

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE INSTITUTE OF SHARED CUSTODY: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND ADOLESCENT

Karine Magalhães de Oliveira¹
Leandro Alves Coelho²

RESUMO: O instituto da guarda compartilhada tem como finalidade a garantia do desempenho do poder familiar aos pais, independentemente da situação conjugal que se encontrarem, podendo estes exercerem em igualdade de condições as obrigações e responsabilidades que lhes cabem. Porém, levando em consideração o conteúdo doutrinário da proteção integral da Criança e do Adolescente, bem como a Constituição Federal, o julgador diante os conflitos que envolvem os menores, precisam analisar individualmente cada caso concreto para decidir da melhor forma possível a garantia e proteção desses indivíduos vistos como vulneráveis. Portanto objetiva-se analisar o instituto da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sob a luz da legislação e jurisprudência brasileira. O método utilizado na pesquisa foi o bibliográfico através de pesquisas em artigos científicos, teses, monografias, legislações e jurisprudências, com método de abordagem dedutiva que permitiu buscar informações acerca do problema, obtendo-se os resultados esperados quanto as modificações advindas com a Lei n. ° 13.058/ 2014 que estabeleceu a guarda compartilhada como regra, deixando lacunas quanto a sua aplicabilidade ao caso prático onde os pais ou um dos, não possuem capacidade para desempenhar o poder familiar para garantir um núcleo familiar saudável quanto ao crescimento e desenvolvimento dos filhos.

Palavras-chave: Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Poder familiar. Guarda compartilhada.

4028

ABSTRACT: The institute of shared custody aims to guarantee the performance of parental authority to parents, regardless of their marital status, being able to exercise their obligations and responsibilities under equal conditions. However, taking into account the doctrinal content of the integral protection of Children and Adolescents, as well as the Federal Constitution, the judge in the face of conflicts involving minors, needs to analyze each concrete case individually to decide in the best possible way the guarantee and protection of these individuals seen as vulnerable. Therefore, the objective is to analyze the shared custody institute against the principle of the best interest of the child and adolescent in the light of Brazilian legislation and jurisprudence. The method used in the research was the bibliographical one through researches in scientific articles, theses, monographs, legislations and jurisprudence, with a deductive method of approach that allowed to search for information about the problem, obtaining the expected results regarding the modifications arising from Law n. ° 13.058/2014 which established shared custody as a rule, leaving gaps as to its applicability to the practical case where the parents or one of the parents do not have the capacity to exercise family power to guarantee a healthy family nucleus, contemplating the best interest in terms of growth and development of children.

Keywords: Principle of the best interest of the child and adolescent. Family power. Shared custody.

¹Graduanda em direito pelo Centro de Ensino Superior de Ilhéus CESUPI Faculdade de Ilhéus.

²Advogado (OAB/BA) Professor universitário nas disciplinas de Direito Tributário e Processo Tributário. Pós-graduado em metodologia do Ensino Superior com especialização em Direito Tributário pela Unisul 2007 2008. Mestre em Planejamento e Gestão Ambiental com ênfase em Tributação e Meio Ambiente pela UCSAL (2009 2011). (Docente do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Ilhéus, CESUPI, Faculdade de Ilhéus.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sob a luz da legislação e jurisprudência brasileira, evidenciando sua relevância diante as alterações trazidas com a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que considera atualmente no artigo 1.584, parágrafo 2, a modalidade da guarda compartilhada como regra ante a ausência de acordo dos genitores.

Porém, referente ao poder familiar, este sofreu mudanças significativas com o advento da Carta Magna, ao qual anterior a constitucionalização, os menores não eram considerados sujeitos dignos de direitos.

Partindo desta premissa o presente trabalho, constrói o seguinte questionamento:

A Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 contempla os ditames do princípio do menor interesse da criança e do adolescente quando aborda o instituto da guarda compartilhada?

Considerando a natureza do presente artigo, tem como o objetivo geral, analisar o instituto da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sob a luz da legislação e jurisprudência brasileira. Esse objetivo, é dividido em objetivos específicos, onde o primeiro aborda os aspectos históricos do direito da família e a evolução jurídica do poder familiar. O segundo, conceitua a Guarda sob a ótica do direito de família, de modo a caracterizar as moralidades de exercício da mesma, e o terceiro visa analisar os detalhes que envolvem o princípio do melhor interesse do menor com vistas ao direito de família brasileiro.

Em termos metodológicos, o método de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório e abordagem dedutiva, no campo do direito de família quanto a aplicação da guarda compartilhada como regra, utilizando como fundamentos, teses, artigos, monografias, legislações e jurisprudências já publicadas para que se possa discorrer e responder a problemática em questão.

Com isso, justifica-se que frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sob a luz da legislação e jurisprudência brasileira, é relevante analisar cada caso de forma individual para se obter um resultado efetivo de garantir além de direitos, proteção ao menor, não havendo apenas a imposição da norma ao caso concreto.

1.1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o Código Civil de 1916, a família era apenas aquela formada pelo casamento entre homem e mulher, onde o marido possuía o pátrio poder sobre toda a sua família, principalmente sobre a vida dos filhos.

“O Pátrio Poder, atualmente denominado poder familiar ou pátrio dever, nasceu no *patria potestas* do Direito Romano e visava apenas o interesse do chefe da família, de modo que a lei concebia ao pai o direito sobre a vida e morte do filho” (Souza, 2017, p.11). A família seguia um modelo patriarcal, matrimonializado e hierarquizado na figura do marido como chefe da sociedade conjugal, não havendo qualquer proteção específica destinada às crianças e aos adolescentes.

Nesse sentido, o casamento era o único meio de constituição familiar, e por isso, somente a família matrimonial estava assegurada quanto a proteção do Estado. Assim, o Código Civil de 1916 possuía nos artigos de 379 a 395 o "pátrio poder" como sendo o poder do pai, garantindo, expressamente o exercício familiar somente ao pai.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, essa realidade foi modificada, sendo conferida igualdade entre homens e mulheres, onde a Lei passou a se adequar quanto ao poder familiar.:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (Brasil, 1988, online)

Com isso, foi concedido direitos iguais para ambos os genitores e os vínculos afetivos começaram a prevalecer sobre o vínculo biológico, passando o afeto a ser o elemento determinante na formação de uma entidade familiar.

Logo, diante a evolução das tradições da sociedade, o Direito precisou acompanhar as alterações de valores e rever normas que não se enquadravam mais à realidade da época. Além disso, começou a surgir na doutrina e jurisprudência o reconhecimento do afeto como base da família contemporânea.

“Os atuais modelos de filiação ultrapassam a imposição rígida do fator biológico, que traz consigo a valorização da pessoa humana e dos seus sentimentos ” (França, 2019, p.11).

Portanto, o Código Civil de 2002 abordou o "Poder Familiar" nos artigos 1.630 e 1.638 como último Capítulo de seu Título I que trata dos Direitos Pessoais relativos ao Direito de Família, especificado no Livro IV da Parte Especial.

Assim, sabe-se que o Direito de Família rege as relações familiares e suas respectivas obrigações e direitos ligados as relações pessoais e patrimoniais entre os indivíduos, e é entendido como “ o ramo do Direito que regula e estabelece as normas de convivência familiar” (Dias, 2015, p. 112 apud França, 2019, p. 12), cujo conceito vem sendo modificado constantemente com a evolução social, possuindo os ambos os genitores diversos direitos e deveres referentes a estruturação, proteção e organização da estrutura familiar, tendo como características a irrenunciabilidade, a indelegabilidade e a imprescritibilidade.

“ O poder familiar gera direitos pessoais às pessoas naturais participantes dessa relação jurídica de direito material, e, por conseguinte, deveres, como os alimentos, com natureza própria ao dever de sustento, dentre outros” (Rodrigues,2015, online).

Outro conceito também é dado por Maria Helena Diniz:

O poder familiar consiste no conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos (Diniz, 2012, p.197 apud Dias, 2021, online).

4031

Assim, com o advento da Carta Magna em 1988, em 1990 surgiu o ECA, Lei n.º 8.069/2013, que ampliou a noção de família, trazendo questões como a guarda, proteção e garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, assegurando a estes os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (Brasil, 1990, online).

Art. 22. 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. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (Brasil, 1990, online).

Por isso, já que o exercício do poder familiar é previsto constitucionalmente, este preocupa-se na garantia de direitos básicos de convívio, cuidado e proteção para com os filhos.

1.2 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

Conforme artigo 226, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, “ a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Brasil, 1988, online), nesse sentido, o Estado precisa gerar condições para o indivíduo esteja apto para o convívio em sociedade, não deixando este de cumprir a sua função social:

No direito de família, a ordem pública prepondera dispendo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial. (Venosa, 2004, pág. 25 apud Lozza, 2014, pág. 11)

Por tanto, tal intervenção do Estado na família é fundamental, desde que preserve o princípio da autonomia, não se tornando invasiva, devendo respeitar os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, principalmente no que se refere a esfera privada dos indivíduos.

Sendo assim, o artigo 227 estabelece que o Estado é corresponsável por assegurar os direitos fundamentais da criança e adolescente, além de ser seu dever “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Brasil, 1988, online) devendo este intervir para regular e fiscalizar as relações familiares.

Corroborando Maria Berenice Dias:

O Estado moderno é legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, dispõe do direito de fiscalizar o adimplemento dos deveres decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-lo e até excluí-lo, quando um ou ambos mantêm comportamento que possa prejudicar o filho. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais (DIAS, 2015, p.470 apud Cronthal, 2021, p. 18).

Nesse sentido, quando esses direitos são desrespeitados ou interrompidos, pode haver a suspensão, perda ou extinção do poder familiar conforme regras processuais previstas no Estatuto da Criança e do adolescente e subsidiariamente de acordo com as normas do Código de Processo Civil:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (Brasil, 1990, online).

A extinção, prevista no artigo 1.635, do Código Civil, entendida não como uma medida protetiva determinada pelo Estado como é o caso da suspensão, mas como uma “consequência de fenômenos naturais ou jurídicos previstos em lei que ensejam a interrupção automática, definitiva e irrevogável do poder familiar” (Cronthal, 2021, p. 60).

“Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 50, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (Brasil, 2002, online).

Menciona-se também o artigo seguinte:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável (Brasil, 2002, Online).

Dessa forma, se considera como hipóteses legais de extinção do poder familiar de forma resumida, por fato natural, por ato voluntário, e por sentença judicial, explicadas a seguir.

A suspensão, portanto, é o ato ao qual o Estado ou ambos os pais diante uma decisão judicial restringe o exercício dos direitos e deveres do poder familiar diante a apresentação de um risco a saúde da criança ou implicação em prejuízo para a pessoa ou bens do filho.

Conforme prevê o artigo 1.637 do Código Civil sobre a suspensão:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (Brasil, 2002, online).

4033

Dessa forma, suspende-se o direito do poder familiar de um ou ambos genitores, fazendo com que o legislador estabeleça regras segundo o artigo 155 e seguintes do ECA que, garante proteção à criança e adolescente, e aos pais à ampla defesa e contraditório.

Já a perda do poder familiar é imposta quando o fato que a ensejar coloque em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho, sendo considerada a medida mais grave imposta nos casos de descumprimento de relevantes deveres que acarreta a destituição dos genitores de todas as prerrogativas decorrentes da autoridade parental:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017) Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) Homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) b) Estupro ou outro crime

contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) a) Homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) Estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018) (Brasil, 2002, online).

Por isso, a perda gera consequências danosas que podem repercutir em danos profundos na vida do menor, e por isso, sua aplicação são mais graves do que nos outros casos cuja diferença é de que a extinção é a perda de forma definitiva do poder familiar, e a suspensão é temporária.

1.3 O INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES NO DIREITO BRASILEIRO

A família enquanto base da sociedade se constitui como uma entidade capaz de proporcionar a estabilidade emocional e material essencial para manutenção da progressão social. Portanto, em uma dissolução familiar, se houverem menores de idade, estes são submetidos em sua maioria ao processo de guarda, cuja finalidade é regularizar a situação de convivência, direitos e obrigações entre os responsáveis.

“A guarda visa garantir ao detentor o livre exercício de todos os direitos e deveres concernente aos cuidados dos filhos, visando proteger os direitos fundamentais do infante, garantir o sustento, a educação, lazer e assistência, tudo que um ser humano necessite para viver dignamente” (Borges, 2018, p. 20).

Assim, o instituto da guarda foi disciplinado inicialmente pela Lei nº. 11.698 de 2008 e alterada pela Lei nº. 13.058/2014, e é um instituto do direito de família, regulamentada tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto pelo Código Civil e Constituição Federal.

“Usa-se o termo “guarda” para caracterizar a vigilância, proteção e cuidado. É o direito e o dever que os pais têm de vigiar, proteger e cuidar das crianças” (Florenzano, 2021, online).

Portanto, esse instituto é marcado pela separação entre os pais e a vulnerabilidade do filho consequência do conflito da tomada de decisões sobre com quem o menor irá ficar visto que mesmo que a relação conjugal tome outro rumo, os filhos manterão os laços afetivos com os pais, detentores do poder familiar de forma simultânea e igualitária, sendo irrenunciável, imprescritível, inalienável e indisponível.

“Todos os filhos com idade entre 0 e 18 anos estão guardados pelo instituto do poder familiar ou autoridade parental, que somente com a maioridade ou com a emancipação é interrompido” (Sobreira, 2017, p. 17).

Nesse sentido, ao definir ao tipo de guarda, será analisado o melhor interesse da criança e do adolescente, prevalecendo seus direitos sobre os interesses dos genitores, levando em consideração também fatores como a idade, o desenvolvimento físico, moral, afetividade, entre outros.

2. Espécies de guarda dos filhos menores

A Guarda é um instituto previsto nos artigos 1583 e seguintes do Código Civil e, em especial, nos artigos 33 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Atualmente existem diversas modalidades de guarda dos filhos, podendo ser a guarda comum, unilateral, alternada, nidação e guarda compartilhada, mas o ordenamento jurídico consagra apenas a guarda comum, a unilateral e a guarda compartilhada.

Assim, entende-se por guarda alternada ou de nidação a possibilidade de cada um dos pais de forma alternada, deter a guarda do filho exclusivamente, podendo ser um ano, mês ou semana, devendo estes manterem a rotina do filho. Por isso, apesar de não haver proibição, esse tipo de guarda deve ser aplicado com muito cuidado, pois pode desestabilizar o emocional e social da criança, podendo afetar o seu crescimento e desenvolvimento por não ter um lar fixo e estável.

Com relação a esta modalidade de guarda “o custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que acabam desestimulando a adoção dessa modalidade, além do mais, nos casos de um novo relacionamento dos pais, tal modalidade restaria prejudicada” (Rosa, 2015, p. 48 apud Ramos, 2014, online).

Já a guarda comum, é “aquela exercida implicitamente por ambos os genitores na constância do casamento ou da união estável, exercendo os pais conjuntamente todos os direitos decorrentes do poder familiar, bem como todos os deveres inerente à guarda dos filhos” (Ramos, 2014, online). Ou seja, ambos os pais casados e morando juntos, tem o dever de fiscalizar e manter a integridade física e psíquica dos filhos, proporcionando o seu desenvolvimento.

A guarda unilateral estar disposta no artigo 1.583, parágrafo 5º do Código Civil, com redação dada pela Lei 11.698/2008 que assim dispõe “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” (Brasil, 2008, online). Dessa

forma, o conjugue que fica sem a guarda terá o direito de visita e com obrigação de cumprir com o pagamento da pensão alimentícia no mês, não havendo distinção de autoridade parental entre os pais, devendo estes exercerem o poder familiar igualmente.

Infelizmente a guarda unilateral ensejou muitos casos de “alienação parental”, trata-se da alteração na concepção que o filho tem sobre o seu genitor, de modo que, ocorre um afastamento entre eles, causado pelo comportamento do genitor guardião, que causa uma falsa impressão ao menor sobre o não guardião. Em outros casos, a guarda unilateral levou ao “abandono afetivo”, situação em que o não guardião se afastava, pouco se importava pela convivência com a criança e o adolescente, fazendo-se presente o mínimo necessário. Tanto a alienação parental, quanto o abandono afetivo, são situações que só trazem prejuízos os filhos, pois retiram dos menores a possibilidade de um desenvolvimento emocional completo (Borges, 2018, p. 27)

Logo, o direito brasileiro ao ter casos de alienação parental e abandono, adotou a guarda compartilhada como regra conforme artigo 1.583, parágrafo 2º, da nova redação dada pela Lei nº. 13.058/2014, e a guarda unilateral como exceção.

“ Os pais participam efetivamente da criação, diferente da guarda unilateral, em que apenas um dos pais se responsabiliza e o outro “supervisiona” de longe” (Florenzano, 2021, online).

Portanto, entende-se como guarda compartilhada quando os pais separados ou divorciados, possuem responsabilidade parental igualmente sobre os filhos compartilhando direitos e deveres.

“Na guarda compartilhada os pais possuem deveres e direitos iguais para com o menor, tomando decisões em conjunto sobre a vida em todos os âmbitos da criança “ (Florenzano, 2021, online).

Posto isso, a espécie compartilhada possui como objetivo a garantia dos pais em exercer conjuntamente o poder familiar sobre seus filhos. Para isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu alguns princípios responsáveis por orientar magistrado na decisão acerca dos conflitos que envolvam crianças e adolescentes.

Dentre os princípios, é relevante o estudo da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente previsto no artigo 227 da Constituição e artigo 3º do ECA, ao qual estabeleceram proteção integral e com absoluta prioridade dos direitos fundamentais ante a instabilidade emocional existente entre os cônjuges.

Segundo Dias (2011) “Se os pais descumprem este dever, cometem delito e sujeitam-se a sofrer sanções penais, podendo até perder o poder familiar “, devendo eles proverem as necessidades vitais dos filhos que se encontram sob sua proteção.

Levy (2009, p. 142 apud Leite, 2018, online) entende que “Partindo do princípio de que o melhor interesse dos filhos deve sempre ser preservado, temos receio de que a imposição da guarda compartilhada venha a gerar ainda maiores dissabores aos filhos já tão fragilizados por constantes desavenças. ”

Nesse sentido, serão observadas as alterações trazidas pela lei nº. 13.058/2014 no que tange a guarda compartilhada e os princípios que a regem.

2.1 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº. 13.058/2014 NO QUE TANGE A GUARDA COMPARTILHADA

Com a evolução do conceito de família, houve evolução também do instituto da guarda compartilhada por meio da Lei n.º 13.058/14 originada do Projeto de Lei 117/2013, alterando os artigos 1583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Código Civil de 2002 para determinar a modalidade da “guarda compartilhada” e explanar sobre sua atual aplicação que consagrou a guarda compartilhada como modelo de guarda preferencial a ser aplicado pelos juízes e estabelecido nos núcleos familiares atuais.

O artigo 1.583 caput do Código Civil de 2002 mencionava que “no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” (Brasil, 2002, online).

Diante uma primeira alteração feita pela Lei n.º 11.698 de 2008, passou a constar que “a guarda será unilateral ou compartilhada” (Brasil, 2008, online), mantendo-se dessa forma até a referida alteração em 2014.

Cita-se:

Art. 1.583. [...] § 2º. a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores I- afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II- saúde e segurança; III- educação; (Brasil, 2008, online).

Assim, o Código Civil de 2002 precisou se adaptar diante as alterações do direito de família, cuja redação foi modificada por meio da Lei 13.058/14 e abordou que “ 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 ” (Brasil, 2014, online), abordando, portanto, a modalidade da guarda compartilhada como regra quando não houver acordo entre os pais, vislumbrando o melhor interesse do menor. Com isso, a guarda unilateral passou a ser concedida em casos excepcionais, quando um dos

pais não estiver capacidade de se responsabilizar pelo poder familiar ou for decidido via judicial por meio do juiz.

“As doutrinas estudadas destacam que a guarda compartilhada é a melhor opção a ser utilizada quando ocorre a dissolução do vínculo conjugal, pois assim ambos o pais mantém o convívio e responsabilidade na educação e criação da prole” (Rocha et al., 2016, p. 25).

Conforme IBGE de 2013, “na maioria das vezes, ou 86,3%, a responsabilidade pela guarda dos filhos menores fica com a mãe, e apenas em 6,8% dos casos, os pais compartilham a guarda no Brasil “ (Rocha et al., 2016, p. 26).

Diante disso, a alteração firma o objetivo de manter os laços familiares entre pais e filhos, mesmo com a separação, possibilitando, assim, que ambos os genitores participem de forma conjunta da vida dos menores, bem como arcando com seus deveres e responsabilidades segundo artigo 1583, parágrafo 5º do Código Civil:

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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) (Brasil, 2002, online).

Nesse sentido, há uma forte preocupação quanto a vulnerabilidade e aplicação desse artigo perante a doutrina integral de proteção à criança e ao adolescente pois, tal regra, apesar de promover o convívio com os pais para que estes possam exercer o arbítrio parental e a responsabilidade conjunta, necessita de uma análise cuidadosa do núcleo familiar já que, a decisão irá incidir diretamente no dia a dia do menor, por isso, estabelece que a “ moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos “ (Brasil, 2014, online).

Dessa forma, com as alterações, faz-se necessário um estudo sobre o instituto, considerando a vulnerabilidade dos envolvidos na relação, tendo em vista que a Constituição de 1988 determina princípios essenciais ao qual são considerados como valores primordiais a serem atendidos na correta interpretação e aplicação das leis, em especial no que tange ao melhor interesse da criança e do adolescente, onde a falta de conhecimento poderá ocasionar prejuízos irremediáveis.

2.2 Princípios que regem a guarda compartilhada

A Constituição Federal de 1988 é responsável por garantir direitos e garantias fundamentais, consolidados e inerentes a todos os cidadãos brasileiros. Com isso, possui um

capítulo denominado "Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso", o qual, busca elencar proteção as famílias englobando prestações estatais para atender às necessidades sociais e promover a dignidade humana de todos fundamentado nos princípios constitucionais.

Assim, com relação a guarda compartilhada, alguns princípios constitucionais garantem os direitos às crianças e adolescentes até atingir a maioridade civil, buscando efetivar o desenvolvimento saudável diante das diversidades que podem acontecer no seio familiar que tem como consequência a perda ou suspensão deste poder.

“Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (Brasil, 1990, online).

Portanto, os princípios do melhor interesse da criança, proteção integral, convivência familiar e dignidade da pessoa humana tornou-se um dos principais critérios para determinação da guarda compartilhada.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente além de estar previsto no artigo 227 da Constituição, também é abordado no artigo 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como finalidade a proteção de forma integral e com absoluta prioridade seus direitos fundamentais:

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, asseguram do-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 (Brasil, 1990, online).

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 (Brasil, 1990, online).

Já o princípio da proteção integral, tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado, “partindo do pressuposto de que tais seres humanos necessitam de alguém que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, até que se tornem plenamente desenvolvidos físico, mental, moral, espiritual e socialmente” (Costa, 2019, online).

A convivência familiar, é entendida como um dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, e precisa ser exercida em todo o âmbito familiar, segundo artigos 226 e 227 da Constituição, e artigo 19 do ECA.

“Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral “ (Brasil, 1990, online). Assim, salvos as exceções, a criação de qualquer tipo de dificuldade na convivência familiar entre pais e por qualquer um dos pais, configura-se abuso de direito que deve ser imediatamente combatido pelo Estado para que se evite a alienação parental conforme parágrafos 1 e 2 do artigo 23:

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) § 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018) (Brasil, 1990, online).

Dessa forma, se tal convivência vier trazer risco à integridade física e/ou psíquica do jovem ou adolescente, “cumpre aos detentores do poder familiar manifestar-se em sentido oposto, desde que de forma fundamentada e motivada, não bastando uma mera desavença pessoal com o familiar interessado para impedir que a visitação ocorra “ (Costa, 2019, online), portanto, esse direito estar atrelado ao exercício do direito a dignidade da pessoa humana, cujo objetivo principal é de garantir o bem-estar de todos os cidadãos, sendo oferecido o mínimo existencial para uma vida digna.

O princípio da dignidade da pessoa humana estar previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, ao qual reconhece o valor intrínseco de cada indivíduo e estabelece que todas as pessoas devem ser tratadas com respeito, igualdade e liberdade, buscando uma sociedade justa e inclusiva, independentemente de características pessoais (Brasil, 1988).

2.3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tendo em vista que o exercício do poder familiar é previsto constitucionalmente, este preocupa-se na garantia de direitos básicos de convívio, cuidado e proteção para com os filhos, pois a guarda tem por finalidade proteger os interesses do menor em diversas áreas importantes ao seu crescimento.

Segundo Dias (2011) “Se os pais descumprem este dever, cometem delito e sujeitam-se a sofrer sanções penais, podendo até perder o poder familiar “, devendo eles proverem as necessidades vitais dos filhos que se encontram sob sua proteção.

Nesse sentido, a guarda compartilhada, se for devidamente aplicada atende integralmente os interesses da criança e do adolescente, pois, proporciona aos pais ampla convivência com os filhos para que estes exerçam de fato os direitos inerentes ao poder familiar e diminuindo o impacto negativo que o rompimento conjugal possui sobre a relação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1 . As decisões acerca da guarda de menores são SEMPRE tomadas exclusivamente no interesse deles, levando-se em conta todos os aspectos de seu desenvolvimento psicológico, moral e afetivo. 2 . Não há registro, até o presente momento, de violência, ameaça, alienação parental ou qualquer outro tipo de risco para a menor por parte do genitor. Em outras palavras, não há nos autos provas contundentes de que a criança esteja sendo submetida a condições inadequadas para o seu crescimento saudável, com a guarda compartilhada deferida ao genitor, ou de que este tenha faltado com quaisquer das obrigações impostas pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.. 3 . A modificação, em sede de juízo de cognição sumária, da guarda das menores, visa atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 4. Recurso conhecido e desprovido (TJ-DF - AGI: 20150020295274, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/02/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE, 2016, online).

4041

Logo, a aplicabilidade da guarda compartilhada por si só, não garante proteção e direitos aos menores, devendo ser interpretados conforme a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando o melhor interesse, destes como garantia fundamental.

Percebe-se que guarda compartilhada não é mais vista como exceção, mas sim como regra, visando atender o melhor interesse dos filhos, firmando assim o convívio com ambos os genitores, afastando a ideia de posse, promovendo a continuidade na relação familiar. Porém, a aplicação desse formato de guarda exigirá muita atenção do juiz, devendo ele observar o melhor interesse do menor, uma vez que, se aplicada essa medida aos pais em situação de conflito, poderá ao invés de melhorar, piorar a situação, trazendo assim enormes prejuízos para o menor (Rocha et al., 2016, p. 26).

Dessa forma, diante da complexidade do direito de família, a criança passa por uma condição de vulnerabilidade decorrente da separação dos pais, e em virtude disso, mesmo

a guarda compartilhada sendo uma regra, é necessário proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, devendo o juiz solicitar ajuda de outros profissionais para que se confirme se a estrutura familiar admite a aplicabilidade dessa modalidade de guarda.

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO. Se a criança está ainda em tenra idade e desde o nascimento encontra-se sob os cuidados do casal guardião, que lhe tem devotado o afeto e as atenções próprias de pais, e se a regulamentação de visitas em favor do pai biológico já estava regulamentada e agora foi ampliada pelo julgador, proporcionando uma maior aproximação entre pai e filho, descabe ampliar ainda mais a visitação, de forma a aproximá-la de uma guarda compartilhada, pois isso implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, AGI Nº 70006449912, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003, DJ).

Ou seja, torna-se fundamental garantir que, diante de um conflito que envolva crianças e adolescentes, seus direitos sejam assegurados por meio da proteção e aplicação dos princípios consagrados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Posto isso, a espécie compartilhada possui como objetivo a garantia dos pais em exercer conjuntamente o poder familiar sobre seus filhos. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu alguns princípios responsáveis por orientar magistrado na decisão acerca dos conflitos que envolvam crianças e adolescentes.

Levy (2009, p. 142 apud LEITE, 2018, online) entende que “Partindo do princípio de que o melhor interesse dos filhos deve sempre ser preservado, temos receio de que a imposição da guarda compartilhada venha a gerar ainda maiores dissabores aos filhos já tão fragilizados por constantes desavenças.”

Sendo assim, surge a necessidade de cada caso ser analisado individualmente, pois o julgador precisa decidir da melhor forma possível o que é benéfico para o menor envolvido, visto que a guarda compartilhada mesmo sendo uma regra, vai além de formalizar e dividir as responsabilidades econômicas do filho, sendo essencial garantir sua integridade, crescimento e formação em um ambiente seguro e próspero, sem alienação parental ou litígios quem venham refletir futuramente na vida do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tratou em abordar a relevância da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sob a luz da legislação e

jurisprudência brasileira com as alterações trazidas com a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, ao qual passou a considerar a modalidade da guarda compartilhada como regra ante a ausência de acordo dos genitores.

Para isso, foi necessário mostrar a evolução do direito de família no que tange ao poder familiar, cujos menores não eram considerados sujeitos dignos de direitos e apenas o pai era visto como apto a exercer tal poder. Assim, com a constitucionalização da Carta Magna em 1988 e o ECA de 1990, a criança e o adolescente são reconhecidas como sujeitos de direitos, crescendo uma forte preocupação quanto o exercício do arbítrio parental e a responsabilidade conjunta dos genitores.

Com isso, entende-se que a guarda compartilhada é uma forma de preservação do convívio familiar sob um novo formato de reorganização deste núcleo, onde os responsáveis, ambos detentores da guarda, exercem conjuntamente o poder familiar, as responsabilidades e os deveres essenciais para o desenvolvimento destes, sendo relevante analisar cada caso de forma individual para se obter um resultado efetivo de garantir além de direitos, proteção ao menor, não havendo apenas a imposição da norma ao caso concreto.

Sendo assim, deve-se avaliar se toda e qualquer situação familiar se encontra de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois há situações em que os pais vivem em desarmonia, ou até mesmo casos de violência contra a mulher em que o agressor não pode obter livremente esse direito, visando o bem-estar, preservação da saúde mental e física do menor, por isso, o juiz necessita avaliar com cautela toda e qualquer situação.

Logo, conclui-se que, a aplicação do instituto da guarda compartilhada somente será efetiva se respeitar ao máximo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em todos os sentidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Brasília: Senado Federal, 1988. Acesso em 15 de maio de 2023.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 15 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069. 1990.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-deconteudo/crianca-e-adolescente/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-versao-2019.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm> Acesso 15 de maio de 2023.

BRASIL, **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em 16 de setembro de 2023.

BORGES, Nathália Aparecida e Silva. **Uma análise da lei nº. 11.698/08 sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** 2018. Disponível em <<http://repositorio.fucamp.com.br/bitstream/FUCAMP/392/1/Umaanaliselei1169808.pdf>> Acesso em 05 de outubro de 2023.

COSTA, André. **O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** 2019. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/792284672>> Acesso em 20 de setembro de 2023.

CRONTHAL, Leticia dos Santos. **Suspensão e destituição do poder familiar: uma análise crítica.** 2021. Disponível em <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13260/1/Monografia%20Let%C3%ADcia%20Formatada.pdf>> Acesso em 05 de outubro de 2023.

4044

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Rayane Marquette. **O poder familiar no direito brasileiro.** 2021. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/90170/o-poder-familiar-no-direito-brasileiro> > Acesso em 28 de outubro de 2023.

FLORENZANO, Beatriz Picanço. **Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos?** 2021. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F>> Acesso em 21 de maio de 2023.

FRANCA, Rostand Alves de. **A alienação parental e sua prevenção através da guarda compartilhada.** 2019. Disponível em <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11410/1/JSSo6062017.pdf>> Acesso em 18 de maio de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Rafael Damásio. **Guarda compartilhada.** 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/33888/guarda-compartilhada>> Acesso em 20 de maio de 2023.

LOZZA, Cláudia. **Direito de Família.** 2014. Disponível em<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11571/Lozza_Cl%C3%A1udia.pdf?sequencia=1> Acesso em 15 de setembro de 2023.

RAMOS, Isabela. **Guarda de filhos no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Disponível em<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-de-filhos-no-ordenamento-juridico-brasileiro/152277359>> Acesso em 21 de setembro de 2023.

ROCHA, Taize Gonçalves da Fonseca. PEIXOTO, Cristiano André. OLIVEIRA, Romário Junior Marques de. TAVARES, Débora de Barros. **GUARDA COMPARTILHADA: vantagens e desvantagens.** 2016. Disponível em<http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/GUARDA_COMPARTILHADA_vantagens_e_desvantagens_.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2023.

RODRIGUES, Owsvaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira.** 2015. Disponível em<<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>> Acesso em 30 de setembro de 2023.

SOUZA, Jéssica Sena de. **Guarda compartilhada: análise de sua aplicabilidade à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** 2017. Disponível em<<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11410/1/JSSo6062017.pdf>> Acesso em 18 de maio de 2023.

SOBREIRA, Larissa Nicolino da Silva. **Guarda compartilhada e os julgados do superior tribunal de justiça.** 2017. Disponível em<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11951/1/21395770.pdf>> Acesso em 29 de setembro de 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AGI: 20150020295274.** Turma Cível. 2016. Disponível em<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/desvantagens-da-guarda-compartilhada/333740519>> Acesso em 10 de outubro de 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AGI Nº 70006449912.** 2003. Disponível em<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/792284672>> Acesso em 10 de outubro de 2023.

VIEIRA, Natália Souza. **DIREITO DE VISITA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR ENTRE AVÓS E NETOS.** 2021. Disponível em<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13988/1/DIREITO%20DE%20VISITA%20E%20CONVIV%3%8ANCIA%20FAMILIAR%20ENTRE%20AV%3%93S%20E%20NETOS.pdf>> Acesso em 17 de maio de 2023.