

A REAL NECESSIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

Vanessa Cristina Araújo Fernandes¹
Rosângela Maria R. M. M. de Moraes²

RESUMO

O presente trabalho objetiva estabelecer a análise de institutos concernentes ao direito de família, aliado ao exame de um projeto de lei da câmara. Tendo em vista o caráter automático atribuído ao projeto, procura-se fazer uma análise em até que ponto assegurará e não invadirá direitos, além se realmente o instituto deferido desse modo atenderia o melhor interesse do menor. Uma forma de assegurar direitos e deveres dos pais com os seus filhos, é por meio do instituto da guarda compartilhada, que não exclui, não oprime e não provoca a desigualdade parental. De modo que o núcleo básico da família não poderá ser desfeito com uma eventual separação. Essa modalidade de guarda poderá ganhar novas características a partir do projeto de lei 117/2013, em que há um clareamento desse instituto. O método utilizado partiu de análises jurisprudenciais e doutrinárias, aliado a conjuntura atual.

Palavras-Chave: Família. Menor. Guarda Compartilhada. Vida. Genitores. Separação. Direito.

THE REAL NECESSITY OF SHARED GUARDIANSHIP IN BRAZILIAN FAMILIES

ABSTRACT

This paper attempts to analysis of institutes concerning family law and also with the examination of a bill the chamber. Given the automatic nature attributed to the project, search one make an analysis on the extent to which ensure not invade rights, besides the institute is actually granted thereby would serve the best interests of the child. A way to ensure parents' rights and duties with their children, using this institute of shared guardianship that doesn't exclude, oppress or provoke parental inequalities. So that the basic core of family can't be undone by an fortuitous dissolution. This kind of guardianship will be able to get new features from the law project 117/2013, which there is an enlightenment of this institute. The method used was jurisprudence and doctrinal analysis, combined with the current situation.

Keywords: Family, Children, Shared guardianship, life, parents, dissolution, rights.

¹ Discente do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: vanessa_fernandes58@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: rosangelamitchell@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o instituto da guarda, presente no código civil, aplicado às famílias brasileiras ao longo do tempo, incidindo na repercussão quando do deferimento de determinado tipo aplicado às famílias, bem como uma análise sobre as consequências da ementa de um projeto de lei.

O projeto de lei 117 de 2013 que se encontra em fase de tramitação final, tenta fazer algumas modificações consideráveis e importantes sob a aplicação do instituto presente em nosso código, específico a guarda compartilhada, promovendo um novo significado a alguns artigos, incidindo principalmente em suas consequências, bem como ao momento de sua aplicação.

Desdobramentos estes que vão desde igualdade parental, passando pelos direitos fundamentais, até o direito efetivo do menor, de crescer em um conjunto de valores com a presença tanto do pai quanto da mãe, independente de desenlace destes, constituindo uma forma de família, direito o qual a criança ou adolescente obtém desde o nascimento. O projeto tenta tornar direito efetivo o direito parental, tornando pai e mãe merecedores, efetivamente sujeitos de direitos para com seus filhos.

Porém, a principal mudança está em seu caráter automático, ou seja, tendo o condão de virar a regra dentre todas as modalidades existentes. A aprovação do projeto, no entanto, poderá promover exatamente o que tentou minimizar ou a utopia de extinguir. Ou seja, se o projeto de fato virar lei, há a possibilidade dos conflitos entre as famílias aumentarem em números consideráveis, promovendo uma mudança brusca na livre possibilidade de escolha de ambos os genitores, bem como uma intervenção desnecessária no poder de julgamento do juiz, além de principalmente ferir de uma vez o princípio de melhor interesse da criança e do adolescente.

2 O PODER FAMILIAR

Em casos de separação, ambos os genitores seguem detentores do poder familiar. Já que o conjunto de deveres e direitos, pelos quais os pais e mães irremediavelmente estão ligados desde o nascimento de seus filhos, não cessará com a separação ou mero desenlace matrimonial. Ambos são inteiramente responsáveis pelos filhos, devendo deliberar em

conjunto sobre as decisões, e serem participativos na vida de seus filhos. A titularidade e o exercício do poder familiar, não dependem de vigência de casamento ou união estável, o encargo é exercido igualmente pelos genitores, originando tão somente do elo da filiação, sem se confundir com a necessidade da convivência do casal. Apenas no impedimento ou falta de um dos pais que o outro exercerá o poder familiar com exclusividade. O que ocorre na guarda unilateral é que um genitor terá apenas direito a visitas, mas o poder familiar permanece intacto.

Assim como preceitua o instituto da guarda compartilhada, clareada no novo projeto de lei. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2008, p.608):

A expressão poder familiar, nos primórdios do direito, significava um conjunto de prerrogativas conferidas ao pai sobre o filho. Já no direito romano, o pai era o chefe absoluto sobre a pessoa dos filhos, ocupando uma posição com tantos poderes a ponto de ser-lhes permitida a eliminação da vida do filho.

Poder de família, pátrio poder, poder parental, autoridade parental, um instituto que com o decorrer do tempo já ganhou muitos nomes. Sendo a principal mudança em seu sentido. Em que, a ideia de pai como ditador da antiga família patriarcal ou da chefia da sociedade conjugal pelo marido, foi abolida de nosso ordenamento. Por meio da emancipação da mulher e o tratamento isonômico dos filhos foi possível restringir esse poder patriarcal.

Deve-se em grande parte, a condição que os filhos conseguiram obter com as transformações constitucionais em que foram alçados a condição de sujeitos de direitos. Para concretizar essas inovações constitucionais é altamente imprescindível a garantia da convivência familiar digna e harmônica. Que só será possível com a guarda compartilhada, tendo em vista que a guarda unilateral fere diretamente esse instituto.

O poder familiar adquire a face de um conjunto de valores que devem ser passados aos filhos, que estão sob a proteção e guarda dos pais, não em ‘poder’ dos pais. Os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele ou passá-lo a um desconhecido, salvo motivos justificáveis em que as circunstâncias legais definirão.

Há legitimidade também por parte dos avós de requererem a guarda compartilhada, no caso da morte de um dos genitores, para que esse convívio com esse lado da família não seja eventualmente perdido. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p.425), “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”.

De modo que não é mais aquela autoridade ditatorial do passado, e sim uma autoridade saudável, um direito dos filhos que vêem os pais como uma forma de segurança e cumplicidade. O poder familiar é indispensável pra o desempenho das obrigações que os pais têm para com os filhos. A família é a principal responsável por garantir a efetivação dos direitos fundamentais infanto-juvenis. Conforme o Artigo 229 Da Constituição Federal de 1988, “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A convivência familiar é de ampla importância para uma criança e adolescente que estão em desenvolvimento, tendo suas primeiras percepções a partir do comportamento dos pais e formando sua própria personalidade com essa forma pioneira de olhar a sociedade, pois a família é a primeira e mais importante formação de um ser humano. Com a necessidade inata do afeto de seu pai e de sua mãe, uma proximidade emocional importante. Sendo necessários para o suporte psíquico dos filhos, todos os valores transmitidos e para uma futura inserção social na comunidade, construindo aos poucos o ciclo de socialização. Com a convivência em família, esse jovem tem todo um suporte psíquico e a segurança necessária para adquirir a estabilidade nesse processo de formação.

A suspensão e perda do poder familiar estão fadadas a acontecer quando de algum modo o interesse da criança ou adolescente não é respeitado, são sanções aplicadas quando há uma infração dos deveres inerentes ao poder familiar. Só haverá a perda do poder familiar, quando de fato a sua manutenção for constatada em uma situação de perigo, afetando a segurança e dignidade do filho. Ressaltando que a falta de recursos materiais não constitui motivo para perda ou suspensão do poder familiar. A extinção do poder familiar ocorre pela morte dos pais ou filhos, maioridade, emancipação, em virtude de decisão judicial ou adoção do filho por terceiros, tendo em vista que configura a entrada do filho em outra família devendo ser afastado qualquer vínculo com a família de origem, salvo impedimentos matrimoniais.

Já a suspensão, é uma medida menos gravosa que pode ser revista a qualquer tempo, se superada as causas que a ensejaram. Cabendo nas hipóteses de abuso de autoridade, como preceitua o artigo 1637 do Código Civil:

Art. 1637: 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 à 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.

3 MODALIDADES DE GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O instituto da guarda ao longo da história foi comumente adotado nos casos de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento ou quando ocorre a separação dos pais. Sendo responsável pelo desenvolvimento da personalidade do menor e da sua formação integral, o conceito de menor seria encontrado na natureza humana, qual seja exatamente aquele o qual enseja cuidado por seus genitores. Assim nas palavras de Waldyr Grisard Filho (2009, p. 47):

Ordinariamente o filho deve permanecer na família e ligado aos pais, conforme preconiza o art. 19 do ECA, em unidade de convivência. A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto de si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro.

Devendo se observar também o uso da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo um caráter assistencial, em que é encontrado três tipos de guarda, a provisória, peculiar e permanente, assim como preceitua o artigo 33³ e 34⁴ do ECA.

O critério a se observar é a vontade dos pais, ressaltando que no momento da dissolução é exatamente quando se decide quanto ao modelo da guarda ou mesmo o direito de

³ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL, 1990).

⁴ Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (BRASIL, 1990)

visita, que seria encontros periódicos estabelecidos baseado em um calendário altamente minucioso e por vezes inflexível, como se fosse uma forma de atentar para a participação na vida do menor do genitor que não obtém a guarda, tentando maquiar a brusca ausência.

Antigamente o filho ficava sob a égide do genitor ‘inocente’ ou seja, o genitor que não fosse o ‘culpado’ pelo fim do matrimônio. Mais antigamente ainda, sequer era cogitada a possibilidade do fim do vínculo matrimonial, se isso se realizasse, os filhos automaticamente ficariam com o pai, caracterizando a sociedade machista daquela época, em que a mulher só era vista em sua função de proporcionar herdeiros.

Hoje em dia, com o fim da sociedade conjugal, os filhos ficam sob a guarda de um dos genitores, assegurando ao outro o direito de visita, conforme a guarda unilateral. Esse fim é encarado de maneira natural, ou até mesmo corriqueira. De modo que a ideia de laços eternos são características de um passado, em que não havia a possibilidade de escolha diante de uma infeliz realidade e desejo de separação. O critério a ser adotado em relação à guarda dos filhos, não é mais o repressor, punitivo e cruel de antigamente. Primordialmente é levado em consideração o bem estar deles.

De forma que é exatamente no momento da separação em que é estabelecido os próximos acontecimentos, influenciando diretamente na vida do filho, a principal vítima, que por vezes é usada como objeto de vingança, intensificando o caráter frágil e covarde que esse período pode estabelecer. Atentando para a chancela judicial, que sempre estabelecerá prerrogativas levando em consideração em primeiro lugar o melhor interesse do menor.

O juiz traçará como será administrado esse tempo com o menor, tendo em vista o compartilhamento. Se fundamentará em orientação técnico profissional para melhor distribuir as tarefas entre os genitores e estabelecer metas e horários a serem cumpridos. Ambos seguem como detentores do poder familiar, independentemente de crise ou separação entre eles, é algo que não deveria ter ligação com a criança.

O reconhecimento do filho deve obedecer a aspectos formais, bem como deve-se atentar a vontade do genitor e o momento em que acontece o reconhecimento. Assim como estabelece o Código Civil de 2002, art. 1.612, “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.

O modelo da guarda a ser adotado também seria estabelecido conforme consenso dos genitores ou decisão judicial. Analisando as condições inerentes a pais e filhos em cada caso, em suas necessidades, direitos e limitações. Havendo distintas modalidades de guarda que vão assistir melhor cada caso, a depender da estrutura familiar e adequação a realidade.

Assim, a guarda comum seria a forma estabelecida naturalmente e conjuntamente entre os pais, havendo a participação integral de ambos. Já a guarda desmembrada é ocasionada com a intervenção do estado, pelo juizado da infância e da juventude, em que há a exclusividade do poder familiar nas mãos de um guardião, em que se faz necessário essa intervenção tendo em vista a peculiaridade do caso. A guarda delegada seria exatamente essa representação do menor com a intervenção do estado, de maneira geral a necessidade de tal representação, exercida em nome do estado, como em uma forma da representação do menor pela própria autoridade oficial.

A guarda originária se trata tão somente da natural atividade atribuída aos pais, com prerrogativas de direitos e deveres. Sendo a guarda derivada exatamente a intervenção do estado ou terceiro, de forma legítima ou testamentária, estabelecendo o caráter intervencionista e social desses organismos, em que a responsabilidade parental não pode se operar. Em consonância com o artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a colocação em família substituta não admitirá a transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial”.

A guarda de fato ocorre quando a pessoa simplesmente toma o menor para si, não tendo ainda atribuição legal ou judicial. Como afirma Waldyr Grisard Filho (2009, p.86), “aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade”.

A guarda de direito é exatamente a modalidade de guarda atribuída pelo juiz, a um dos pais ou até mesmo a um terceiro que concretamente atenda o melhor interesse da criança, a partir da análise do caso que recorreu ao judiciário para pleitear o direito conveniente, após analisar as condições o juiz deferirá a guarda que julgar melhor se adequar. O terceiro escolhido, conforme Maria Berenice Dias (2009, p.400) deverá o juiz escolher baseado numa preferência lógica, em suas palavras: “preferência por membros da família que tenha afinidade e afetividade com os menores”.

A guarda provisória ou temporária é uma tentativa de organizar a vida familiar, sendo atribuída a um dos genitores na pendência do processo de separação. Assim quando obtiver a sentença judicial será denominada a guarda definitiva. Ressaltando, que constantemente a guarda poderá ser revista, já que se baseia em um estado que a depender da circunstância pode sofrer mutação. Podendo estabelecer a guarda a um só genitor, designando a guarda única.

A guarda peculiar se caracteriza como uma permissão ao guardião de em determinada situação incomum poder representar o menor. Poderá haver a chamada guarda por terceiros,

instituições e para fins previdenciários, caracterizando a possibilidade de o menor estar sob a guarda de outra pessoa idônea, quando houver um motivo grave e por determinação judicial. Nas palavras de Orlando Gomes (1983, p.34) a distinção entre guarda material e jurídica:

A primeira consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.

No aninhamento ou nidação há uma forma que não é comumente utilizada, tendo em vista que são necessárias três residências, uma para cada genitor, e uma terceira em que o menor receberia cada genitor em períodos alternados, de forma que os pais se revezariam. A guarda material compartilhada versa sobre a divisão do tempo de convivência com cada um dos pais, caracterizando acordo de visitas, e quase sempre é acompanhada da guarda jurídica compartilhada, essa se caracteriza por uma ação conjunta dos genitores, que dividem direitos e obrigações de forma igualitária. Assim como afirma Waldyr Grisard Filho (2009, p.91):

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores.

4 A CONTROVERSA GUARDA ALTERNADA

A Guarda alternada não foi positivada em nossa legislação civil, por promover um verdadeiro retrocesso e por ferir o direito familiar, causando a própria criança e adolescente uma instabilidade emocional. Porém, se tiver sido acordado entre os genitores, que optaram por escolher esse tipo de guarda, ela poderá ser aplicada, tendo em vista que o juiz estará fundamentado que a depender do caso específico poderá atender ao melhor interesse do menor. Por vezes é confundida com a compartilhada, assim nas palavras de Waldyr Grisard Filho (2002, p.91), que a entende da seguinte forma:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de

tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.

De forma que na guarda alternada a criança ou adolescente passa determinado tempo na casa do pai e da mãe, e durante esse período previamente determinado na casa de um deles, esse genitor tem sua guarda temporariamente, com horário de início e fim. De forma que a guarda alternada é unilateral em quanto o filho está na casa de um dos genitores, em que naquele momento o genitor é guardião e exclusivo e ao mesmo tempo é compartilhada tendo em vista que o filho divide o seu tempo com ambos os genitores, alternando as residências de cada um dos pais.

Acarretando de maneira lógica a instabilidade emocional da criança, que sofre com essa alternância, inclusive de domicílio, perdendo habitualidade, continuidade e rotina em seus vínculos e afazeres cotidianos.

Enquanto na guarda alternada é dividida a responsabilidade se baseando exclusivamente em determinados períodos, na guarda unilateral a responsabilidade é apenas de um genitor, apenas um detém a guarda, cabendo ao outro se limitar a visitas. Já na guarda compartilhada ambos os genitores detêm a guarda, dividindo direitos e deveres, havendo uma responsabilidade conjunta, em que a criança ou adolescente tem sua vida muito bem definida e seu bem estar pleno, uma vez que tem a possibilidade de desfrutar de ambos os genitores, mesmo que individualmente. Diminuindo a possibilidade de a criança ter qualquer instabilidade emocional, ou mudanças bruscas em sua rotina, até porque inclusive, tanto na guarda unilateral como na compartilhada, a criança possui um único domicílio.

5 UMA ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI 117/2013 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS FAMÍLIAS

Em fase de tramitação final no Senado, corre um projeto de lei (PLC 117/2013) que traz novas características a institutos já consagrados, principalmente ao tentar tornar regra à guarda compartilhada nos casos de separação. Ou seja, tem por objetivo mudar a aplicação dessa modalidade de guarda existente, transformando ambos os genitores em guardiões efetivos de seus filhos. Devendo primeiramente ser observado o seu caráter automático, bem

como as consequências advindas, que podem ter o condão de causar mais conflito nas famílias, em vez de diminuí-los, o projeto traz por conteúdo uma discutível ementa⁵.

A guarda compartilhada não deveria nem ser pedida e sim ser dada, ou melhor, não ser retirada, uma vez que constitui direito irrefutável de ambos os genitores e do menor. Uma vez que o elo dos filhos com os pais não acaba com o desenlace matrimonial. Não deveria ser necessário lutar por essa guarda uma vez que ela já é direito constituído do nascituro, assim como de seus pais, que têm direitos e deveres com a criança desde seu nascimento, não havendo nenhuma sujeição ou dependência de os genitores estarem casados ou separados. É um direito supremo do menor, e na qualidade de direito não deveria ser reclamado, pedido, ou depender de aceitação da outra parte que tem o mesmo “poder” que a outra. Um genitor que recusa ao outro o direito de cuidar de seus filhos, não o faz pensando no bem estar da criança, e sim nas próprias vontades, possuindo o desejo esdrúxulo de afastar o ex-parceiro da convivência com seus próprios filhos.

A questão da guarda é constantemente revista pelo judiciário, uma vez que sempre deve ser atendido o melhor interesse da criança. Fazendo a criança compreender que está com os pais separados entre si, não separados dela, que nem o pai e nem a mãe vão sofrer qualquer tipo de restrição. A criança não tem que ser órfã de pai e mãe vivo, é nesse segmento que age esse projeto de lei. Trazendo esse elo entre pai e mãe com o seu filho. Tentando desmistificar o antigo conceito de que as mães eram as guardiãs e os pais meros pagadores de pensão.

⁵ Estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação; altera a Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil, para que na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos 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; dispõe que na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos; determina que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. 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; fixa que 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; para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe; a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor; se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade; qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação; dispõe que em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte; determina que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse projeto, ambos devem pagar pensão alimentícia, de maneira alguma os genitores poderão abster-se desse pagamento, baseado na possibilidade de cada um e nas necessidades da criança. Havendo uma adequação dessa prestação, já que haverá a guarda conjunta. Com a sanção, vai diminuir inclusive os casos de alienação parental e dos devedores de alimentos, tendo em vista que a partir do convívio o genitor vai conhecer a real necessidade e vai ficar muito provavelmente com vergonha de dever ao próprio filho. Uma vez que possuindo a guarda conjuntamente haverá possibilidade das falsas memórias, implantadas pela alienação serem completamente excluídas ou diminuídas. Como nas palavras de Waldyr Grisard Filho (2009, p.209):

Independentemente do tipo de guarda aplicado ao caso concreto, sempre haverá o dever de sustento dos filhos menores em nome do exercício do poder familiar. [...] Com a efetiva participação de ambos os pais nos cuidados com os filhos comuns até poderá ocorrer uma redução do valor da verba alimentar quando da obrigação de um só dos pais.

No caso de não haver consenso entre os genitores, quanto à guarda a ser escolhida, o juiz vai ouvir ambos e se verificar que eles estão aptos a exercer o poder familiar, será atribuída à guarda compartilhada, a não ser que irremediavelmente um dos genitores expresse o desejo de não obter guarda.

Uma vez que os genitores recorrem ao judiciário indica incontestavelmente um litígio por parte da ambos, em que o desejo de um genitor na maioria dos casos, a mãe, é de obter a guarda unilateral. Abrindo desse modo, a possibilidade de excluir o outro genitor de participar da vida de seu filho e muito provavelmente iniciar a alienação parental na criança, manifestando o sentimento da mágoa com o ex-marido na própria criança. Logo, na maioria dos casos a guarda compartilhada não vai surgir da harmonia do ex-casal, vai ser exatamente um remédio prevenindo males muito maiores que podem vir a ocorrer com a criança, porque o objeto dessa guarda não é fazer as pazes entre o casal, o objetivo é tratar essa relação do modo mais civilizado para ser menos traumático para o menor. Já que o momento do deferimento da guarda compartilhada independe de situação harmônica entre os genitores.

Ao decorrer da história, houve uma mudança no antigo pensamento em que a mulher seria a guardiã da criança e o pai um simples pagador de pensão, sem nenhum convívio ou participação com o seu filho. Hoje em dia, as mulheres alcançaram um patamar até então distante no passado, invertendo por muitas vezes a relação homem e mulher. De modo que conquistaram mesmo que devagarzinho a igualdade tão sonhada de outrora, podendo

compartilhar dos mesmos deveres e direitos que os homens, rompendo com esse pensamento arcaico. Ressaltando que o rompimento é entre os pais, não entre um dos genitores com seus filhos. Devendo continuar a relação do modo saudável de antes, como se a separação dos pais fosse um fato e não uma sentença de dor, omissão e distanciamento.

Ao mesmo tempo em que o caráter automático existente no projeto, diminui a livre comunicação com os genitores, impondo um certo tipo de relação familiar que muitas vezes em nada condiz com a realidade da família em questão. Os genitores de fato acabam uma relação entre eles, devendo haver um posicionamento somente deles em relação aos próximos dias daquela família desfeita, tendo em vista que são os principais interessados. Além da criança, porém, exatamente pelo caráter de pessoa em desenvolvimento tanto físico quanto principalmente intelectual, a criança não teria propriedade para discutir a relação familiar que surpreendentemente foi instaurada, além do caráter de fácil envolvimento mental que ela poderia vir a sofrer.

Desse modo, se faz necessário o julgamento de uma pessoa altamente capaz investida no cargo jurídico, qual seja o próprio juiz. Que não teria seu direito de julgar, cercado de laudos de toda natureza, lhe subtraído ou ao menos diminuído de maneira automática, devendo analisar cada caso tendo em vista a aplicação ao caso concreto. Desmistificando o caráter geral e abstrato que a consequente aprovação do projeto poderia trazer as famílias. Pois o deferimento de uma modalidade de guarda não teria o caráter de respeitar o consenso das famílias, bem como afastaria a investidura do juiz, passando a ser adotado como regra em primeiro lugar sem antes ser feito uma necessária análise caso a caso por parte do juiz.

6 A VONTADE DOS GENITORES

Dessa forma, seja qual for sua origem, a família é imprescindível na formação de um ser humano, moldando seu caráter e dando-lhe a oportunidade de conhecer o amor, a segurança, cumplicidade e valores, lançando-o de maneira protecionista ao mundo social. A ementa do projeto de lei entre outras coisas, afirma, “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”.

O trecho abre a possibilidade para que qualquer um dos genitores que realmente não tenha a vontade na guarda do menor, de se eximir dessa responsabilidade, declarando-a. Até

porque seria muito ruim para a criança conviver mesmo que fosse com seu genitor, se ele não expressasse nenhum sentimento de amor ou de cuidado, ou mesmo para com o genitor que não poderia ter a obrigação na forma da lei, de cuidar daquela criança se manifestasse o seu desejo completamente contrário, sendo até mesmo perigosa a imposição. Consequentemente provoca uma nova releitura a alguns artigos consagrados do Código Civil⁶.

Os genitores podem entrar em um consenso, decidindo por si mesmos como será a rotina da criança e o envolvimento de cada um nela. Porém, se o juiz não gostar do que foi acordado poderá deliberar de forma diversa, esse julgamento terá como questão principal o bem estar da criança, se o juiz achar que de alguma maneira está sendo ofendido, não será dada a chancela judicial. Assim como preceitua o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente anteriormente citado.

O inciso segundo atenta para o “sempre que possível”, de modo que baseado no novo projeto esse termo em nada tem a ver como o conflito enfrentado pelos pais, apenas tem ligação com o conjunto de fatores, entre os quais a capacidade emocional e psicológica de criar a criança. Assim como afirma Maria Berenice Dias (2009, p.388),

(...) o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é mais importante, que coloca em relevo **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (Grifo da autora).

⁶ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

7 UNILATERAL X COMPARTILHADA

É importante ressaltar que o projeto de lei não altera ou exclui a guarda unilateral, de modo algum. Esse tipo de guarda continua a existir por completa necessidade, como nos casos em que se verifica por a falta de vontade do genitor de ter a guarda compartilhada de seu filho, ficando assim estabelecido a unilateral. Como se verifica no seguinte trecho: "A guarda unilateral, concedida quando restar comprovada a impossibilidade de que seja estabelecida a guarda compartilhada, será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:".

Ou seja, a guarda compartilhada pode não ser possível por outros fatores, não só a falta de vontade de um genitor. Assim, ficará estabelecida a unilateral baseada em conjunto de fatores que torna mais sadia a convivência e a guarda exclusiva nas mãos de um genitor com o seu filho, seja porque o outro genitor apresenta riscos à criança, ou porque devido a seu trabalho ele precisa se ausentar o tempo todo, ou se realmente porque o outro genitor não quer participar da guarda. A guarda unilateral fortalece a tirania do guardião, e conseqüentemente infla os casos de alienação parental e abandono afetivo, sendo a prova irrefutável da desigualdade parental. O que se verifica nesse tipo de guarda é que a separação dos pais, não é exatamente dos pais, passando para a pessoa do filho, que sente seu direito de convivência com o outro genitor cada vez mais distante e ausente. Assim como afirma Marco Antônio Garcia de Pinho (2009, p 42):

Os casos mais frequentes estão associados a situações onde a ruptura da vida em comum cria, em um dos genitores, em esmagadora regra na mãe, uma grande tendência vingativa, engajando-se em uma cruzada difamatória para desmoralizar e desacreditar o ex-cônjuge, fazendo nascer no filho a raiva para com o outro, muitas vezes transferindo o ódio ou frustração que ela própria nutre, neste malicioso esquema em que a criança é utilizada como instrumento mediato de agressividade e negociata. Não obstante o objetivo da Alienação Parental seja sempre o de afastar e excluir o pai do convívio com o filho, as causas são diversas, indo da possessividade até a inveja, passando pelo ciúme e a vingança em relação ao ex-parceiro e mesmo incentivo de familiares, sendo o filho, uma espécie de moeda de troca e chantagem.

Esse projeto de lei ao modificar a aplicação, faz com que o genitor guardião não tenha a certeza que tinha antigamente, tendo em vista que deverá fundamentar o lado negativo de dividir a guarda com o outro genitor que comumente não a detinha. Conforme o trecho “o

tempo de custódia física dos 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”.

Com o projeto, havendo conflito entre os genitores, será dada a guarda compartilhada de qualquer modo, ou seja, estabelece igualdade entre os genitores, não deixando apenas um ‘vitorioso’. Ressaltando que não há caráter obrigacional, de modo que se um genitor não quiser a guarda compartilhada terá a oportunidade de declarar.

Até poderá não haver um caráter obrigacional, porém irremediavelmente há um caráter automático em sua ementa. Deixando nítida a falta de compreensão para com os genitores, que não poderão decidir em contrário ou até mesmo optar por outra modalidade, isto é, haverá oportunidade para a não aceitação ou a escolha eventual de outro tipo de guarda, porém o que se verifica é que terá o caráter de ser contra o ‘previamente estabelecido’, fazendo com que ambos os genitores tenham que justificar porque querem aquela determinada conjuntura para sua própria família. Chegando a ter um caráter altamente esdrúxulo, o deferimento imediato de um instituto tão complexo, cercado por relações humanas, em que não deveria se operar de maneira alguma a vertente coercitiva, em meio a uma forma de regra.

A guarda unilateral é a maioria dos casos atuais, em que um genitor detém única e exclusivamente a guarda sobre a criança. Na maioria dos casos o genitor, seria a mãe. Já com a guarda compartilhada os pais lidam conjuntamente, ambos possuem a guarda, ou seja, ambos compartilham da educação, decidindo sobre a vida do filho. A semelhança entre esses dois institutos é que a criança tem uma casa só, um domicílio único, em qualquer desses institutos. A ementa do projeto de lei propõe que nos casos em que realmente houver guarda unilateral, esta deverá ser fiscalizada pelo genitor que não a detenha, tendo legitimidade para tanto. Como preceitua o Art. 227 da Constituição Federal:

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.

Dessa forma, nada mais contemporâneo e igualitário, é a guarda compartilhada ser cada vez mais presente nas famílias. Só com ambos os genitores tendo o direito e o dever de participar efetivamente da vida de seus filhos que será alcançada a ideia de família equilibrada. Conforme afirma Maria Berenice Dias (2009, p.404) ao discorrer sobre a guarda

unilateral: “A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visitas, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras”.

Por outro lado, os direitos fundamentais também não seriam respeitados no momento em que a ementa sugere de certo modo, uma limitação do poder dos pais de versarem sobre suas próprias vidas, bem como as dos filhos menores, que irremediavelmente e necessariamente atendem as condições que os pais julgam ser as melhores para eles, devendo haver a nítida oportunidade para o consenso dos pais, jamais o deferimento de algo que vai reger a vida dessas três pessoas. Mesmo nos casos das pessoas (ou bastando apenas uma delas) mais interessadas, serem contra ou discordarem de tal instituto. Havendo até mesmo o adequamento de condições na vida de tais seres humanos, aos quais eles nem mesmo pediram ou concordaram, sendo caracterizada uma situação feroz de desrespeito invadindo o poder de escolha e principalmente a liberdade desses genitores.

O rompimento da sociedade conjugal pode ocorrer por diversos motivos, seja uma incompatibilidade de planos e estilos de vida ou o fim do amor. Já o decorrer da separação, pode ser analisado de modo que ocorra da maneira mais pacífica possível, de modo que não seja uma fase tão dolorosa para os filhos. Há uma variação da crise conjugal para a então crise familiar.

As consequências da separação vão variar de família para família, mas sempre gerando muitas mudanças. Mudanças boas ou más, exteriores como, por exemplo, a mudança do nível socioeconômico ou mudanças interiores com ambos os genitores, e principalmente com seus filhos. É nessa hora que a criança ou adolescente vai precisar de mais atenção, e que a mudança em seu meio não pode ser tão brutal. O exercício do poder familiar não se altera devido à separação, o rompimento da relação entre os genitores não podem impedir a continuidade dos vínculos parentais para com os filhos.

A separação ocorre entre um genitor e outro, e não em relação a um genitor e seu filho, para não ferir o direito a convivência familiar. O interesse da criança é amplamente protegido, é preferível a qualquer um outro, para defender a fragilidade desses seres incapazes frente a desordem conjugal de seus pais. O filho não pode se sentir objeto de vingança em face do ressentimento de seus pais. Nas palavras de Jorge Trindade (2004, p.187):

“[...] muitas vezes umas das partes procurara imputar a outra uma condição que a desqualifique ou a fragilize e também demonstrar que suas qualidades são superiores, como pai e mãe. O conflito judicial poderá se estender a outros territórios e exigir dos filhos a tomada de posições mais ou menos

particularizadas que não raro, propiciam conflitos de lealdade, às vezes de lealdades invisíveis.”

Muitas vezes, o genitor ‘abandonado’ está tão inconformado com fim da relação conjugal, que usa o filho como instrumento para acarretar arrependimento no outro genitor. Só que o que acontece é que o filho que já sofreu com todo esse processo doloroso de separação, assistindo e ouvindo gritos, é usado dessa forma covarde e piora muito seu estado emocional. De forma que na maioria dos casos, a disputa entre os pais reflete na guarda e na cabeça dos filhos de maneira dolorosa.

A redação atual faz com que o juiz decrete a guarda compartilhada de maneira que ambos os pais terão o tempo do filho dividido entre eles, a custódia será igualitária, devendo ser administrado o tempo do filho entre eles próprios, que poderão estar em consenso ou em conflito, provocando uma análise das condições fáticas. O que se verifica é que esse tipo de guarda, em casos raríssimos, se faz mais necessária exatamente quando há conflito, pois só assim o menor não sairá tão prejudicado da eventual briga dos pais, que iriam lutar cada um para ter a guarda exclusiva e se atacariam constantemente, tornando ainda mais traumatizante para a criança ou adolescente. Se existe a obrigação para ambos, à guarda também deve ser dividida. Afinal, quem ama compartilha.

Se a guarda compartilhada só fosse deferida única e exclusivamente em caso de consenso entre os pais, jamais em caso de conflito, não iria acabar com os problemas recorrentes que envolvem a rotina da criança tornando-a por vezes muito dificultosa, além do que poderia não haver diálogo proveitoso entre duas pessoas que não estão em consenso o tempo todo sobre os assuntos mais sérios e mais banais envolvendo a criança. Além do que como haveria contato com ambos os genitores nessas circunstâncias inconstantes, a alienação parental iria se intensificar, tendo a possibilidade de ser de ambos os lados. Tendo em vista que duas pessoas nem sempre estarão em consenso, sendo muito dificultoso adequar uma norma a uma invariável. Podendo impor restrições, direito de visita e um agendamento, com a finalidade de afastar cada vez mais a custódia daquele genitor. Como afirma Maria Berenice Dias (2009, p. 406):

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é **direito do próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor fosse o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se podem olvidar suas **necessidades psíquicas**. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de

regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor. (Grifos da autora).

Porém o que acontece é exatamente o contrário, o projeto de lei não quer os pais façam as pazes e parem de brigar, o projeto só quer que por causa da criança e nos assuntos exclusivos dela, cada um como pai e mãe que irrefutavelmente tenham a possibilidade, oportunidade e direito de participar efetivamente da vida da criança. É uma segurança á pessoas que são pai e mãe, independente de estarem juntos ou separados.

Quanto à questão da alienação parental, o entendimento majoritário é exatamente de que ela irá diminuir se o projeto for aprovado, exatamente por tirar das mãos de um só genitor o poder de ser guardião único e exclusivo, fazendo a criança ter o direito de conhecer ambos, irá haver um compartilhamento de deveres e obrigações, uma divisão de tarefas, de modo que o genitor alienador não terá nem oportunidade de fazer o teatro que pretendia se obtivesse a criança todo o tempo com ele, tendo em vista que a unilateral permitiria uma maior disposição de tempo e oportunidade para iniciar a alienação e consequentemente a habitualidade da síndrome. Como afirma Marco Antônio Garcia Pinho (2009, p.40):

A síndrome da alienação parental não se confunde com a alienação parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, enquanto a AP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras da titular da guarda, a Síndrome por seu turno, diz respeito ás questões emocionais, aos danos e sequelas que as crianças e adolescentes vem a padecer.

Mas se mesmo assim, houver qualquer caso de mal cuidado, alienação, abuso, ou qualquer ato dessa natureza, a guarda será imediatamente revista pelo juiz, podendo o genitor agressivo perdê-la por completo. Como aponta Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro (2010, p.20), “geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real”.

8 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A guarda compartilhada de modo geral se mostra como o caminho que atende aos direitos fundamentais, e principalmente ao melhor interesse da criança. Tendo em vista que

com o fim da sociedade conjugal será atribuído a um genitor ou a ambos, o tipo de guarda que melhor se adaptar a condição daquela família em questão ao lidar com essa nova situação, exatamente nesse momento se faz mais eficaz assegurar o melhor interesse, já que as crianças e os adolescentes são as vítimas mais vulneráveis com essa eventual dissolução, perdendo a imagem anteriormente definida de família. Assim como afirma Paulo Nader (2010, p.03), “A família é uma instituição social, composta de mais de uma pessoa física, que irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”.

Mais frágeis e assustados com a nova conjuntura a qual foram inseridos, a seara de direitos que movem à condição própria as crianças e adolescentes se faz mais necessária. Direitos que em são em sua maioria de caráter prestacional, dever de fazer ou de dar, impostos ao poder público, aos pais e responsáveis, bem como a qualquer cidadão em seu dever de função social e ajuda ao próximo, principalmente se a vítima se tratar de um menor de idade.

De modo que ao longo da história, as crianças e adolescentes passaram de meros objetos a sujeitos de direitos, devendo ser respeitados todos os direitos inerentes a sua condição. Assim, o princípio do melhor interesse exatamente por encontrar respaldo relacionado aos direitos humanos fundamentais, deve ser efetivamente respeitado, obrigando tanto a sociedade, quanto o estado e principalmente a família invariavelmente, a zelarem por sua eficácia. Assim como aponta Silvio de Salvo Venosa (2008, p.03), “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteram no curso dos tempos [...]”.

Os direitos devem ser respeitados e protegidos de forma integral, assim como preceitua o Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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.

Proteções tais como o direito a vida e a saúde, em que não é apenas a ausência de doenças ou a sobrevivência, é todo um conjunto que torna a vida sadia, com qualidade e dignidade. Direito a liberdade, respeito e dignidade, em que há uma possibilidade de ir e vir, desde que de acordo com as regras legais, bem como brincar, praticar esportes, escolher sua

própria religião, buscar refúgio e orientação. Direito a educação, cultura, esporte e lazer, ressaltando que a conduta do dirigente de estabelecimento de ensino deve ser a de comunicar ao conselho tutelar, qualquer evasão escolar, faltas reiteradas, repetência frequente, maus-tratos, em que a sua omissão será considerada infração administrativa.

Direito a profissionalização e a proteção no trabalho, em que se faz mister respeitar a sua condição de pessoa em desenvolvimento, além dos aspectos legais, que proíbe qualquer trabalho inadequado, ou seja, veda o trabalho noturno, perigoso e insalubre, ressaltando que do ponto de vista do ECA como a idade da criança é até doze anos incompletos, não poderá exercer qualquer trabalho, nem na condição de aprendiz, em que é exigido idade mínima de quatorze anos completos. Direito a convivência familiar, como preceitua o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷.

O direito a convivência, não é algo a ser discutido tendo em vista as vontades ou disposição, o direito a convivência do menor com ambos genitores é um direito fundamental dos envolvidos, principalmente da criança. No momento em que se casam e no momento em que se separam os pais tem os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos advindos desse enlace, tendo em vista que a separação foi entre um genitor e outro e jamais entre ambos ou algum dos dois em relação aos seus filhos. Ressalvados os casos de abandono, maus-tratos ou qualquer ato dessa natureza, em que o distanciamento se faz útil e eficaz, já que é direito fundamental da criança e adolescente uma vida, com qualidade e dignidade, que não seria respeitado se houvesse a presença de um genitor com tal comportamento.

De forma que por meio dessa modalidade de guarda, haverá a efetivação desses direitos, promovendo os genitores como guardiões de fato da criança, independente da separação deles. A separação seria um fato que não traria tantos problemas a criança, desde que fosse escolhida essa modalidade de guarda, a grande questão é com que modo de

⁷ Art. 19: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 1o Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2o A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3o A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4o Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independente 12.962, de 2014) (BRASIL, 1990).

aplicação. Que atenderia perfeitamente ao interesse de cada um, deixando os genitores em completa igualdade, não havendo só um que tenha a homogeneidade, assim não havendo a guarda exclusiva, altamente excludora, em que o outro genitor não passaria de um mero pagador de pensão.

Proporcionado o bem estar, assegurando o poder familiar e o direito de convivência. Promovendo uma cooperação de direitos e deveres dos filhos, cada genitor com sua responsabilidade sem sofrer restrição de nenhuma natureza.

Sendo benéfica principalmente para a criança que assiste o desenlace matrimonial, apenas como uma separação entre eles, como de fato é, e não uma separação da criança ou adolescente, que tem ambos os pais presentes em sua vida.

De fato essa modalidade de guarda atenderia melhor aos menores, porém, o que se deve verificar é o momento de aplicação de tal modalidade e se naquela determinada família ela seria possível, ou se teria o condão de provocar mais conflito tornando impossível a boa relação familiar, tendo em vista a imposição. Havendo casos em que nem sempre o compartilhamento se faz necessário, por vezes ele poderia ser até mesmo temido, tendo em vista a incompatibilidade do poder familiar inerente a um dos genitores. Dessa forma, o mais necessário e eficaz é analisar a conjuntura de cada família, pois só assim haverá o julgamento do melhor tipo de guarda, bem como só adotando esse segmento seria de fato alcançado a questão principiológica do bem estar do menor.

9 CONCLUSÃO

O presente artigo possui como base os institutos presentes no direito civil em que é realizado um estudo em consonância com a conjuntura atual, ao mesmo tempo em que foi avaliada uma possibilidade de inovação jurisprudencial, ao promover uma análise de um projeto de lei em fase de tramitação final.

Ressaltando a necessidade da análise a cada caso específico, não podendo ser aplicado nenhum instituto ao depender apenas de convenções ou muito menos transformar algo complexo em uma regra a ser instaurada nas famílias brasileiras.

Sendo assim, a guarda compartilhada poderá ser muito bem usufruída por uma família, tanto quanto poderá ser temida por outra. Havendo todo um fundamento para sua suposta aplicação, em que o juiz cercado por laudos deferirá o melhor caminho para aquela família específica.

Bem como será preferencialmente respeitada a questão da criança ou adolescente como pessoa em formação, havendo uma forma de proteção integral, para que o menor viva numa conjuntura familiar sadia, em que haja o efetivo princípio do melhor interesse em pleno exercício.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 04 Out. 2014.

BRASIL, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 16 Ago. 2014.

BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Sítio Eletrônico do Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 05 Set. 2014.

BRASIL, Projeto de Lei da Câmara, nº 117 de 2013. 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. Sítio Eletrônico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115668> Acesso em: 16 Ago. 2014

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. Alienação parental: comentários à Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família. v. 5. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental. In: Revista do Ministério Público. Minas Gerais: ano IV, n 17, jul. – set. de 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica: para operadores do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. V. 6. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.