

Atividade decorrente da Pesquisa Científica de Dissertação de Mestrado

Universidad de Desarrollo Sustentable - UDS

EUNICE MOREIRA ROSA

GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Minuta descritiva decorrente da pesquisa científica apresentada ao Programa de Pós-Graduação e Extensão Universitária - Mestrado em Direito, área de concentração: Direito. Curso de Mestrado em Direito.

Período: Julho de 2020 a Julho de 2022.

Orientador: Dr Leopoldo Briones Salazar

RESUMO

O principal objetivo deste artigo é analisar se a guarda compartilhada é de fato a melhor opção em situações de litígio e hostilidade entre os genitores, à luz do princípio do melhor interesse da criança. Assim, a pesquisa visou responder ao seguinte questionamento: É eficiente a aplicação da guarda compartilhada no caso de discórdia parental? Portanto, em resposta a esse problema, o trabalho científico foi dividido em três tópicos. Inicialmente, neste artigo, explica-se, brevemente, os tipos de guarda no direito de família; a seguir, analisa-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro; por fim, analisa-se a guarda compartilhada, sua aplicabilidade, formas de exercício e eficácia frente à discórdia parental. Questões de custódia são conhecidas por causar muita discussão quando um relacionamento termina, tendo sido gerada uma criança. No entanto, resolver este problema é sempre essencial. Este estudo é de natureza bibliográfica. Para tanto, está baseado em fontes relacionadas a doutrinas, legislação, jurisprudência, artigos da internet, e outras interpretações relacionadas ao tema. Os resultados apontam que a pesquisa sobre guarda compartilhada é de vital importância para verificar sua eficácia e promover sua aplicação, quanto ao princípio do melhor interesse dos menores, em processos de divórcio.

Palavras-chave: Família. Guarda Compartilhada. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

SHARED CUSTODY FACING THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze whether shared custody is in fact the best option in situations of litigation and hostility between parents, in light of the principle of the best interest of the child. Thus, it aims to answer the following question: Is the application of shared custody efficient in the case of parental discord? Therefore, in response to this problem, the work was divided into three topics. At the first opportunity, this article will briefly explain the types of custody in family law. Next,

the principle of the best interest of children and adolescents in the Brazilian legal system will be analyzed. Finally, the article analyzes shared custody, its applicability, forms of exercise and effectiveness in the face of parental discord. Custody issues are known to cause a lot of discussion when a relationship that produced a child ends. However, solving this problem is always essential. Therefore, this study is bibliographic in nature. Therefore, it is based on sources related to doctrines, internet, legislation, jurisprudence, articles, and the greatest interpretations related to the subject. Research on shared custody is of vital importance to verify its effectiveness and promote its application in the principle of the best interest of minors in divorce proceedings.

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

CUSTODIA COMPARTIDA FRENTE AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es analizar si la custodia compartida es de hecho la mejor opción en situaciones de litigio y hostilidad entre los padres, a la luz del principio del interés superior del niño. Así, pretende responder a la siguiente pregunta: ¿Es eficiente la aplicación de la custodia compartida en caso de discordia parental? Por lo tanto, en respuesta a este problema, el trabajo se dividió en tres temas. En la primera oportunidad, este artículo explicará brevemente los tipos de custodia en el derecho de familia. A continuación, se analizará el principio del interés superior de los niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico brasileño. Finalmente, el artículo analiza la custodia compartida, su aplicabilidad, formas de ejercicio y eficacia frente a la discordia parental. Se sabe que los problemas de custodia causan mucha discusión cuando termina una relación que produjo un hijo. Sin embargo, solucionar este problema siempre es fundamental. Por lo tanto, este estudio es de carácter bibliográfico. Por lo tanto, se basa en fuentes relacionadas con doctrinas, internet, legislación, jurisprudencia, artículos y las mayores interpretaciones relacionadas con el tema. La investigación sobre la custodia compartida es de vital importancia para comprobar su eficacia y promover su aplicación en el principio del interés superior de los menores en los procesos de divorcio.

Palabras clave: Familia. Guardia Compartida. Principio del interés superior del niño y del adolescente.

Introdução

O sistema familiar mudou nas últimas décadas. Dessa perspectiva, os relacionamentos mudaram e se tornaram, cada vez mais, instáveis. Considera-se que os relacionamentos amorosos acontecem, na atualidade, por meio de conexões fugazes e instáveis, tornando-se superficiais e instáveis. Embora os padrões familiares tradicionais tenham sido superados, hoje, os problemas associados a eventuais separações não mudaram.

A partir daí, surgiram questionamentos sobre como manter relacionamentos afetivos importantes, com os filhos, sem submetê-los aos danos traumáticos de relacionamentos fracassados? O vínculo entre pais e filhos é inseparável e deve ser feito no melhor interesse da criança, não dos pais. Dessa forma, o ideal, após o fim do casamento, é um bom relacionamento entre os genitores, sendo um fator decisivo para a concessão da guarda compartilhada do filho,

o que, em tese, é um pequeno trauma para a criança, no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dessas considerações, o objetivo geral do trabalho de pesquisa foi analisar se a guarda compartilhada é de fato a melhor opção em situações de litígio e hostilidade entre os genitores, no melhor interesse da criança. Essa situação é muito relevante, pois, em muitos casos, os pais não moram juntos após a separação. Diante disso, a pergunta a ser respondida é: considerando o princípio do melhor interesse da criança, a guarda compartilhada é realmente a melhor escolha, em caso de litígio ou hostilidade entre as duas partes?

Assim, para responder a esta questão, o artigo foi dividido em três itens principais. Na primeira parte, analisa-se o direito de família e as modalidades de tutela existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na guarda compartilhada. Em segundo lugar, identifica-se, com maior profundidade, o princípio do melhor interesse da criança e suas principais diretrizes. Por fim, verifica-se a guarda compartilhada, como a melhor opção, em caso de litígio ou discórdia entre os genitores, após o término do relacionamento.

O método de estudo adotado foi o bibliográfico de caráter dedutivo, ou seja, optou-se por realizar, primeiro, uma pesquisa geral sobre o direito de família, para, depois, se aprofundar nas questões específicas da guarda e proteção de crianças e adolescentes. No estudo da abordagem processual, foram utilizadas monografias, que incluem levantamentos teóricos e legislativos, para responder às questões de interesse do tema; também, foram realizadas pesquisas em livros, artigos e outros documentos relacionados ao assunto.

Objetivo Geral

Analisar se a guarda compartilhada é, de fato, a melhor opção em situações de litígio e hostilidade entre os genitores, mediante o princípio do melhor interesse da criança.

Objetivos Específicos

- Analisar o direito de família e as modalidades de tutela existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na guarda compartilhada;
- Identificar o princípio do melhor interesse da criança e suas principais diretrizes;
- Verificar se a guarda compartilhada é a melhor opção em caso de litígio ou discórdia entre os genitores, após o término do relacionamento.

1 Direito da família

A legislação pátria aborda temas familiares, em partes específicas. O artigo 226, parágrafos 1º a 4º, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988), não conceitua família, mas a vincula à instituição do casamento civil ou religioso, da união estável entre homens e mulheres, e das famílias dos pais – a lei estipula que é a comunidade formada entre os dois pais e seus filhos, conforme se pode verificar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil, e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (Regulamento).

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

Outras especificações, também, abordam esse tema, inclusive introduzindo conceitos, como o art. 5º, inciso II da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - A Lei Maria da Penha, (BRASIL, 2006), que determinou que a família é formada "por afinidade ou por vontade definida".

Da mesma forma, o Art. 25 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Código da Criança e do Adolescente (BRASIL 1990) – define família natural como "comunidade dos pais ou de qualquer deles e de seus filhos". Esse mesmo artigo apresenta o conceito de família extensa, aquela "além do âmbito da unidade genitora/filho ou unidade de casal, composta por parentes próximos, convivendo com crianças ou adolescentes e mantendo estreita relação de afeto".

O direito de família, como parte do direito civil, acompanhou o desenvolvimento da sociedade e, também, sofreu profundas e importantes modificações ao longo dos anos, principalmente, em respeito à proteção da família e da entidade familiar, seja ela um casamento, uma união estável, por exemplo, ou talvez uma relação monoparental. Além disso, inúmeras outras mudanças ocorreram, como o reconhecimento de filhos ilegítimos; status de cônjuge e companheiro; poderes familiares; filhos em espera; direito de visita dos pais; adoção; reconhecimento de validade civil de casamentos religiosos; dissolução de relações conjugais e casamentos; entre inúmeros outros.

O direito de família é único, com normas, técnicas e princípios diferentes, ou mesmo ineficazes, de outros ramos do direito civil. Beviláqua (1953, p. 6) o conceituou:

O direito de família constitui um conjunto de normas que regulam a celebração

do casamento, sua validade e consequências, as relações pessoais e econômicas das sociedades conjugais, a dissolução do casamento, as uniões estáveis, as relações entre pais e filhos, os órgãos complementares de parentesco e tutela e curatela.

Como tal, é um ramo do direito civil que trata das relações entre pessoas unidas por casamento, união estável ou parentesco. Ainda sobre esse tema, o direito de família tem como parâmetros os seguintes princípios: o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º inciso III da Constituição Federal de 1988), o princípio da solidariedade familiar (art. 3º inciso 1º da Constituição Federal 1988), o princípio da igualdade dos filhos (art. 227 § 6º da Constituição Federal de 1988 e art. 1.596 do Código Civil), o princípio da igualdade dos cônjuges e companheiros (art. 227 § 5º da Lei Federal Constituição de 1988 e art. 1.511 do Código Civil), Princípio da Não Interferência ou da Liberdade (art. 1.513 do Código Civil), Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (art. 227 do Código Federal de 1988 e art. e 1.584 do Código Civil), Princípio da Emoção, Princípio da Função Social da Família (artigo 226 da Constituição Federal de 1988) e princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988) tem sido denominado o princípio universal norteador do ordenamento jurídico brasileiro. Foi ele quem deu os princípios da lógica do norte para a aplicação da lei pelos juízes. Em suma, a dignidade humana deve ser analisada a partir da realidade da pessoa em seu contexto social.

O princípio da solidariedade familiar (artigo 3.º, I da Constituição Federal de 1988) enfatiza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, assim, afeta diretamente as relações familiares, que devem existir nas relações humanas. Além disso, esse princípio é evidente no suprimento de alimentos.

O princípio da emoção vem de uma valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. O afeto não consta da constituição federal como direito fundamental, ainda que seja subjetivo. No entanto, a cada dia que passa, as emoções estão se tornando mais frequentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, alterado pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010 (artigo 227 da Constituição Federal de 1988, dispõe que "é dever da família, da sociedade e do Estado para assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens os direitos 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 protegê-los de toda forma de abandono , discriminação, exploração,

violência, crueldade e opressão.

Em seu artigo 3º estabelece que “A criança e o adolescente gozarão, sem prejuízo da proteção integral, de todos os direitos fundamentais inerentes à desenvolvimento social em condições de liberdade e dignidade”.

Complementando a Constituição Federal de 1988 está o artigo 4º da Lei da Criança e do Adolescente, que estabelece que “a família, a comunidade, a sociedade como um todo e os poderes públicos têm prioridade absoluta para assegurar a realização dos direitos relativos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, ao profissionalismo, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência em família e na comunidade”.

A tutela no ordenamento jurídico, em especial a guarda unilateral (art. 1.583, § 1º, do Código Civil) e a tutela compartilhada (art. 1.583, § 1º, art. 2º, do Código Civil). ou a um substituto para ele.

Normalmente, um dos cônjuges ou substituto tem guarda, enquanto o outro é responsável pela visita. Esta abordagem priva o filho do direito de viver com um dos pais de forma diária e contínua. , a tutela única supracitada prevista na Lei 11.698/2008 impõe a exigência de definição dos pais com “melhores condições” para tal tutela, em qualquer hipótese não deve ser confundida com mais recursos financeiros. dos pais é mais adequado para os seguintes fatores: “I - relacionamento com os pais e grupo familiar, II - saúde e segurança, III - educação” (Lei Civil 1.583 do Código), § 2º, incisos I a III revogados pela Lei n . 13.058/2014).

De fato, quando houver hostilidade entre as partes, o juiz deve levar em consideração o melhor interesse da criança ou jovem, não desconsiderando outros fatores como dignidade, respeito, lazer, esporte, alimentação, cultura e outros (Estatutoda Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, nº 4.º).

Refira-se que, nos termos do artigo 1583.º, n.º 5, do Código Civil, a guarda unilateral obriga o progenitor que não a detenha a tutelar os interesses do filho. Tais previsões acabaram por evitar o abandono moral da criança. Em termos de partilha, o tempo passado com os filhos deve ser repartido igualmente pelos pais, sendo a cidade de origem do menor o local que melhor se adapte aos interesses dos filhos.

A guarda compartilhada é baseada na cooperação mútua entre os pais, ambos comprometidos em cuidar da criança e trabalhar juntos para encontrar a melhor solução para o menor. Quando ambos os progenitores não tenham o necessário acordo sobre a guarda do filho, ambos possam exercer o poder familiar, aplicar-se-á a guarda conjunta, salvo se um dos progenitores declarar ao magistrado que não quer ficar com a guarda do menor, que se torna obrigatório.

Analisados os relevantes princípios do direito de família, bem como da guarda única e compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, passamos agora ao próximo projeto, que terá como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio brasileiro do melhor interesse coloca a criança e o jovem no centro de qualquer decisão. É preciso entender os princípios norteadores desse ordenamento jurídico, que, afinal, existe na Constituição Federal de 1988 e no Código da Criança e do Adolescente, garantindo que os interesses dos menores sejam priorizados pelo Estado e pela sociedade e, principalmente, pelo Poder Público. família. Assim, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 65, de julho de 2010:

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.

Quanto aos direitos relacionados à proteção da criança e do adolescente, o Estado, bem como a família e a sociedade, devem prover todos os meios para que tenham uma vida digna desde o nascimento até a idade adulta. Com base no princípio do melhor interesse da criança, Lôbo (2009, p. 53) o conceitua como:

O princípio do melhor interesse significa que, de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, os interesses das crianças – incluindo os adolescentes – devem ser priorizados pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na formulação quanto no exercício dos direitos que lhes são concedidos, com atenção à ação As relações familiares de uma pessoa em desenvolvimento e digna, especialmente nas relações familiares.

Dando continuidade a essa proteção, a mais recente lei n. A Lei nº 13.257 de 2016 garante a prioridade absoluta dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, conforme o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º da Lei da Criança e do Adolescente, o que significa que cabe ao Estado formular políticas, planos, programas para esta faixa etária (seis anos completos ou setenta e dois meses de vida de uma criança), apresentando programas e

serviços para a primeira infância, para garantir seu desenvolvimento integral.

Do ponto de vista civil, a proteção adequada de crianças e adolescentes está consubstanciada no princípio do melhor interesse, reconhecido inclusive pela Convenção Internacional de Haia. Os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, também, estipulam os princípios acima, ao regular a tutela parental, embora ambos tenham sofrido alterações. Essa alteração foi, originalmente, feita devido à Lei nº 11.698, de 2008, que passou a estabelecer a guarda compartilhada como regra. No entanto, mesmo que a referida lei preveja esta disposição, a guarda unilateral (em que um dos genitores tem a guarda e o outro tem disposições de visitação a seu favor) prevalece sobre a guarda compartilhada.

No entanto, o tempo passou e o sistema de proteção anterior sofreu novas alterações. Assim, é do interesse da criança e do adolescente obter a guarda em que o protagonista passe a ter guarda conjunta (e não mais guarda exclusiva). Ainda, sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Pereira defende que a definição do mérito só pode ser feita em situação concreta, ou seja, em situações reais, com certos contornos pré-definidos, que são os melhor para crianças:

Isso ocorre porque os princípios, ao contrário das regras, realmente não contêm conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não leva a uma abordagem de tudo ou nada como uma regra; sua aplicação deve ser *prima facie*. Esses princípios, como normas de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo em todas as situações da vida, com uma concepção adequada dos contornos daquela determinada situação. Portanto, eles têm conteúdo aberto. Assim, o conceito de ‘melhores interesses’ pode variar no tempo e no espaço (PEREIRA, 2004, p. 91).

A necessidade de separar a figura conjugal da figura parental é validada diante das disputas judiciais, em que os pais brigam por fazer das crianças uma "moeda de troca". Assim, o critério definidor da tutela é unicamente o bem-estar da criança e do jovem, o princípio do melhor interesse.

É do melhor interesse das crianças e dos jovens que a legislação trabalha pelo seu bem-estar, garantindo que qualquer criança continue a viver num ambiente harmonioso, mesmo que os pais se divorciem ou dissolvam a união. A maternidade e a paternidade são irreversíveis e inalienáveis para assegurar a continuidade da vida familiar, que é um direito fundamental e, por sua vez, um dever dos pais.

Por fim, Pereira destaca o papel deste princípio orientador:

Na sua aplicação, é inoportuno propor soluções preconcebidas e

predeterminadas ao princípio do superior interesse dos menores. O papel das questões de princípio lógico é justamente conseguir se sobrepor ao bem maior, ainda que violem as normas, pois são tarefas de otimização jurídica. Eles fortalecerão a equidade acima da lei. Os intérpretes devem, por meio de escolhas racionais e valorativas, verificar em casos específicos as garantias dos menores no exercício dos direitos e garantias fundamentais (PEREIRA, 2004, p.100).

Analisado o melhor interesse da criança e do adolescente, passamos ao tópico dedicado à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, averiguando se ela é a mais adequada, em quais circunstâncias de desarmonia entre os genitores do infante.

3 Guarda compartilhada e o melhor interesse do menor

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, que altera o Código Civil/02, os pedidos de guarda compartilhada de filhos menores passam a ser regra para os divórcios, em geral, inclusive os litigiosos, que se caracterizam por casais hostis. Se o relacionamento entre eles for bom, eles não se divorciarão ou, na melhor das hipóteses, se divorciarão consensualmente.

A maior parte da jurisprudência sustenta que, para determinar a guarda compartilhada, é necessário estabelecer uma relação harmoniosa entre os ex-cônjuges, o que é raro ou inexistente nos divórcios litigiosos.

Para Diniz (2012, p. 222), "o direito de guarda refere-se, na verdade, a um 'certo' interesse concedido aos pais, habilitando-os a conviver com os filhos, decidindo sobre a distribuição de bens materiais, morais e educacionais devidos, assistência aos seus respectivos deveres".

A aplicação da guarda compartilhada se dá na responsabilização conjunta e no exercício de direitos e obrigações dos genitores em diversos lugares, o que se relaciona com os direitos familiares dos filhos em comum. Grisard Filho (2014, p.131) explica que "essa abordagem convoca os pais separados a exercerem conjuntamente a autoridade parental, como o fazem nos casamentos estáveis".

Dias, em um de seus artigos, descreve o modelo de responsabilidade solidária e/ou guarda compartilhada:

O novo modelo de responsabilidade solidária é um avanço porque beneficia o desenvolvimento da criança e é menos traumático, dá continuidade o relacionamento de uma criança com ambos os pais e elimina a ideia de custódia. É dever do juiz informar aos pais o que significa a guarda compartilhada: ambas as partes têm privilégios adicionais que lhes permitem estar mais intimamente

envolvidos na vida da criança. O objetivo é proteger os direitos das crianças. A guarda compartilhada garante efetivamente a perpetuação do vínculo mais estrito entre ambos os genitores na criação e educação dos filhos, de forma que a simples visitação não pode. A coparentalidade é o reflexo mais fiel da compreensão do poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral da criança leva a uma pluralidade de responsabilidades e cria uma verdadeira democratização do afeto (DIAS, 2010, p. 1).

Dias (2010, p.01) também esclarece que, ao contrário do que todos afirmam, não se trata de uma vitória dos pais, mas de uma grande conquista dos filhos, que não podem mais ser usados como instrumentos de vingança. Para o autor, a disputa pela posse da criança está encerrada, a criança é apenas um objeto, sob a guarda da mãe, que tem o direito de permitir ou não a visita do pai. Portanto, embora os pais não consigam estabelecer um mínimo de diálogo e consenso sobre a tomada de decisão do filho, impor a guarda compartilhada não representa benefício para o filho, apenas o faz enxergar, com racionalidade excessiva, os conflitos de relacionamento onde as emoções ainda dominam.

Nesse sentido, Tartuce demonstra entendimentos jurisprudenciais e obstáculos à efetivação da guarda compartilhada:

Essa obrigação se evidencia pelo fato de que a anulação – ou alternância – da guarda compartilhada deve ser feita pelos genitores, analise sempre o problema sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, a depender do julgamento da causa. Portanto, mesmo que os genitores tenham motivos para recusar a chamada guarda compartilhada, o juiz pode entender sua aplicação conforme as regras acima. Embora a lei anterior estabeleça claramente as prioridades, a doutrina e a jurisprudência anteriores sugerem um esforço interdisciplinar, há muito se reconhece que existem certas barreiras à eficácia da guarda compartilhada. Isso porque, para a efetivação dessa forma de tutela, entende o autor que é necessário certo grau de harmonia entre os cônjuges, um mínimo de convivência pacífica. Refira-se que, neste caso, devido ao clima de guerra entre os progenitores, a formação da criança foi prejudicada (TARTUCE, 2015, p.02).

Na guarda compartilhada, o tempo gasto com a criança deve ser dividido igualmente entre os pais, tendo sempre em mente a realidade e os interesses da criança, nunca o contrário. Akel (2008, p. 106) afirma que, “para exercer a guarda compartilhada no que diz respeito aos interesses da criança, os pais devem buscar estabelecer uma relação em que compartilhem da criatividade e educação da criança”. Quanto à cidade-base, esta será a que mais se coaduna com os interesses dos filhos em guarda compartilhada.

Quando se trata de direito de família, há que se levar em conta os aspectos que envolvem a dissonância nuclear da família, que, na maioria das vezes, é intensa e profunda. Dessa forma,

pode não haver uma solução específica prontamente disponível, devendo ser investigada caso a caso, pois essas questões exigem cuidado extra por envolverem uma pessoa que está passando por um estágio crítico de desenvolvimento. Provavelmente, não é o melhor modo de aplicação, pois os danos psicológicos causados à criança, muitas vezes, são irreversíveis. Nestes casos, havendo motivos graves, o juiz deverá proferir decisão favorável ao menor, ou seja, tomar as devidas providências para a guarda da criança e do adolescente.

Mas, deve-se ressaltar que este método só pode ser fixado com o consentimento dos pais, porque o exercício conjunto só terá sucesso se ambos os pais entenderem seus benefícios. Para conseguir a guarda conjunta, os pais precisam coexistir pacificamente. Sem harmonia, isso realmente não funciona porque pode causar tristeza, rebelião e outros danos à criança – o que pode ser irreversível.

Lôbo pontua sobre as características do modelo compartilhado:

A guarda compartilhada caracteriza-se pela manutenção responsável e solidária dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, minimizando os efeitos da separação parental. Incentiva a conversa, mesmo quando cada pai estabelece uma nova vida familiar. Portanto, é preferível que os pais mantenham a mesma divisão de tarefas que convivem, e juntos acompanhem a formação e o desenvolvimento da criança (LÔBO, 2011, p. 200).

Um dos problemas com a definição de guardas é que a questão é claramente deturpada. Sem validar se há ou não discórdia entre os pais, o melhor interesse das crianças e adolescentes acaba sendo ignorado, deixando-os nos bastidores.

Grisard Filho (2009. p. 205) aponta que “não são as disputas que impedem a guarda compartilhada, mas sim o interesse pelo litígio, que gradativamente corrói impiedosamente a possibilidade de diálogo e deve ser impedido”, pois, antes, não havia forma de guarda dos pais, sendo suficiente ou conveniente. A interação de uma criança com ambos os pais é fundamental para seu desenvolvimento saudável, sendo que qualquer tipo de custódia é do melhor interesse da criança, não apenas da satisfação dos pais.

Madaleno, em seu entendimento, posiciona-se:

Talvez seja hora de colher bons exemplos de guarda compartilhada coercitiva para que as barreiras e resistências aos abusos comecem a ser superadas, típicas de alguma pobreza mental e moral preconceituosa, e guarda compartilhada judicialmente imposta, talvez uma prática jurídica que ajude a acabar com suas diferenças afetivas, use seus filhos como instrumentos de suas diferenças, ou compense sua pobreza emocional de outra forma, com potencial para medidas judiciais para realmente controlar o exercício da guarda compartilhada efetiva aplicada judicialmente, como como estabelecer estudos sociais regulares, o

descumprimento significaria a revogação da tutela, seria uma penalidade unilateral (MADALENO, 2011, p.435).

Nesta etapa dos estudos, em resposta às questões colocadas, temos o seguinte: O que deve nortear a aplicabilidade da guarda compartilhada é a análise de cada caso. Além disso, deve-se proteger totalmente os interesses das crianças e crianças pequenas, levando em consideração as condições psicológicas e emocionais dos pais, que devem manter um relacionamento harmonioso, feliz e estável com seus filhos.

Relativo ao melhor interesse constitucional da criança, a guarda compartilhada é altamente vantajosa por viver com ambos os pais, superando práticas de afastamento parental e aspectos negativos deixados no relacionamento; a criança mantém contato direto com parentes de ambas as famílias, além de não ter "sobrecarga" e tempo de visita imposto "acidentalmente" por um dos pais.

Desta forma, a Guarda Partilhada torna, efetivamente, o ambiente de convivência entre pais e filhos mais eficaz e harmonioso, favorecendo plenamente as crianças, evitando os desagradáveis constrangimentos do papel de “trazer e trazer” entre pais e filhos em termos de intimidade informacional ou de criação do futuro. O objetivo fundamental do melhor interesse da criança, também, estabelece um diálogo mútuo e cooperativo entre os pais, de fato, priorizando a igualdade de gênero.

O direito de guarda, aqui analisado, só é válido quando os genitores mantêm uma relação harmoniosa e chegam a um consenso. Portanto, com base na jurisprudência dos autores teóricos no estudo realizado, conclui-se que a guarda compartilhada não é a melhor opção para os casos em que há brigas frequentes entre os genitores do menor, pois esta situação pode acarretar danos irreparáveis ao menor.

Considerações finais

Conclui-se, mediante ao presente exposto, que o regime da guarda compartilhada, embora represente um avanço no campo do direito de família, deve ser considerado quanto à sua aplicabilidade, ou seja, no caso concreto, deve-se verificar a sua aplicação. Com efeito, não se pode ignorar que a instauração da guarda conjunta implica, inevitavelmente, uma aproximação das decisões parentais sobre os filhos em comum.

Segundo a análise feita, a desarmonia entre marido e mulher, que pode até ser a causa do rompimento da relação conjugal, muitas vezes, se projeta na relação com os filhos, fazendo

mais mal do que bem, o que, certamente, não é o pretendido pelo legislador. Portanto, embora os pais não consigam estabelecer um mínimo de diálogo e consenso nas decisões sobre a vida do co-filho, a simples imposição da guarda compartilhada não garante o bem para a criança e acaba por colocá-la em conflito.

Os sentimentos superam as relações racionais. Para além destas questões, este trabalho deixa bem claro que o que deve prevalecer sempre é o superior interesse da criança e do jovem, e a sua adequada proteção. Portanto, não devem prevalecer os interesses unilaterais de um dos genitores, que muitas vezes brigam pela guarda dos filhos como forma de chegar a um acordo. Não é demais lembrar que as relações são complexas e, sem dúvida, isso ficou ainda mais evidente no campo do direito de família.

No final, a guarda compartilhada representa uma grande conquista no direito de família e, de fato, merece ser considerada por magistrados e professores de direito. É necessário estabelecer a maior isonomia e igualdade possível entre os pais, para que a convivência harmoniosa entre eles e os filhos seja, de fato, dominante, para que suas funções sociais normativas possam realmente ser desempenhadas.

Diante das questões de pesquisa, conclui-se que é a análise dos casos concretos que norteia a aplicação da guarda compartilhada, resguardando, integralmente, os interesses dos lactentes e crianças pequenas e o estado psicológico dos pais, de modo a manter uma convivência harmoniosa com crianças e/ou adolescentes. Este método parental só é eficaz quando a relação entre os pais é harmoniosa e concordam entre si, caso contrário, este método não terá sucesso. Portanto, de acordo com a pesquisa realizada, a guarda compartilhada não é a melhor opção em situações em que ocorrem, frequentemente, desentendimentos entre os pais da criança.

Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: 1954, v.2, p.6.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso: em 10 set. 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei 11.698**, de 13 de Junho de 2008. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso: em 10 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/?jsessionid=2D6708BE29F555F12A4A845B3E6BA76?sequence=1>. Acesso em: 11 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: análise crítica da lei n. 13.058/2014**- Segunda Parte. 2015. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>. Acesso em: 10 nov. 2022.