criança e do adolescente, com prioridade absoluta, sempre se considerando o seu melhor interesse, principalmente nos casos de separação que geram as questões de guarda.

O melhor interesse dos envolvidos, no caso os filhos menores, há que se considerar que é estar em companhia e sob a guarda dos pais, aqueles que devem cuidar, educar e proteger, conforme predispõe o Código Civil Brasileiro vigente.

A separação de um casal tem várias nuances, sendo que a guarda de filhos menores ainda se apresenta como uma preocupação, não só de legisladores, mas também de profissionais da área da saúde, entre eles psicólogo, que lidam com questões emocionais dos sujeitos envolvidos, principalmente os filhos.

Para Villas Boas; Bolsoni-Silva (2009, p. 155), “a separação representa uma mudança na estrutura familiar que provoca alterações nas relações que seus membros estabelecem entre si, tanto entre os cônjuges quanto entre pais e filhos

A guarda de filhos menores, após a separação dos pais, sempre foi regulamentada pelo Código Civil Brasileiro.

A lei da guarda compartilhada contida no Código Civil passou por modificações por meio das leis 10.406/2002, 11.698/2008 e por fim pela 13.058/2014. Essa última, por ser a mais recente, encontra-se em constante discussão, uma vez que contrapõe fortemente a visão de guarda dos filhos a qual a sociedade estava acostumada, a da guarda unilateral, defendendo assim a guarda compartilhada como mais adequada ao desenvolvimento da criança (ALVES, 2015, p.11).

Com a mudança social acelerada que se vem percebendo nas últimas décadas, as famílias também mudaram. Mudaram, também, os papéis atribuídos a homens e mulheres, onde mulheres assumiram compromissos e responsabilidades antes atribuídos somente aos homens e vice-versa.

A importância de uma guarda que privilegiasse os dois genitores tem sua origem a partir de críticas ao sistema tradicional de guarda, a unilateral, considerando-se também, a extinção de desigualdades entre homens e mulheres. E não é um conceito novo, sendo que Silva (2008) aponta: “A noção de guarda conjunta ou compartilhada surgiu na *Common Law*, no Direito Inglês na década de sessenta, quando houve a primeira decisão sobre guarda compartilhada (joint custody)” (SILVA, 2008, p. 61).

Assim, tornou-se fundamental que as leis se flexibilizassem com o propósito de atender às novas demandas de família e ao melhor interesse de crianças e adolescentes, em casos de separação de um casal.

É nesse contexto social que surge a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, através da promulgação da Lei nº 11.698/2008, que instituiu e disciplinou este instituto através da alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro (MARROCOS, 2015, p.3).

A lei supracitada foi modificada em 2014, pela Lei 13.058, que alterou os artigos 1.583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil brasileiro, onde se estabelece o

significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação. Ela dispõe acerca de sua aplicação, bem como do significado da expressão “guarda compartilhada”, ficando assim, sua redação:

Art. 1.583[...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” (NR)

Art. 1.584[...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 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.

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

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

Art. 1.585. _Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR)

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Os menores estão em desenvolvimento, porém têm a mesma condição de pessoa como qualquer outro ser humano, apenas encontram-se em uma situação peculiar, pois ainda não têm a capacidade necessária para responder por si. Por tal motivo, eles devem ter sua dignidade e seus interesses respeitados, para que, assim, seja garantido seu pleno desenvolvimento físico e mental.

Para Silva (2008), a guarda compartilhada é a que se pede nos tribunais, uma vez que ela resguarda a responsabilização conjunta dos genitores e os direitos e deveres pertinentes aos filhos comuns, considerando o melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Além disso, ela propõe a manutenção do diálogo entre os pais, dividindo as responsabilidades e decisões sobre a vida dos filhos.

Considerando, ainda, os benefícios da guarda compartilhada, Bonato; Maia (2005, p. 20) apontam que ela favorece que os filhos construam uma imagem dos pais, sem interferências positivas e ou negativas advindas do outro genitor ou de qualquer outra pessoa.

É importante a criança conviver com ambos os pais, para que construa uma relação e forme por si uma imagem de cada um dos seus pais. Esta convivência está relacionada ao tempo em que estão juntos pai e filhos ou mãe e filhos [...] e que se pretende ter boa qualidade na convivência. [...]. A convivência com pai e mãe estreitam os vínculos e é importante que estes ultrapassem as brigas e desentendimentos dos adultos, e que sobrevivam à separação do casal.

Silva (2008) ainda ressalta que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, em 1989, apontou a convivência com os pais como sendo um direito inalienável delas. E aponta, também, que tal fato fez com que a legislação sobre o Direito de Família fosse alterado em vários países, considerando que a guarda compartilhada favorece, sobremaneira, os laços de afeto entre ambos os pais e seus filhos, após a separação dos genitores.

“A convivência familiar é um dos direitos prioritários da criança e do adolescente e figura com destaque nos artigos do ECA; porém, no modelo de guarda única dos filhos, certamente esse direito se torna desigual” (SILVA, 2008, p. 35).

Velly (2011, p. 3), em seu estudo, aponta que essa convivência,

só é possível quando é estabelecida a Guarda Compartilhada, com a participação efetiva de ambos os genitores na vida deles. A convivência com pai e mãe estreita os vínculos e, é importante que estes ultrapassem as brigas e desentendimentos dos adultos e que sobrevivam à separação do casal.

É necessário que os pais evoluam e coloquem seus filhos em primeiro lugar, vez que a guarda compartilhada somente será efetiva quando houver diálogo.

Filhos não podem servir como “moeda de troca”, as frustrações do relacionamento não podem impedir que a criança e ou adolescente tenham um bom convívio com ambos os pais.

A guarda compartilhada busca, justamente, que o relacionamento seja bom, desta forma mantendo o vínculo familiar, preservando, desta forma, os direitos dos filhos. Também fará com que a criança e ou adolescente tenham normal desenvolvimento, evitando-se traumas, vez que serão mantidos os vínculos familiares.

Enfim, a guarda compartilhada garante à criança e ao adolescente, o direito de convivência com ambos os genitores, sempre na perspectiva de seu melhor interesse.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo pesquisar sobre a guarda compartilhada, identificando sua eficácia, embora ela ainda não seja a regra no Direito de Família brasileiro.

À priori, a guarda compartilhada originou-se na necessidade de resolver problemas de convivência de genitores com filhos menores, após uma separação conjugal.

As separações conjugais estão muito presentes hoje em dia e a família passou e tem passado por transformações estruturais, culturais e legais consideráveis. E as uniões tornaram-se mais instáveis.

Tais transformações geraram mudanças profundas nos papéis de homens e mulheres, sendo que essas apresentam reflexo também nas famílias e na criação dos filhos, incluindo direitos e deveres.

No caso das separações, os filhos devem ser resguardados em seus direitos de proteção, sendo que, neste estudo, foi possível identificar a guarda compartilhada como um avanço no judiciário, embora ainda não seja a regra. No entanto, ela apresenta-se como uma importante fonte de garantia dos direitos da criança e do adolescente, permitindo que eles vivam e convivam igualmente em estreita relação com pai e mãe.

Entende-se a guarda de filhos como o dever e ou poder daquele que possui obrigação de proteção e amparo; ela decorre de dispositivos legais, sendo ato ou efeito de resguardar e responder.

Na guarda unilateral, a mais praticada pelo judiciário traz consequências aos filhos, que têm a convivência com os pais cerceada, além de, muitas vezes, gerar conflitos

entre os genitores, prejudicando o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

As Leis da guarda compartilhada, 10.406/2002 e 11.698/2008 têm sua importância inegável, sendo alteradas e melhoradas pela Lei 13.058/2014, fortalecendo seu valor nas decisões judiciais em relação à situação da guarda dos filhos menores.

O modelo tradicional de guarda privilegia um dos genitores, geralmente a mãe, em detrimento da figura do pai. Assim, esse novo modelo de guarda de filhos menores, (a guarda compartilhada), merece aprofundamento em seus estudos, vez que privilegia a igualdade de direitos e deveres de pai e mãe em relação a sua prole, mesmo com o rompimento da união familiar, preservando os direitos dos filhos, mormente no que se refere à convivência e manutenção dos laços familiares.

A guarda compartilhada propicia mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A proposta é manter os laços de afetividade, diminuindo os efeitos que a separação provoca nos filhos, conferindo a ambos os genitores o exercício da função parental de forma igualitária.

Entende-se que a guarda compartilhada tem acompanhado as mudanças do mundo moderno, sempre objetivando o melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, ela não resolve todas as mazelas de um casal, apenas propõe que os filhos cresçam em um ambiente saudável, respeitado seu direito de convivência com ambos os genitores.

Ela vem sendo autorizada nos tribunais, sempre que se mostra compatível com o interesse dos filhos e sempre que o relacionamento dos pais, após a ruptura do vínculo conjugal viabilize sua fixação.

O instituto da guarda compartilhada vem se firmando nos tribunais frente à realidade das famílias e à medida que os pais vão se conscientizando da importância de preservar o relacionamento que mantinham com os filhos antes da separação, priorizando o bem estar da prole.

O exercício conjunto da guarda torna os pais mais presentes, ao permitir que participem das atividades diárias e rotineiras de seus filhos, igualando pai e mãe em direitos e obrigações.

Pode-se considerar, por fim, que a guarda compartilhada, apesar de ainda não ser regra, de fato oferece melhores condições para os filhos menores manterem uma relação saudável com os pais, mesmo após a sua separação, considerando-se a manutenção de vínculos importantes para a formação integral da criança e do adolescente, além da responsabilização parental dos genitores, sem distinção entre pai e mãe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, F. R. C. **Guarda compartilhada**: uma análise à luz do princípio do bem-estar e do interesse da criança e do adolescente. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1836/6/Guarda%20compartilhada_Monografia_Alves.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

ANDRADE, A. G. C. A. **O princípio da dignidade humana e sua concretização judicial**. Pdf. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>. Acesso em: 12 out. 2017.

BONATO, C.; MAIA, W. (org.). **Guarda Compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Lei 11.698 de 13 de Junho de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Lei 13.058 de 22 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

ELIAS, R. J. / **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, A. C. L. **Direitos da criança e do adolescente**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. 6. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEIRIA, Marcia Lucia Luz. **Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/emagis_guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teorica_a_pratica.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.

LEITE, E. O. **Direito Civil Aplicado**. V. 5: **Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito das Crianças e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARROCOS, J. M. O. **Da guarda compartilhada: uma abordagem acerca da efetividade deste instituto na sociedade atual**. JUDICARE-Faculdade de Direito de Alta Floresta – MT V.8,N.2(2015) Disponível em: <http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/143/public/143-644-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

NARVAZ, Martha Giudice.; KOLLER, Silvia Helena. **Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822006000100007> Acesso em: 12 ago. 2017.

NERY, R. M. A. **Instituto de direito civil**. Vol. V: Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, A. M. M. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, A. A. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-ca751c1adb1e6fc1fa9c8f60bc932e39.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

VELLY, A. M. F. **Guarda compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos**. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

VILLAS BOAS, A. C. V. B.; BOLSONI-SILVA, A. T. **A relação entre ex-cônjuges e entre pais e filhos após a separação conjugal.** Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/krj5p/pdf/valle-9788598605999-09.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.