

**UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL PEREIRA ALENCAR

**A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

**JUAZEIRO DO NORTE – CE
2019**

RAFAEL PEREIRA ALENCAR

**A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à coordenação do curso de
Graduação em Direito do Centro
Universitário Doutor Leão Sampaio,
como requisito necessário à obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Jânio Taveira
Domingos.

**JUAZEIRO DO NORTE – CE
2019**

A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Rafael Pereira Alencar¹
Jânio Taveira Domingos²

RESUMO

O trabalho apresentado para conclusão do curso de direito busca identificar se há conflito entre a obrigatoriedade da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, levando em consideração a relação entre os integrantes no âmbito familiar. Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico, exploratório. Foram feitas análises não apenas do instituto da guarda, como também dos temas a ele interligados, como o poder familiar, onde abordamos o exercício do poder através da relação entre pais e filhos menores de 18 anos, bem como conceituamos e analisamos as modalidades de guarda dos filhos. Enfatizando a guarda compartilhada, tendo esta uma importância muito significativa com um novo papel mediante a sua aplicabilidade e a exigindo-a como regra. Abordamos também sobre a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Faz-se necessário aprofundar os estudos a cerca da temática abordada, uma vez que ainda há o que se compreender sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada, mostrando se essa é de fato a saída mais adequada para resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Melhor interesse da criança e adolescente. Proteção integral.

ABSTRACT

The paper presented for the conclusion of the law course seeks to identify if there is a conflict between the obligation of shared custody and the principle of the best interests of children and adolescents, taking into account the relationship between members in the family environment. It is an exploratory bibliographical research. Analyzes were made not only of the institute, but also of related themes, such as family power, where we approach the exercise of power through the relationship between parents and children under 18 years, as well as conceptualize and analyze the modalities of child custody. Emphasizing the shared Guard, which is of very significant importance with a new role through its applicability and demanding it as a rule. We also address the doctrine of integral protection and the principle of the best interests of children and adolescents. It is necessary to deepen the studies on the theme approached, since there is still to be understood about the obligation of shared custody, showing if this is indeed the most appropriate way to safeguard the best interests of children and adolescents.

Keywords: Shared Guard. Best interests of children and adolescents. Full protection.

¹Discente do curso de direito da UNILEÃO. E-mail: rafael_alencar@outlook.com.br

²Docente do curso de direito da UNILEÃO. E-mail: janiotaveira@leaosampaio.edu.br

INTRODUÇÃO

O instituto da guarda, por ser derivação do poder familiar, traz aos pais à função de resguardo dos filhos, tendo como atribuições os encargos de cuidado, zelo e proteção das crianças, dando-lhes a assistência necessária para o crescimento em meio à sociedade, colocando os interesses da criança a frente dos interesses dos genitores. Assim, mesmo com o fim da relação entre os pais não cessarão as obrigações do convívio familiar com os filhos.

A guarda compartilhada é uma espécie em que os pais, mesmo não estando sob o mesmo teto, dividirão de forma equilibrada as responsabilidades perante seus filhos. No Brasil, com a nova lei 13.058/2014, a guarda compartilhada obteve um espaço importante, sendo assim estabelecida como regra para os filhos de pais divorciados. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2016-2017), os divórcios judiciais cujas sentenças constam a guarda compartilhada passou de 7,5% em 2014 para 12,9% em 2015, tendo um aumento para 16,9% no ano de 2016, e mantendo crescimento para 20,9% no ano de 2017.

O objetivo geral da presente pesquisa é identificar se há conflito entre a obrigatoriedade da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, levando em consideração a relação entre os integrantes no âmbito familiar. Ao longo do trabalho detalharemos sobre os objetivos específicos que serão de suma importância para o horizonte da pesquisa.

O primeiro capítulo tem por finalidade abordar sobre o poder familiar, trazendo sua definição e suas características, onde terão um papel fundamental e norteador para o devido instituto, que são irrenunciáveis, inalienáveis, intransferíveis e imprescritíveis, bem como, a relação dos genitores perante seus filhos no exercício deste poder, abordando ainda o instituto da guarda e elencando as suas devidas espécies, tendo a guarda compartilhada uma abordagem maior.

No segundo capítulo analisaremos a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, perpassando pela proteção da criança e do adolescente no direito brasileiro, fazendo uma evolução da legislação até a doutrina da proteção integral, mediante a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 e com o fortalecimento do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA).

Já no terceiro capítulo será analisado a (in)compatibilidade da guarda compartilhada levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, onde serão abordados alguns fatores que podem impedir a efetivação da guarda compartilhada, pois não estariam visando os melhores cuidados e gerenciamento da vida dos filhos.

O presente trabalho justifica-se pela necessidade em demonstrar de forma esclarecedora à relevância social da obrigatoriedade da guarda compartilhada, mostrando se essa é de fato a saída mais adequada para resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente. O estudo também traz repercussões importantes para o meio acadêmico e jurídico, uma vez que o mesmo tem uma abordagem exemplificativa sobre a temática contribuindo com estudos e decisões judiciais, vindo assim a fortalecer o meio social, tornando enriquecedor de conhecimento aos que dele se debruçarem.

2 METODOLOGIA

O presente estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Essa é uma pesquisa resultante de materiais específicos já publicados por outros autores, que acrescentaram na natureza do trabalho, permitindo ao leitor uma noção mais adequada sobre diversos assuntos tratados com ampla cobertura e fidelidade com a temática (GIL, 2018).

Ressalta que a pesquisa exploratória dispõe de algumas finalidades tidas como essenciais, que consistem em: fornecer maiores informações sobre o tema em estudo, auxiliar na delimitação do tema, nortear na consolidação dos objetivos e elaboração de hipóteses (ANDRADE, 2002).

A coleta de dados do presente estudo se dará por consultas em doutrinas, jurisprudências e legislação, tendo em vista que são fontes norteadoras para o fortalecimento da pesquisa, buscando esclarecer ao leitor e visando aproximação com a completude do tema.

3 PODER FAMILIAR E GUARDA

Neste capítulo será feito um aprofundamento sobre o poder familiar, conceituando, caracterizando e demonstrando o exercício do poder através da relação

entre pais e filhos menores de 18 anos, bem como o instituto da guarda com suas espécies.

3.1 PODER FAMILIAR: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Fundamentado pela concepção da família democrática, cooperativa e com relações de afeto entre os seus integrantes, o poder familiar é entendido como o controle que os pais exercem sobre os seus filhos, levando em consideração a boa relação afetiva no seio familiar (TARTUCE, 2019).

Tendo em vista o convívio entre os familiares, o poder familiar tem um papel fundamental de proteger os filhos menores, baseado não na superioridade, mas na conversa que possa ser clara e entendida, estabelecida na relação entre pais e filhos (VENOSA, 2018). Logo, o poder familiar é um conjunto de direitos legalmente concedidos aos pais, sendo esses essenciais para criação e desenvolvimento dos filhos menores de 18 anos (RAMOS, 2016).

O termo “autoridade parental” também vem sendo utilizada na literatura, configurada por uma superioridade momentânea, assim, entendida pelo exercício de direitos e deveres regido pelos titulares do poder para com os seus descendentes (LÔBO, 2017). Vale ressaltar, que tal autoridade deve-se pretender, antes de tudo, o melhor interesse dos filhos, pra que se possa ser agraciado com uma relação afetiva no âmbito familiar (TARTUCE, 2019).

Assim, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 22, que: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. (BRASIL, 1990)

Esse instituto é também constituído de algumas características que são norteadoras para os pais no regimento da vida social de seus filhos, sendo então irrenunciável, inalienável, intransferível e imprescritível o poder familiar. Quando os pais passam a ter filhos seja em razão de uma filiação legal como por uma paternidade biológica e também socioafetiva, não podem esses renunciá-los, aliená-los ou transferi-los, pois se tratam de obrigações exclusivamente pessoais (DIAS, 2014).

Segundo Gonçalves (2015, p.422), “O poder familiar é também imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei”. Assim sendo, mesmo que o

pai ou a mãe queira deixar de exercer o poder parental não conseguirá, pois se trata de uma ligação entre pais e filhos que permanecerá com obrigações perante esses, desde que não estejam dentro dos casos taxativos em lei para serem destituídos do poder familiar.

Conforme o STJ, “o pátrio poder, é irrenunciável e indelegável, por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante às pessoas e bens dos filhos menores. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia”. (Resp. 158920 – SP – 4º T – J. 23.03.1999 – DJU 24.05.1999 – RT. 768/188). Desta forma, os direitos e deveres estabelecidos aos genitores são pilares na administração da vida dos filhos, não cabendo à hipótese de renúncia, pois estaria afastando o papel do pátrio poder, sendo impossível de se eximir das responsabilidades, o que consequentemente não caberia à delegação a terceiros.

3.2 GUARDA: CONCEITO E ESPÉCIES

O instituto da guarda, excepcionalmente deve ser entendido não exclusivamente como autoridade de preservar os filhos menores sob acompanhamento e cuidado, mas primordialmente o de aconselhar e guiá-los no dia a dia, dando amparo de que necessita, sem com isso eximir da responsabilidade (NADER, 2016). Vale salientar, que guarda e habitação difere uma da outra, exercida pelos pais e derivada do poder familiar, a guarda, pode ser definida como as relações jurídicas existentes entre o menor ou incapaz e aquele que detém o poder e companhia sobre esta criança (RAMOS, 2016). Já a habitação, é o aperfeiçoamento do uso legítimo, com a finalidade tão somente de moradia do titular e seus integrantes do laço familiar (LÔBO, 2018).

São quatro modalidades de guarda e as trataremos de forma esclarecedora para melhor compreensão deste instituto, são elas: a denominada guarda unilateral, que é quando um dos genitores tem exclusividade na guarda, tendo o pai ou a mãe oferecido as melhores condições de proteção e de gerenciamento da vida dos filhos em termos de critérios de afetividade, saúde, segurança e educação. Neste caso, o outro genitor terá o direito à visitação e assim ficará assegurado a relação desse com os filhos (GONÇALVES, 2015).

No que diz respeito à guarda alternada os pais irão alternar em períodos excepcionais a guarda dos filhos, sempre cabendo ao outro o direito a visitação. Nessa modalidade o período de guarda para cada genitor será estabelecido por decisão judicial,

período esse que pode ser de um mês, uma semana, ou um ano, não sendo assim, na prática, uma modalidade bem-intencionada com relação ao melhor interesse dos filhos (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017).

Por sua vez, a chamada guarda da nidacão ou aninhamento, pouco comum na jurisprudência brasileira e presente em países europeus, tem como finalidade manter os filhos no domicílio do casal desfeito e assim os pais ficam encarregados de se revezarem no intuito de acompanhar e gerenciar a vida dos filhos, mediante decisão judicial. Vale ressaltar que o casal já separado mora em casas distintas e assim custeia o domicílio antigo para a permanência dos filhos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Já a guarda que terá um papel importante neste trabalho, sendo assim detalhada com mais atenção, é a chamada guarda compartilhada. Essa é a modalidade de guarda em que não havendo certo convívio entre os genitores, ambos ficarão com atribuições concernentes à criação dos filhos, assim sendo dando importância aos deveres ligados à guarda (NADER, 2016).

3.3 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é uma garantia dos filhos em obter um tratamento igualitário de ambos os pais. Mesmo com o fim do relacionamento, a permanência daqueles que detém o poder parental é tido como coobrigação diante do regimento da vida social das crianças e dos adolescentes, tendo uma importância muito significativa e assim deixando de lado o modo impeditivo que a simples visitação impõe (DIAS, 2014).

Presente no Código Civil brasileiro, anteriormente regulamentada pela Lei nº 11.698/2008 em que estabelecia como guardas a serem utilizadas, a chamada guarda unilateral e a guarda compartilhada. Diante de algumas modificações, agora, pela Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada teve o seu significado expresso, com um novo papel mediante a sua aplicabilidade e a exigindo-a como regra.

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. (BRASIL, 2014)

Desta maneira, compreende-se que a guarda compartilhada seja entendida como o comprometimento de ambos os pais, que não estejam mais vivendo na mesma casa, mas que terão que garantir a efetivação de deveres e direitos sobre os seus filhos.

Segundo Lôbo (2017, p.184), “A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas”. Assim sendo, independente da relação conjugal e se os pais não vivam mais na mesma casa, esses ainda assim passaram a conviver com seus filhos, mantendo a relação de afetividade e de gerenciamento da vida das crianças e dos adolescentes.

Assim, com a guarda compartilhada ambos os pais dividirão igualmente as obrigações e todas as questões importantes com relação às vidas das crianças e adolescentes, seja a escolha de uma escola para iniciar os estudos ou em casos emergenciais referentes à saúde da criança e o do adolescente (AKEL, 2018).

Por ainda não terem discernimento e o regramento de suas vidas, as crianças terão sempre os seus interesses sob os dos pais, fazendo com que a guarda compartilhada seja tida como o melhor tipo de guarda, resguardando assim o interesse da criança e do adolescente (RAMOS, 2016).

Exposta como regra a ambos os pais, a guarda compartilhada só deixará de ser aplicada em caso desistência por parte de um deles, sendo assim estabelecida a guarda unilateral, como está estabelecido pela Lei nº 13.058/2014, no Art. 1.584, § 2º, da referida lei:

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. (BRASIL, 2014)

Assim, a guarda compartilhada é estabelecida como regra, para que se tenha a íntegra eficácia do poder familiar na condução da vida dos filhos, entre os seus genitores. Contudo, a regra preza para que os genitores exerçam o poder familiar dentro da guarda compartilhada, para que então obtenham êxito, caso ambos os genitores tenham pelo menos uma relação respeitosa entre si, assim sendo, não causando sofrimento nos filhos, fortalecendo o laço familiar e assegurando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (AKEL, 2018).

4 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No presente capítulo iremos discorrer sobre a doutrina da proteção da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, perpassando por seu delineamento histórico e suas implicações jurídicas.

4.1 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

A lei inaugural no Brasil sobre a proteção da criança e do adolescente foi o Código de Menores de 1927, que estabelecia que menores de 17 anos não podiam ser punidos criminalmente. Na época o que havia muito explorado era o trabalho infantil, porém a mão-de-obra de crianças de até 11 anos de idade não foi mais aceita, já os adolescentes com idades entre 12 e 17 anos detinham algumas limitações, mas o trabalho era autorizado (WESTIN, 2015).

O substituto desta lei de 1927, revogada na década de 70, foi o novo Código de Menores de 1979, porém vale ressaltar que esses dois códigos tratavam somente em proteger crianças e adolescentes em situação marginalizadas. (WESTIN, 2015).

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, uma nova vertente ao mundo jurídico da família marcou seu lugar no Brasil, tendo um papel importante no planejamento familiar e assistencialismo, como base os princípios da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade paternal (GONÇALVES, 2015).

Assim, estabelece o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal que:

Art. 226 - § 7º- 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. (BRASIL, 1988)

Desta maneira, fica a cargo da família lidar sobre o planejamento que será feito entre os genitores e seus filhos, ficando o Estado encarregado de dar o total suporte

educacional e de crescimento em meio à sociedade, sempre vedando a violação de direitos das crianças e adolescente.

Com o fortalecimento dos direitos fundamentais, em 13 de Julho 1990, surge então o Estatuto da criança e do adolescente (ECA), Lei 8.069/90. Conforme Ferreira (2015, p.1), o Estatuto da criança e do adolescente:

Significou uma total ruptura com a legislação anterior menorista – Código de Menores – Lei nº 6697, de 10 de Outubro de 1979 – posto que adotou como referencial doutrinário o Princípio da Proteção Integral em direção oposta ao princípio da situação irregular que vigorava na legislação revogada.

Desta maneira, o Estatuto da criança e do adolescente (ECA), Lei 8.069/90, tornou-se uma grande conquista em meio à sociedade brasileira, pois a sua função é bem mais ampla, garantidor de direitos fundamentais a todas as crianças e não somente lidar em proteger aqueles em situação irregular.

4.2 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Introduzida como marco na sociedade brasileira, a Constituição Federal de 1988 surge como garantidora de direitos fundamentais, incorporando a doutrina da proteção integral e elencando vedações discriminatórias entre os filhos, por meio do seu artigo 227, CF.

Art. 227º. 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)

Assim, a família, a sociedade e o Estado são determinantes para assegurar e garantir que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes sejam colocados com prioridade, para que se possa ter dignidade nas relações familiares e no convívio familiar.

Conforme Lôbo (2008 *apud* BERENICE DIAS, 2014, p. 70): “O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com a sua família, com a sociedade e com o Estado”. Desta maneira, a doutrina da proteção integral é basilar no vínculo afetivo entre os integrantes das famílias e com a convivência em meio à sociedade.

Levando em consideração a busca de prosperidade, por meio da função social, exercida entre os membros do seio familiar, a doutrina da proteção integral tem como principais titulares os seus genitores, devendo esses assegurar o alcance aos meios apropriados para o crescimento na sociedade, seja através da formação de caráter e valores religiosos, das crianças e dos adolescentes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Assim, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 3º que:

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. (BRASIL, 1990)

Desta forma, os direitos fundamentais ligados à pessoa humana são assegurados e fortalecidos com o princípio da proteção integral, favorecendo o desenvolvimento ético, estrutural, religioso e comunitário levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o livre arbítrio.

4.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente retrata consideravelmente a modificação no núcleo das relações entre pais e filhos, no qual o filho deixa de ser classificado como coisa e passa a ser implantado como pessoa de direito (GAMA, 2008).

Assim, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 5º, que: “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”. (BRASIL, 1990) Desta maneira, a ação ou omissão de indivíduos que atentarem contra

os direitos fundamentais estabelecidos as crianças e aos adolescentes serão passíveis de punição, protegendo e resguardando o melhor interesse.

Conforme Leite (2003, p.197), define o interesse da criança e do adolescente nos seguintes termos:

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus pais, mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe tirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.

Desta maneira, verifica-se que o interesse dos filhos é o foco do exercício do poder familiar, por meio da autoridade parental, estabelecendo um horizonte de obrigações perante seus filhos, presumidamente, diante de um âmbito familiar harmônico. Por outro lado o uso indevido na regência da vida das crianças será motivo para a retirada do exercício ou uma maior aproximação de um dos genitores diante das suas obrigações.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente parte da concepção de que tanto os membros da família como a sociedade e o Estado terão papel importante, para que se possa ter assegurado com prevalência a aplicabilidade dos seus direitos para formação de caráter e dignidade da pessoa humana destas crianças e adolescentes (LÔBO, 2017).

A compreensão desse princípio deve especialmente ser considerado pela carência da manutenção do laço familiar, levando em consideração não somente a finalidade para descobrir soluções para os conflitos (RAMOS, 2016), mas, conforme Lauria (2002, p. 37), “implica a busca de mecanismos eficazes para fazer valer, na prática, essas mesmas soluções”. Desta forma, para que se tenha eficácia nas soluções encontradas, de fato essas deverão respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

5 A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: (IN)COMPATIBILIDADE

A guarda compartilhada não será possível a sua aplicabilidade, de forma abrangente, quando os genitores expuserem um estado de conflito entre eles, ou quando tiverem residências distantes um do outro. (VENOSA, 2018). Assim sendo, a Lei nº 13.058/2014, no Art. 1.583, § 3º, estabelece que: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. (BRASIL, 2014)

Desta maneira, a solução necessitará da qualidade do magistrado em perceber por meio do caráter social, cultural e psicológico dos genitores, além da análise do nível de atrito que existe entre eles depois da separação (VENOSA, 2018).

Conforme Ramos (2016, p.166), existe alguns fatores que podem impedir a efetivação da guarda compartilhada:

O uso de drogas, a existência de problemas psiquiátricos graves, um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança, a reiterada prática de alienação parental grave, maus-tratos e abuso sexual, atos comprovados de violência doméstica com agressões físicas e risco de morte são razões que inviabilizam a guarda compartilhada.

Desta maneira, ao analisarmos esta colocação podemos inferir que esses fatores, se comprovados, podem impossibilitar uma possível guarda compartilhada, uma vez que o comportamento dos seus genitores é fato relevante no convívio familiar. Tal fator do ser percebido na seguinte decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul na Apelação Cível n 70062424791- de 2014, elencada abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA E REDUÇÃO DE ALIMENTOS PELO GENITOR. I- Não procede o pedido de guarda compartilhada, porquanto o genitor não possui condições para exercer o compartilhamento. É usuário de drogas e não adere ao tratamento proposto. II- A verba alimentar deve ser fixada na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, o que significa dizer, por outras palavras, que os alimentos devem ser fixados observando-se ao binômio necessidade-possibilidade. No caso, sopesado o binômio alimentar, bem equacionados os alimentos. RECURSO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.70062424791. Sétima Câmara Cível. Rel Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 17-12-2014).

Na decisão verificou-se que diante do fato de um dos genitores ser usuário de drogas e por não ter aderido aos meios de tratamento necessários, este pai ficou inviável

de suprir as obrigações perante seu filho, assim sendo o que se visa é o melhor interesse da criança nas decisões proferidas, e não somente a vontade sem garantias.

Vale ressaltar, que quando não há harmonia no ambiente familiar faltando afeto de pais para com os filhos, este ambiente se torna desfavorável para o bom desenvolvimento da criança. A relação afetiva é o ponto central na efetivação da guarda compartilhada, gerando fortalecimento da boa convivência entre os genitores e seus filhos, fazendo com que esses se sintam queridos, ao mesmo passo que estarão sendo habilitados para a vida em meio à sociedade de forma prudente e sadia (RAMOS, 2016).

Tal fator do ser percebido na seguinte decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento n 70061812608- de 2014, elencada abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. LIMINAR. CABIMENTO. Caso no qual restaram bem provados, através dos relatos das Conselheiras Tutelares e Assistentes sociais da comarca de origem, dando conta da postura agressiva do genitor até então guardião. Ainda, há indicativos de atos de alienação parental praticados pelo pai, com a colocação de todo o tipo de óbice à visitação materna, e inclusive ameaças à integridade física dos envolvidos. Restou bem demonstrado, por igual, que a genitora tem condições de exercer a guarda dos filhos. Na hipótese, a reversão da guarda em prol da genitora é a solução mais adequada ao contexto do caso. DERAM PROVIMENTO (Agravo de instrumento n.70061812608. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. José Pedro de Oliveira Eckert. Julgado em: 11-12-2014).

Na decisão verificou-se que diante do fato do genitor ter postura agressiva, indicativos de alienação parental e a prática de empecilhos na visitação da mãe, incluído ameaças a integridade física dos familiares, este pai deixou de ter um papel importante de guardião, assim sendo não mais cumprindo com o melhor interesse da criança.

Porém, vale salientar que não será o conflito entre os pais, seja por conta da pensão alimentícia, seja em função da divisão dos bens, ou devido a um novo relacionamento amoroso com outro companheiro, que fará a criança ser privada do que a ela é estabelecido por direito. A guarda compartilhada deve ter o seu exercício garantido via processo judicial, assegurando o convívio entre pais e filhos (RAMOS, 2016).

Ratificando assim diante da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Agravo de Instrumento n 1.0702.14.001707-1/001- de 2014, elencada abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DA GUARDA DO MENOR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO PARCIAL. GUARDA COMPARTILHADA- Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos- Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a receber a guarda do filho, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, ao possibilitar acompanhamento escolar mais intenso e o tratamento de saúde necessário, impõe-se como melhor solução não o deferimento da guarda unilateral, mas da guarda compartilhada (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV n. 1.0702.14.001707-1/001. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. Data do Julgamento: 28-8-2014. Data da publicação: 3-9-2014).

Desta maneira, na decisão verificou-se que diante do fato, cada um dos genitores tem um papel fundamental perante o filho, e que mesmo havendo conflito entre ambos, o que prevalecerá não serão os interesses dos pais, mas sim o do princípio do melhor interesse da criança, dando relevância à regência da vida do filho em meio à sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo dessa pesquisa foi identificar se há conflito entre a obrigatoriedade da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, levando em consideração a relação entre os integrantes no âmbito familiar.

Abordamos sobre o poder familiar, que é fundamentado pela concepção da família democrática e cooperativa nas relações de afeto entre os seus integrantes. Perpassando pela sua definição, que é o controle que os pais exercem sobre os seus filhos, e pelas suas características, que são irrenunciáveis, inalienáveis, intransferíveis e imprescritíveis, que tiveram um papel fundamental e norteador para o devido instituto, abordando ainda o instituto da guarda e elencando as suas devidas espécies, tendo a guarda compartilhada uma abordagem em maior destaque.

O instituto da guarda por ser derivação do poder familiar trouxe aos pais à função de resguardo dos filhos, tendo como atribuição os encargos de cuidado, zelo e proteção das crianças, lhes dando a assistência necessária para o crescimento em meio à sociedade, assim sendo mesmo com o fim da relação entre os pais essa não cessará as obrigações do convívio familiar com os filhos.

Contatou-se que a guarda compartilhada é a modalidade em que os pais mesmo não estando sob o mesmo teto dividirão de forma equilibrada as responsabilidades perante seus filhos. No Brasil, com a nova lei 13.058/2014, a guarda compartilhada obteve um espaço importante, sendo assim estabelecida como regra para os filhos de pais divorciados, contudo, a obtenção do êxito advém de que os genitores exerçam o poder familiar dentro da guarda compartilhada, para que então, ambos os genitores tenham pelo menos uma relação respeitosa entre si, assim sendo, não causando sofrimento nos filhos, fortalecendo o laço familiar e assegurando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Analisamos ainda a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que estabelece que os interesses da criança estejam sempre à frente dos interesses dos genitores quando o assunto for guarda. Em seguida perpassamos pela a proteção da criança e do adolescente no direito brasileiro, fazendo uma evolução da legislação até a doutrina da proteção integral, mediante a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 e com o fortalecimento do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA).

Analisamos também a (in)compatibilidade da guarda compartilhada, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, abordando alguns fatores que podem impedir a efetivação da guarda compartilhada, pois não estariam visando os melhores cuidados e gerenciamento da vida dos filhos, desta maneira. Portanto, chegamos à conclusão que a aplicabilidade da espécie de guarda compartilhada nos casos de rompimento da relação entre pais é de suma importância, pois se torna um garantidor da não extinção da relação entre os genitores e os filhos, assim sendo atendendo as necessidades e fortificando a relação afetuosa no âmbito familiar.

Entretanto, partindo da premissa do melhor interesse da criança e do adolescente, quando nas hipóteses de incompatibilidade da guarda compartilhada a solução fica a cargo da habilidade do juiz em perceber por meio do caráter social, cultural e psicológico dos pais, além da análise do nível de desentendimento que existe entre eles depois da separação, tendo em vista que o comportamento dos seus genitores é fato relevante no convívio familiar. Deste modo, essa espécie de guarda não deve ser obrigatoriamente somente por lei, e sim deve ser a guarda estabelecida em situações de conflito entre genitores, que transparea a mais adequada na promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.

O presente trabalho justifica-se pela necessidade em demonstrar de forma esclarecedora à relevância social, acadêmica e jurídica, visto que o mesmo tem uma abordagem exemplificativa sobre a temática contribuindo com estudos e decisões judiciais, vindo assim a fortalecer o meio social, tornando enriquecedor de conhecimento aos que dele se debruçaram. Faz-se necessário aprofundar os estudos a cerca da temática abordada, uma vez que ainda há o que se compreender sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada, mostrando se essa é de fato a saída mais adequada para resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. **Guarda compartilhada: Uma nova realidade para o direito de família brasileiro.** n – 3. 2018. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00> > Acesso em Dezembro de 2018.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em Dezembro de 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm > Acesso em Dezembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial.** Guarda Compartilhada. REsp.nº158920 SP 1997/0090947-6 da 4ª Turma. Cível. Relator MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Data da Publicação: DJ 24.05.1999. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/427652/recurso-especial-resp-158920-sp-1977-0090947-6> > Acesso em Dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação Cível.** Família. Ação de Regularização de Guarda. Alimentos. Pedido de Guarda Compartilhada. Redução de Alimentos Genitor. Apelação Cível. nº 70062424791 RS da 7ª Câmara. Cível. Relatora MIN.LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO. Data da Publicação: DJ 17.12.2014. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/cfi/166!/4/4@0.00:63.4> > Acesso em Dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento.** Alteração de Guarda. Liminar. Cabimento. Agravo de Instrumento. nº 70061812608 RS da 8ª Câmara. Cível. Relator MIN.JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA ECKERT. Data da Publicação: DJ 11.12.2014. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/cfi/167!/4/4@0.00:44.5> > Acesso em Dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento.** Direito de Família. Modificação da Guarda de Menor. Melhor Interesse da Criança. Antecipação de Tutela. Deferimento Parcial. Guarda Compartilhada. Agravo de Instrumento. nº 1.0702.14.001707-1/001 MG. Cível. Relator DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Data da Publicação: DJ 28.08.2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/cfi/168!/4/4@0.00:60.4>> Acesso em Dezembro de 2019.

DIAS, M.B. **Manual de direito da família**. Rio de Janeiro, Vol 4 – 9. 2014.

FEREIRA, TRANSINE DOI. **A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas**. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/protecao_integral_ferreira.pdf > Acesso em Dezembro de 2019.

GAGLIANO, PAMPLONA FILHO. Direito da família. **Novo curso de direito civil**. São Paulo, Vol 6 – n 7. 2017. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217259/cfi/0!/4/4@0:0.00>> Acesso em Novembro de 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda compartilhada á luz da Lei 11.698/2008. Família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, A. C. **Como elaborar projeto de pesquisa**. n – 6. 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012934/cfi/6/2!/4/2/4@0:0.00>> Acesso em Novembro de 2018.

GONÇALVES, C.R. Direito e família. **Direito civil Brasileiro**. São Paulo, Vol 6 – n 12. 2015.

IBGE. **Estatísticas do registro civil de 2016**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf?fbclid=IwAR1mtZK3cXzv7SGhiEzeHmLBGW7WN7UQXRtyQ2UfTGhCNOSug_MQQIfGeHI> Acesso em Novembro de 2018.

IBGE. **Estatísticas dos registros de 2017**. Disponível em : <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf?fbclid=IwAR3u8vK_gy6EnHs2v2mDlp9iV6gbxl_pRYfJ8JIJaVbpQPVNPcYVWph__4w> Acesso em Novembro de 2018.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2 Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** n – 7. 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em Dezembro de 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Coisas.** Vol 4 n – 3. 2018. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229085/cfi/295!/4/4@0.00:53.6>> Acesso em Novembro de 2019.

NADER, Paulo. Direito da família. **Novo curso de direito civil.** São Paulo, Vol 5 – n 7. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>> Acesso em Novembro de 2018.

RAMOS, P. P. O. C. Novos paradigmas do direito de família. **Poder familiar e guarda compartilhada.** São Paulo, n – 2. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/cfi/0!/4/4@0:0.00>> Acesso em Novembro de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** Vol 5 n – 14, 2019. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983970/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00>> Acesso em Outubro de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família.** Vol 5 n – 18, 2018. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014860/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00>> Acesso em Outubro de 2019.

WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. **Agência Senado**, Brasília - DF, 08 de Julho de 2015. Matérias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>> Acesso em: Dezembro de 2019.