

FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA - FANAP
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
JESSICA KRISTINE CASTELO DA SILVA

***O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO***

APARECIDA DE GOIÂNIA

2017

JESSICA KRISTINE CASTELO DA SILVA

***O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO***

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Nossa Senhora Aparecida - FANAP como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Sandra Mônica de Jesus

APARECIDA DE GOIÂNIA

2017

JESSICA KRISTINE CASTELO DA SILVA

***O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO***

Aparecida de Goiânia, _____/_____/2017

Banca Examinadora:

.....
Orientadora Profa. Dra. Sandra Mônica de Jesus

.....
Prof. (Titulação e nome do professor orientador)

.....
Prof. (Titulação e nome do professor orientador)

APARECIDA DE GOIÂNIA

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que contribuíram direta ou indiretamente em minha formação acadêmica e especialmente aos meus pais que foram companheiros de todas as horas

AGRADECIMENTO

À Professora Doutora Sandra Mônica de Jesus pela orientação e apoio.

A todos que contribuíram no decorrer desta jornada, em especialmente, a Deus, a quem devo minha vida.

A minha família que sempre me apoiou nos estudos e nas escolhas tomadas.

Aos meus colegas pelo companheirismo e disponibilidade com que me auxiliaram em vários momentos.

EPÍGRAFE

“Não faças do amanhã o sinônimo de nunca, nem o ontem te seja o mesmo que nunca mais. Teus passos ficaram. Olhes para trás...Mas vá em frente, pois há muitos que precisam que cheques para poderem seguir-te”.

Charlie Chaplin

RESUMO

O presente trabalho apresenta a relevância da Guarda Compartilhada no nosso ordenamento jurídico. Hodiernamente a “instituição família” vem com uma releitura e no próprio preâmbulo de nossa Constituição Federal preceitua o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Assim, diante da atual legislação, doutrina, se analisa a evolução e a valorização da Guarda Compartilhada, visto que, evidentemente não se pode negar o direito de uma convivência sadia com seus genitores, ou seja, convívio harmonioso e simultâneo tanto com o pai quanto com a mãe, para o seu crescimento saudável.

Palavras-chave: Família, Guarda Compartilhada, Convivência saudável

ABSTRACT

This paper presents the relevance of Shared Guard in our legal system. Nowadays, the "family institution" comes with a re-reading and in the preamble of our Federal Constitution, it establishes the well-being, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralistic and unprejudiced society. Thus, in view of the current legislation, doctrine, the evolution and valuation of the Shared Guard is analyzed, since, of course, one can not deny the right to a healthy coexistence with their parents, that is, a harmonious and simultaneous living with both the father and With the mother, for her healthy growth.

Keywords: Family, Shared Care, Healthy Living

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A EVOLUÇÃO FAMÍLIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	12
1.1. FAMÍLIA NA EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS	13
1.1.1. Constituição de 1824	13
1.1.2. Constituição de 1891	14
1.1.3. Constituição de 1934	15
1.1.4. Constituição de 1937	16
1.1.5. Constituição de 1946	16
1.1.6. Constituição de 1967	17
1.1.7. Emenda Constitucional de 1969	18
1.1.8. Constituição de 1988	18
1.2. FAMÍLIA NA EVOLUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL	20
1.2.1. Família no Código Civil de 1916.	20
1.2.2. Família no Código Civil de 2002	22
2. DO INSTITUTO DA GUARDA.....	25
2.1. DA PROTEÇÃO DOS FILHOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 227)	25
2.2. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A GUARDA DOS PAIS	26
2.3. PODER FAMILIAR.....	27
2.4. DA GUARDA	28
2.4.1. Direito Comparado	29
2.4.1.1. Inglaterra.....	29
2.4.1.2. Estados Unidos da América.....	30
2.4.1.3. França	31
2.4.1.4. Portugal.....	32
2.4.2. Da diferença entre Guarda Jurídica e Guarda Física	33
2.4.3. Das Modalidades	34
2.4.3.1. Guarda Unilateral	34
2.4.3.2. Guarda Alternada.....	35
2.4.3.3. Guarda Compartilhada.....	35
3. DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	36
3.1. BREVE HISTÓRICO.....	36
3.1.1. Lei n. 11.698/ 2008.....	36

3.1.2. Lei n. 13.058/2014.....	37
3.2. CONCEITO	38
3.3. GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA	39
3.3.1. Importância da Mediação	40
3.3.2. Opinião da Criança	41
3.3.3. Acompanhamento Social e Psicológico	42
3.4 VANTAGENS E DESVANTAGENS	42
3.5. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa e apresenta o instituto da guarda em nosso ordenamento jurídico, tendo, todavia, como foco principal a espécie da guarda compartilhada.

Com isso o presente trabalho se divide em três capítulos:

O primeiro capítulo, intitulado “Evolução da Família no Ordenamento Brasileiro” apresenta o histórico do desenvolvimento da família em alguns de nossos principais ordenamentos jurídicos.

O segundo capítulo denominado “Instituto da Guarda” tem como intuito demonstrar o elemento jurídico da guarda propriamente dita, ou seja, seu surgimento, suas características, suas modalidades, bem como, apresentar uma análise dentro do direito comparado.

No terceiro capítulo, que recebe o título “Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro”, adentra-se propriamente dita na modalidade de guarda objeto principal deste .

A escolha do tema é extremamente relevante porque esta tem como principal intuito a preservação do relacionamento entre pais e filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicológico e emocional dos filhos, ou seja, busca-se um equilíbrio evitando o afastamento do genitor que não detém a guarda de filhos oriundos de famílias desfeitas.

O método de pesquisa a ser utilizado neste trabalho será o dedutivo, ou seja, processo pelo qual se parte do geral para uma particularidade, visto que, dentro do universo da guarda no Direito de Família será centralizado na Guarda Compartilhada como instrumento de proteção ao meio ambiente, onde exige uma pesquisa bibliográfica previa, quer para o levantamento da situação da questão, quer para a fundamentação teórica, ou ainda para justificar os limites e contribuições da própria pesquisa.

Também adotará como opção metodológica complementar as legislações, artigos científicos, jurisprudências, com o objetivo de analisar com propriedade a temática proposta.

1. A EVOLUÇÃO FAMÍLIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A instituição família consiste na principal célula, no esteio de uma sociedade, pois é através desta que o indivíduo aprende a se situar e a criar sua própria base dentro dos grupos sociais.

A família nos tempos antigos era formada de forma patrilinear, ou seja, mãe e filhos sob os domínios do pai. Tal conceito originou da sistematização do direito romano, trazendo em seu ordenamento a linhagem patriarcal, Pai-Filho-Neto. As filhas integravam a família do marido.

Coulanges (2009, p. 164), em sua obra sobre a família antiga, alude a “crença e costumes como uma importante coluna para a formação patriarcal familiar, a qual os membros faziam seu próprio culto doméstico, unindo mais ainda a família”.

A sociedade desta época remota regia as formas mais “decentes” de como deveria ser a família, não admitindo qualquer que seja a forma de mudança, para não confrontar os princípios por cada indivíduo assim deixado pela sucessão de seus antepassados. O medo de não andar em conformidade com as regras patriarcais era comum nas pessoas daquela época.

Eram reconhecidas duas formas de parentesco, porém apenas uma delas era a regra do ordenamento romano. A primeira forma era a de um grupo de pessoas liderada pelo mesmo pai ainda que o fator biológico não existisse, e a outra era formada por uma descendência sanguínea entre pai, mãe e filhos. Esta era a aceita pelo direito romano, sendo a esta resguardado os direitos alimentícios, sucessórios e outros.

Para o escritor Lôbo (1999, P. 312) “o triunfo da família patriarcal é um dos traços da civilização incipiente sobre possíveis formas grupais ou matriarcais de família anteriores”.

A família tem o seu papel de inteira importância na construção pessoal, material e social de uma pessoa. Esta entidade tem o poder de transformar indivíduos em seres humanos tanto para fazer o bem como para fazer o mal.

Enfim, o sentimento familiar traz expectativas de formação do caráter desde a infância, sendo esclarecidos preceitos até a fase adulta. Em tudo que diz respeito à família na linha jurídica brasileira, está centrado em um pivô chamado sentimento familiar formado por indivíduos que compartilham da sócioafetividade.

E diante disto passar-se-á para um breve relato sobre o histórico do desenvolvimento do instituto família em alguns de nossos principais ordenamentos jurídicos.

1.1. FAMÍLIA NA EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

1.1.1. Constituição de 1824

Ainda na época imperial do Brasil, em 1824, surge nossa primeira Constituição onde constam 11 (onze) artigos dispendo exclusivamente sobre a família imperial, mas praticamente nada em relação à proteção pelo Estado Imperial à família enquanto estrutura social primordial à sociedade, bem como, de suas necessidades.

Da Família Imperial, e sua Dotação

Art.105. O Herdeiro presumptivo do Imperio terá o Titulo de "Principe Imperial" e o seu Primogenito o de "Principe do Grão Pará" todos os mais terão o de "Principes". O tratamento do Herdeiro presumptivo será o de "Alteza Imperial" e o mesmo será o do Principe do Grão Pará: os outros Principes terão o Tratamento de Alteza.

Art.106. O Herdeiro presumptivo, em completando quatorze anos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

Art.107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade.

Art.108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permitem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação.

Art.109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Principes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Principes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio.

Art.110. Os Mestres dos Principes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional.

Art.111. Na primeira Sessão de cada Legislatura, a Camara dos Deputados exigirá dos Mestres uma conta do estado do adiantamento dos seus Augustos Discipulos.

Art.112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega d'elle cessarão os alimentos.

Art.113. Aos Principes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam.

Art.114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial.

Art.115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.

No Art. 5º da Constituição de 1824 determina que a religião do Império é a católica e que o Imperador poderia nomear Bispos e prover benefícios eclesiásticos (Art. 102, § II).

Assim, Castro (2010, p.423-424), destaca que na vigência desta Constituição toda a vida civil estava inteiramente sob o controle da Igreja Católica, visto que, no casamento havia a legislação civil e a eclesiástica, mas somente esta última era considerada legítima.

1.1.2. Constituição de 1891

Passados os anos, surge então a Constituição de 1891, já em uma era Republicana. Atritos e conflitos no que discerne a administração do país. Nada sobre a constituição familiar, a não ser no seu Art. 72 que dispunha sobre a realização de casamento ser gratuita. Assim, foi retirado então o poder da igreja de celebrar casamentos, tornando o casamento religioso sem o civil inválido.

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

[...]

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

No entendimento de Castro (2010, p. 423-424): “ a união de dois cônjuges não católicos só passou realmente a ter valor a partir do Art. 72, § 4º da Constituição republicana de 1891”.

E conforme Diniz (2008, p.52):

Com o advento da República, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o casamento veio a perder seu caráter confessional; com o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, no seu art. 108 não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso. Uma circular do Ministério da Justiça, de 11 de junho de 1890, chegou a determinar que "nenhuma solenidade religiosa, ainda que sob a forma de sacramento do matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brasil, constituiria, perante a lei civil, vínculo conjugal ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa os que houverem daquela data em diante esse ou outro sacramento, enquanto não fosse celebrado o casamento civil" . Houve até um decreto que estatuiu a precedência do casamento civil, punindo com 6 meses de prisão e multa correspondente à meta do tempo o ministro de qualquer religião que celebrasse cerimônia religiosa antes do ato nupcial civil (Dec.n. 521 de 26-6-1890 [...]).

1.1.3. Constituição de 1934

Então, nos primeiros períodos do século XX, surgem várias revoluções em volta do mundo. No Brasil não foi diferente, veio a Revolução de 1930. O Brasil deixa de ser liberal clássico para ser um intervencionista jurídico. Nesta nova Constituição de 1934, existe o voto secreto e universal, tanto homens como mulheres exercem seu direito de voto e finalmente começa a ditar um pequeno flash sobre família em seus artigos 144 à 147 que dispõe:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes

Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Destaca-se então a menção explícita em relação ao conceito de família, ou seja, em que a família só pode ser constituída pelo casamento indissolúvel; a disposição de que desquite e anulação de casamento seria determinação da lei civil; a exigência do registro civil; o reconhecimento de filhos naturais e a igualdade de efeitos do casamento religioso e do casamento civil.

Abrão (2011, p.1204) expõe que o art. 146 da Constituição de 1934 reintroduz o casamento de confissão religiosa, dado o estranhamento na sociedade, de maioria católica, pelo reconhecimento apenas do casamento civil na anterior Constituição de 1891.

E Diniz (2008, p.52) declara:

Considerando desaconselháveis as duplas núpcias, a Constituição de 34, em seu art. 146, possibilitou que se atribuísse ao casamento religioso efeitos civis desde que observadas as prescrições legais. A Lei n.379/37, que regulamentava a matéria, foi mais tarde parcialmente modificada pelo Decreto-lei n. 3.200/41, arts. 4º e 5º.

1.1.4. Constituição de 1937

Em 1937 ocorre o golpe de Estado firmado pelo então presidente da República Getúlio Vargas. Assim o fez do Brasil um país alienado pelo regime ditatorial influenciado pela constituição polonesa da época. De sorte, sobre o que se refere a família, assim continuou, apenas salientando em alguns artigos que diz:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art.126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Já agora nesta constituição, traz mais alguns deveres relacionados ao casamento, no que se refere à educação de filhos sendo também compartilhada a obrigação com o Estado.

1.1.5. Constituição de 1946

Na Constituição de 1946, após abalos ditatoriais que o Brasil sofrera alguns anos antes, começa então a restauração da democracia. Agora, neste período de redemocratização, o Estado maior se dispõe a dar garantias aos cidadãos e proteção. No que diz respeito ao direito de família, esta magna não expressou nada além do que já havia tipificado na constituição anterior. Porém, é de grande notoriedade que o pensamento conservador de que a família é formada primordialmente pelo casamento ainda é o que prevalece.

Da Família, da Educação e da Cultura.

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o

requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

Segundo Diniz (2008, p.52)

A Constituição de 46, no art. 163, §1º, com a redemocratização do país, manteve a concessão anterior, condicionando-a à observância dos impedimentos e às prescrições da lei, se assim o requeresse o celebrante ou qualquer interessado, com as inscrição do ato no Registro Público. Em seguida a Lei n.1.110, de 23 de maio de 1950, regulamentou por completo o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, quando os nubentes requeressem sua inscrição no Registro após sua realização [...].

1.1.6. Constituição de 1967

Surge mais uma vez, outra nova Constituição, a de 1967. Neste período, o regime militar continuava a operar, porém, várias manifestações e protestos ganhavam força nesta época. Nada surgia para reforçar e alcançar o direito de família, tendo apenas como escopo o firmamento de que a família era formada através do casamento, como dito anteriormente nas outras instituições como se refere a seguir:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

De acordo com Diniz (2008, p.53):

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n.1/69 no art. 175, §§ 2º e 3º, manteve o casamento religioso com efeitos civis, e pela Emenda Constitucional n. 9/77 quebrou a indissolubilidade do matrimônio (art. 175, § 1º) prevendo sua dissolução nos casos previstos em lei.

1.1.7. Emenda Constitucional de 1969

E no texto da Emenda Constitucional de 1969, que também merece nossa atenção, constou 01 (um) artigo ou disposição sobre família:

Da Família, da Educação e da Cultura

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9. de 1977)

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais.

Lenza (2011, p.118-119) declara que a Emenda Constitucional nº1 de 17/10/1969 foi instituída pelos militares com base no Ato Institucional nº 12 de 31/08/1969, que consagrou no Brasil um governo de Juntas Militares.

Após 21 anos de governo militar e ditatorial, estes chegam ao fim. Começa então mais uma restauração da democracia. Eleito presidente, Tancredo Neves assume o cargo de presidente, porém, devido a doença, faleceu. Entrando em seu lugar, o vice presidente José Sarney assume por definitivo a Presidência do Brasil.

1.1.8. Constituição de 1988.

E finalmente surge a mais recente e atual Constituição de 1988, trazendo um marco para o direito de família, reconhecendo-o através do princípio da dignidade da pessoa humana, fortalecendo a família no que diz respeito ao integrante singular familiar.

A importância da família durante todos os anos, sempre é evidente, pois a base de toda uma sociedade é esta entidade que de tão importante, acaba ficando em escanteio. A carta magna agora dispõe uma luz ao fim do túnel sobre o direito das famílias, amparando-as e resguardando os seus componentes.

Agora, as relações familiares que eram de fato, sem amparo jurídico, passam a ser de direito, fortalecendo este instituto familiar perante a lei.

O preâmbulo da Constituição Federal respalda com muita clareza e evidencia o objetivo de resguardar os mais notórios direitos de um cidadão, no seu texto alude:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Seguindo este claro e objetivo conceito da carta magna, assegura-se um ponto de direito sobre as famílias, dando a elas mais respeito e dignidade, devido ao fato de tratar o preambulo como um indicador de direito resguardado. Sendo este direito do indivíduo resguardado, logo ele faz parte de alguma família levando consigo para dentro dela este direito.

Partindo da lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002- dispõe do novo código civil, ao qual trataremos com ele no que diz respeito a família- o artigo 226 garante:

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 e casamento.

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

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações

A supremacia desta nova constituição trouxe princípios constitucionais de grande impacto que são alguns:

Igualdade entre homem e mulher – há muito tempo se tem clamado por esse direito principalmente em relação às mulheres que eram tratadas como relativamente incapazes em época não muito distante, traz o artigo 5º da constituição “ sem distinção de sexo”;

Entidades familiares pluralistas – não mais o casamento como a única forma de família, um exemplo a união estável que não deixa de ter seu amparo legal jurídico; A legalidade da mudança de nomes tanto pelo homem quanto pela mulher no casamento – agora a mulher também poderá ter seu nome acrescido pelo marido e vice versa como assim já era;

O comprometimento com a família e suas penalidades para quem não cumprir – o artigo 226 § 7º dispõe das obrigações e zelo pela família, sendo o não cumprimento de tal ato tipificado no código penal brasileiro, também sendo parte deste comprometimento tais normas dadas pelo estatuto do idoso e pelo estatuto da criança e do adolescente;

A igualdade entre os filhos sendo eles havido ou não do matrimônio – os filhos legítimos e “ilegítimos” terão os mesmos direitos sucessórios nesta nova constituição, sendo assegurado a eles tal direito, como dispõe o artigo 227 §6º da CF;

A não demora na dissolução do casamento – trouxe também esta nova carta magna, a facilitação do divórcio, não sendo necessário viver um casal juntos sem a compatibilidade – que por sinal ergue malefícios aos filhos e a sociedade também – poderão separar-se perante uma rápida legalização do divórcio.

Enfim, a luz do fim do túnel clareou as antigas utopias relacionadas a família, que antes era de status e temores, agora é mais definida e decidida ao que é, trazendo a escolha para cada indivíduo. A hipocrisia sobre a família deu lugar à livre escolha e vontade de ter e cuidar de uma família que por sinal é a base da sociedade. Luc Ferry, ex-ministro da educação da França e também filósofo, traz grandes contribuições para o enriquecimento deste assunto em epígrafe, Ele diz que a base da sociedade é a família, sem ela não há organização jurídica e tão menos social. A família deve ser vista como uma entidade que sofre mutações ao longo de cada geração, sendo modificada pelo meio em que se vive, evoluindo em crenças, culturas, e valores.

1.2. FAMÍLIA NA EVOLUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

1.2.1. Família no Código Civil de 1916.

Desde período do Império houve a necessidade de se gerar uma codificação civil, mas o primeiro passo, propriamente dito só ocorreu em 1855 quando jurista Augusto Teixeira de

Freitas preparou a Consolidação das Leis Civis. Depois em 1858 o Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo através Decreto nº 2.318/58 confiou a Augusto Teixeira de Freitas o encargo de preparar um projeto de Código Civil que apresentou seu esboço inspirado de vários Códigos das Américas, principalmente o Código Civil Argentino, mas não foi adotado. Em 1881 jurista mineiro Joaquim Felício dos Santos apresentou seus Apontamentos para o projeto do Código Civil Brasileiro, que foi submetido a uma comissão, que acabou opinando contrariamente. Já em 1890 o jurista Coelho Rodrigues também preparou um projeto, que como os demais, não foram convertidos em lei. Já em 1899 Clóvis Beviláqua apresenta o seu projeto, o qual, depois de 15 anos de debates, se converteu na Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. - *O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO* - promulgado a 1º de janeiro de 1916, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917.

De acordo com Tepedino (2004, p.2):

O Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil.

Também na concepção de Lobo (1999, p. 307):

Impunha-se a reforma, tendo em vista o significativo aumento entre nós, de normas dispersas, margeantes, e até mesmo conflitantes, que foram se gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, este método de revisão e adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato que o Código Civil de 1916 houvera sido, dentre outras razões citadas, elaborado para um país diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época, e em face de outros anseios e de outros valores.

Neste período, a família ainda era de ordem patriarcal, onde o homem era o mantenedor da família e era respeitado absolutamente por ela, indissolúvel, por não se haver em falar de divórcio, e de muita evidencia na sociedade. Era toda uma cultura voltada ao assunto família. Tem-se aqui um modelo familiar que não admitia inovações ou modernismos que afetasse o conceito de família. A família era a coluna da legislação referente ao antigo código civil de 1916.

O Código Civil Brasileiro de 1916 fez marco no assunto Família, uma vez que nesta época, houve alterações para este importante assunto.

Para Leite (2005, p. 23) “o Código Civil desta época apresenta três importantes temas em se tratando do ramo direito das famílias: os institutos de direito protetivos, que dava à mulher casada o direito de requerer os bens doados ou transferidos à concubina do marido no prazo de dois anos, o parentesco sendo permissiva a sucessão apenas aos filhos legítimos e o casamento sendo indissolúvel”.

Um item de grande destaque no Código de 1916 foi o fato deste diferenciar os filhos, ou seja, haviam os ditos filhos legítimos: prole havida sob o casamento civil; os filhos legitimados: prole legitimada pelo casamento dos pais, depois de concebidos ou nascidos; os filhos ilegítimos: prole nascidos fora do matrimônio; os filhos naturais: havidos de pais que não havia nenhum impedimento matrimonial - solteiros ou equiparados; os filhos adúlteros: prole resultante de adultério e os filhos adotivos que adquiriam a filiação civil, não consanguínea ou socioafetiva. E em razão desta variedade de filiação também foram variados os conflitos como, por exemplo, a sucessão.

O Código de 1916 também conferiu privativamente ao marido o direito de contestar essa legitimidade (art. 344), no prazo decadencial de 2 a 3 meses, contados a partir do nascimento (art. 178, §§ 3º e 4º).

Neste período, portanto, a sociedade mantinha-se conservadora, ou seja, a família era constituída exclusivamente pelo casamento sendo o marido o chefe da família, não dando brechas para a evolução família, ao qual hoje em dia temos vivenciado.

1.2.2. Família no Código Civil de 2002

As evoluções na família vêm desde tempos remotos trazendo uma serie de conceitos que aos nossos dias de hoje é uma realidade. Depois da nova Constituição de 1988 – que por sinal continua em vigor - a família ganhou uma quantidade significativa de protetores da família, garantindo sua existência não só social, mas também na linha jurídica.

O novo Código Civil que é constituído pela lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002 mostra claramente o quanto a família ganhou espaço no âmbito jurídico. Isto é um marco até hoje em nossa vida histórica de mundo familiar.

Uma citação de grande entendimento traz o doutrinador Venosa (2008, p. 1) ao expor que “O Direito Civil moderno apresenta como regra geral, uma definição restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”.

Observa-se que nossa família moderna apresenta uma formação biológica, de parentesco social.

Com o novo Código Civil, podemos observar que não há mais a distinção dos filhos, sendo legítimos ou “ilegítimos” possui os mesmos direitos perante a nossa lei. Esta nova face da matéria civil, traz regimes adotados no ato do casamento sendo eles o de comunhão parcial de bens, o de separação total de bens (facultativo e obrigatório), comunhão universal de bens e a partição final dos aquestos.

A família teve grandes benefícios, sendo tratada com mais respeito e sendo observada também a ponderação na escolha de cada indivíduo em formar uma família. Surge a mudança na redação do artigo 1.509 do novo código civil onde dispunha do “pátrio poder” sendo modificada para “poder familiar”, onde ambos os cônjuges tem o direito sobre os filhos. É uma série de benefícios à família, um começo de inovação para a família que é o centro da base social.

Ainda, o novo código civil apresenta a estrutura clássica do antigo código de 1916, em parte geral e parte especial, na qual se enquadra o direito das famílias. Com a reforma do código civil, trouxe algumas alterações importantes que não se pode deixar de arguir, como a redução da maioridade civil de 21 anos para 18 anos de idade. Partindo do ponto da maioridade civil, o artigo 50 do novo código, traz uns reflexos de interesse social como a autorização paterna para o casamento de filhos menores de 18 anos, cessação do direito a alimentos, cessação da tutela e outras reformas como os impedimentos matrimoniais do casamento em 7 situações elencadas no artigo 1.521, CC.

A união estável veio para modernizar ainda mais o direito de família, com aceitabilidade e pratica continua entre as pessoas dentro da sociedade. Ela já existia, mas de forma preconceituosa e bastante difamada na sociedade antiga. Quando chegou ao século passado por volta das décadas de 60, 70 começaram a transparecer certo diferencial quando se trata do concubinato – a união estável em sua origem – que ganhou certa repercussão, mas ainda não a aceitação das pessoas da era social mais antiga.

Um questionamento interessante que o autor Pereira (2015) discorreu em sua pesquisa em relação a união estável foi:

Não aceito a diferenciação entre união estável e concubinato, no que estou na companhia de antiga e sólida doutrina, quando esta definia o segundo instituto. Assim, lamento que o novo Código Civil tenha feito a distinção (arts. 1.723 e 1.727). Além disto, deplorável o art. 1.727, pois ignora os casos de separação de fato entre casais, de há muito acatado pela doutrina e pelos tribunais, de forma pacífica. Só não é maior o retrocesso diante do art. 1.723, §1º, parte final, quando consagra a separação de fato. Evidente que deve suceder uma interpretação sistemática, ponderando conjuntamente os dois dispositivos legais. O grande equívoco em relação à união estável, no novo Código Civil, residem no direito sucessório, que não é objeto de meu exame neste artigo. Veja-se, por exemplo, o absurdo contido no

art. 1.790, “caput”, quando afirma que o companheiro só herda bens adquiridos durante a vigência da união estável!! Herança envolve todo o patrimônio que uma pessoa tem, mesmo que o possua desde o seu nascimento. O novo Código mistura a questão da herança com a questão da partilha dos bens adquiridos durante a convivência.

O Código Civil renovado fez com que a família ganhasse mais segurança na esfera jurídica, tendo o direito de seus componentes resguardados perante a lei. A família é um projeto magnífico que dá origem a uma nação. Por isso se deve cuidar desta entidade tão poderosa que é a família, para que a sociedade formada por ela seja rica e próspera antes de qualquer outra coisa.

2. DO INSTITUTO DA GUARDA

2.1. DA PROTEÇÃO DOS FILHOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 227)

Com o surgimento da Constituição Federal de 1998 após um longo processo de democratização houve finalmente a inclusão do art. 227 que ocorreu graças ao movimento intenso da população que passou a ver como necessidade a criação de um direito fundamental garantido em especial para criança.

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.

A forma clara e rica deste artigo deixar extremamente claro a necessidade de se incluir a proteção à criança no rol dos direitos fundamentais, ou seja, põe a criança como foco central dentro das prioridades de proteção constitucional, sendo esta detalhada no art. 4º. do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Todavia, reforça o preceito constitucional que o dever de dar prioridade absoluta à proteção de toda criança não se restringe exclusivamente ao Estado e conseqüentemente de seus governantes, mas também à família e qualquer indivíduo na sociedade, cada um colaborando com sua parte, ou seja, provoca um chamamento a todos os atores da sociedade na luta pela defesa e promoção dos direitos das crianças.

2.2. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A GUARDA DOS PAIS

É sabido, portanto, que a família é indispensável para resguardar proteção e desenvolvimento. Juntamente com os direitos fundamentais que são direitos a vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade é resguardado ao menor pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o direito de ter convivência com a família seja esta com ambos pais, um deles ou descendentes.

Conforme Vicente (1988,p.51):

O vínculo familiar é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança devem em consideração na categoria convivência, estar junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim vital.

Nota-se que o rompimento com vínculo familiar, seja ele definitivo ou temporário acarretará e um sofrimento para criança.

Pais e filhos são de grande importância na vida de cada um deles por esse motivo e comum que no caso de rompimento dessa relação de família seja atribuído primeiramente a guarda aos pais.

O Código Civil 2002, mais precisamente, no Art. 1.630 “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”, dá aos genitores o poder familiar do qual os pais exercem tal direito de guarda. Tal poder é conferido igualmente para pais e mães sem distinção de sexo.

O menor tem direito e necessidades de convivência com os pais, porém quando estes não se encontram aptos a atender as necessidades de qualidade de vida para a criança, o juiz irá optar para a busca de uma família substituta seja ela por meio de tutela, guarda ou adoção.

A guarda delimitada a uma família substituta será ela sempre tomada em casos excepcionais para que possa ser assegurado a proteção da criança, podendo ela ser revogada a qualquer tempo.

Nas palavras de Beviláqua (1956, pg. 279):

“Todos os filhos necessitam da vigilância carinhosa de seus pais, e a sociedade, no interesse de sua própria consolidação não deve interpor entre pais e filhos a autoridade de um estranho, senão por razões poderosas aconselhem essa medida”.

2.3. PODER FAMILIAR

No Código Civil de 1916 era atribuída somente ao pai a responsabilidade dos filhos, ou seja, ele era quem tinha sobre si a posse dos filhos, exercendo assim o dever de educação escolar e religiosa. No caso de separação o pai tinha preferência na sua guarda por conta de serem os provedores da família aquele que mantinha o sustento da casa. Porém esta situação mudou e atribuído a ambos os genitores direitos e deveres.

O *patria potestas* tem como finalidade somente o melhor interesse para a criança, podendo ser tido então até mesmo como pátrio dever, como base nas obrigações das quais os pais devem cumprir perante o filho.

Tal obrigação poder ser vista como um direito subjetivo ou de maneira mais simples um poder familiar, na qual pai e mãe exercem tal função juntamente com a delegação do Estado visando o interesse da família.

Com o passar dos anos o Pátrio Poder foi perdendo sua forças por conta da paterfamilias, tornando-se então ele conduzido de forma igualitária, independentemente de vontade paterna.

A Constituição Federal 1988 estabelece igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres, assim, o homem então deixa de ser visto como chefe de família, detentor de todas as decisões. Desta maneira, fica atribuída ao casal toda necessidades dos filhos como de criar, educar e de representação.

Os filhos enquanto menores de 18 anos, ficam sobre responsabilidade total dos pais, tanto perante a sua vida civil, esse domínio sobre os filhos é imposto por lei e é tratado de forma irrenunciável, ou seja, os pais não podem renunciar a sua obrigação perante com os filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, define o Poder Familiar em duas categorias: inicialmente em um capítulo diz a respeito do direito de convivência familiar e social (Art. 21 a 24) e depois em outro capítulo no qual consta sobre procedimentos, relacionados a suspensão do Poder Familiar (Art. 155 a 163).

Os legitimados para interpor este tipo de ação são o Ministério Público ou quem tiver interesse, assim, estabelecendo a Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu Art. 157.

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder familiar, liminar ou

incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade

No Estatuto da Criança e do Adolescente, todavia, há hipótese de perda do Poder Familiar que não está disposto no Código Civil, situação esta voltada ao não cumprimento dos deveres da guarda:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

2.4. DA GUARDA

A guarda do menor pode ser atribuída de varias maneiras.

De princípio o Poder Familiar surge de forma legal como intuito de segurança de desenvolvimento perante a criança, porem na falta dos pais ou quando este não se fazem capazes de exercer tal papel, será imposta a família substituta, que é chamada de guarda judicial. Este tipo de guarda é mais extenso pois a família substituta não contém atribuições do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente através do seu Art. 33 assim define a guarda: “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”.

Portanto entende-se que a guarda implica sobre cuidados rotineiros com os filhos, tendo assim uma regularização de posse de fato perante ao menor.

Segundo Cabonera (2000, pg.44):

O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado de pelo menos duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranho o que tem sob a sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.

A perda da guarda não diz respeito a perda de poder familiar, pois a guarda não é contida de essência, porém de natureza do pátrio poder. A palavra guarda tem o intuito de transmitir a sensação de proteção, vigilância e responsabilidade. Esta palavra é empregada

para designar a alguém a obrigação de zelar pela conservação de algo ou alguém da qual são entregues ou destinadas protegendo então estas de qualquer dano ou prejuízos.

Na palavra de Strenger (1988. p.3), a guarda é definida como: “[...] o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.”

Quando os pais descumprem tais obrigações estão sujeitos a sanções penais, e ate mesmo a perda da guarda.

2.4.1. Direito Comparado

2.4.1.1. Inglaterra

A Guarda na Inglaterra ate por volta do século XX , era atribuída somente aos pais as mães somente tinham um acesso a criança e este era bastante restrito em caso de conflito entre os casais predominava então o sistema *common Law* que significa direito comum .

Nas palavras de Grisard (2010, p.129)

Assim é que a common Law reconhecia ao pai, e não à mãe, o natural e único guardador dos filhos. Era ele o encarregado da educação escolar e religiosa, e, em troca dos trabalhos dos menores – estes eram importante fator de produção -, era o responsável por sua manutenção. Os filhos eram considerados propriedade do pai e isto explicava as decisões em matéria de separação, fundadas numa realidade econômica: os pais tinham melhores condições de sustentar os filhos.

Com a vinda da Revolução Industrial com a migração dos homens do campo para as fabricas, as mulheres passaram a ser encarregadas da criação dos filhos, passando a guarda a ser atribuída a mãe.

A guarda do menor passou a ser concedida para as mães com a criação da doutrina ‘ *tender years*’ na qual os filhos inferiores a 07 anos de idade ficariam sobre a guarda mãe deixando então de ter a presença paterna e passa a ter a presença materna .

Nesta forma de decisão ficava a mãe responsável pelos cuidados cotidianos e o pai tinha o dever de instrução na vida da criança.

Porem os Tribunais percebe que seria injusto deixar a criança somente com o pai ou tão somente com a mãe. Assim a fim de amenizar os efeitos da guarda exclusiva, os tribunais passaram a ordenar um exercício de direito e deveres para ambos os genitores, oque seria então o inicio da guarda compartilhada.

No ano de 1972 a Inglaterra reconheceu-se então o valor da guarda conjunta.

Na legislação de *Children Act* no ano de 1989 ficou reconhecido que o mais importante era o bem estar da criança . E no dia 1 de abril de 2001 foi criado o Instituto Children and Family Court Advisory and Support Service (CAFCASS), este órgão passou a ser responsável de indicar para a Corte um determinado guardião que fosse capaz de atender o interesse da criança.

Atualmente no direito inglês, busca distribuir de maneira igualitária os direitos e deveres para os pais perante aos filhos.

2.4.1.2. Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América a guarda compartilhada foi aceita pelo fato de proporcionar vários benefícios, como melhor adaptação e uma boa autoestima. Em alguns Estados americanos existem até mesmo programas de educação para os pais para que os ajude a enfrentarem melhor esse novo sistema.

No começo da década 70, surgiram alguns grupos de pais que tinham a intenção de terem uma relação mais próxima com os seus filhos com o fim do relacionamento conjugal , iniciaram então um movimento que era a favor da guarda compartilhada que foi cada vez mais se estendendo e divulgando este novo sistema com suas inúmeras vantagens.

Ainda na década de 70 grande parte as mulheres começaram a trabalhar em serviços fora de casa exigindo assim que os homens fossem mais presentes em relação aos cuidados com seus filhos , aumentando assim o interesse da guarda para ambos os pais. No ano de 1978 no Estado de Wisconsin havia autorizado a guarda compartilhada através de um novo estatuto .

Segundo Morgenbesser e Nehls (1981 p 35), “no Estado da Carolina do Norte foi editada uma lei que possibilitou a guarda dividida, uma forma parecida com a compartilhada. Porém esta se fez em forma de lei somente no ano de 1977 no estado de Oregon”.

Assim, através do Estado da Califórnia que surgiu a guarda compartilhada nos Estados Unidos (Joint Legal Custody) . O surgimento desta legislação proporcionou um crescimento positivo não só em relação os pais com seus filhos, mais também proporcionou um melhor entendimento entre os ex-cônjuges .

Nos Estados Unidos da América não possui uma obrigatoriedade de modalidade de guarda, porém os pais contam com uma variedade de modos disponíveis para que assim possa atender de maneira positiva o bem estar da criança como a Split Custody (guarda dividida) ,

Third-party Custody (guarda de terceiro, Bird's Nest Custody ou Bird-Nesting Theory (Guarda do ninho de pássaro ou Teoria do Ninho do pássaro).

A modalidade Joint Legal Custody (guarda compartilhada) , cabe a cada Estado definir se adpta ou não com essa nova modalidade, hoje podemos contar com mais de 40 estados norte americanos que fazer parte deste novo estatuto.

Nos Estados Unidos da América grande parte dos juízes entende que a criança deve ser ouvida, a opinião da criança e importante para definir a modalidade de guarda , porem e observado de acordo com idade e maturidade.

Porém não podemos deixar de lembrar que no Brasil, ao que se diz respeito a oitiva do menor e valida a leitura

“não se pode conceber que uma criança, ou mesmo adolescente, seja Juiz de seu próprio destino. Permitir que os filhos “decidam” com quem querem ficar em processos de dissolução familiar atenta não só contra a dignidade dos incapazes, mas contra a dignidade dos pais, da família, da própria sociedade. Imagine-se frente ao Juiz, o Promotor, o Escrivão, os Advogados, provavelmente pessoas que nunca tinha visto antes, declarando a opção por quem se “ama mais”, se é possível ao filho ou aos pais, expressarem valoração maior de amor do que a própria natureza lhes impõe. A aquiescência com a oitiva dos filhos em Juízo é medida que privilegia o conflito familiar. Logo, o primeiro dever do Promotor de Justiça é de manifestar contrariedade à inquirição dos incapazes em Juízo. Se, absolutamente imprescindível, que seja realizado por profissionais de detenham conhecimento técnico suficiente para esclarecer quais os motivos da opção momentânea” (SOUZA,2017)

2.4.1.3. França

A guarda compartilhada surgiu na França no ano de 1976, ela surgiu com intuito de reduzir os aspectos negativos da guarda exclusiva.

No ano de 1987 surgiu a Lei 87-570 do dia 22 de julho mais conhecida como Lei Malhuert, não podemos deixar de dizer que a França foi o primeiro pais que surgiu a lei da guarda compartilhada.Conforme Silva (2008, pg 80-81)

Foi na França que surgiu a primeira lei, sobre guarda compartilhada que harmonizou o Código Civil francês com a jurisprudência existente desde 1976. Chamada de “Lei Malhuert”. Na França, se o casal se separa, o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos. Sobre essa modalidade (guarda conjunta), a nova lei veio para confirmar a jurisprudência, fazendo da guarda compartilhada uma referência legal.

A Lei de Malhuert veio por meio do Secretario de Estado dos Direitos Humanos que alterou o Código Civil francês ao que se diz respeito sobre autoridade parental e conforme o art. 373-2:

Se o pai e mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro.

E o art. 287 obteve a seguinte redação:

Conforme o interesse das crianças menores, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, depois que o juiz colheu suas opiniões, quer por um deles. No caso de exercício em comum da autoridade parental, o juiz indica o genitor na casa de quem as crianças tem sua residência habitual

Assim, no direito francês quando surge o fim do relacionamento conjugal o direito de guarda pode ser exclusivo para um dos genitores, cabendo ao outro o direito de visitação. A Lei 93-22 de 1993 estipulou a guarda compartilhada como um principio A guarda exclusiva somente seria atribuída caso visto necessário para o melhor interesse da criança . Já a Lei 2002 -305 do mês de março de 2002 que por sua vez alterou o Código Civil Frances ao que se diz respeito do divorcio em relação aos filhos fazendo extinto o referido art 287. Esta nova lei, portanto, pois fim ao que se dizia na Lei 93-22, excluindo a proibição de alternância de residência .

2.4.1.4. Portugal

Nos primórdios do direito Português havia proibição expressamente de quaisquer tipos de guarda a não ser a guarda única. Esta posição só veio a ser alterada em 1985.

Conforme Fontes (2009, p. 135):

[...] com a vinda da Lei 84/95, de 31 de agosto, que alterou o Código Civil Português no que diz respeito ao exercício do poder parental após o divórcio, passou a ser possível aos pais acordar sobre o exercício em comum poder parental, decidir questões relacionados à vida do filho. Em Portugal, observa-se que o exercício conjunto do poder parental continua a ser legalmente admitida pela Lei 59/99, de 30 de junho, porém há a necessidade do acordo dos pais, caso ao contrário o juiz decreta a guarda única.

2.4.2. Da diferença entre Guarda Jurídica e Guarda Física

Desde 2007 já vem se constando pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), que o número de separação no Brasil está aumentando.

Os autores Peck; Manocherian (1980,2001.p 291-320) destacam que: “ apesar da prevalência do divórcio, os membros da família, em geral, não estão preparados para o impacto emocional, social e econômico que o mesmo acarreta”

A justiça então busca meios de soluções capazes de resguardar a criança com no mínimo de sofrimento possível para que estas tenham estabilidade e consiga ter uma boa relação perante ao seus pais proporcionando assim que a criança tenha uma boa formação para se tornarem adultos conscientes e responsáveis .

A guarda jurídica é aquela em que os pais têm direitos de reger sobre seus filhos instruindo-os sobre sua educação e tomando todas decisões perante ao interesse da criança ,esta guarda independe de onde o menor reside . Já a guarda física, por sua vez, é caracterizada pela proximidade dela perante ao genitor, ou seja , com quem a criança residem

Portanto a guarda jurídica, e a guarda física ou material não deve ser confundida pois nem sempre o detentor de uma guarda , e obrigatoriamente detentor da outra guarda.

Neste sentido menciona Santos (2001 ,p 158):

A guarda jurídica encerra as relações parentais de caráter pessoal emergentes do poder familiar (sustento, criação, educação, proteção, correção, controle, guia moral e intelectual, vigilância, respeito, honra, afeição ,etc.), e é o direito de 'regem a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles' e custódia ou guarda material, refere a imediatividade do exercício da guarda jurídica por aquele com quem viva o menor.

A guarda física ou material também não deve ser confundida como uma simples companhia para o menor. Exemplos quando os pais saem para trabalhar e deixam seus filhos com avós ou na escola, isso não significa uma guarda física e sim uma companhia.

O Código Civil prevê em seu Art. 76 , Paragrafo Único:

Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.

Visto assim a guarda jurídica é apresentada aos pais a cerca de três modalidades: guarda unilateral da qual é atribuída somente a um genitor que conseqüentemente terá a responsabilidade da guarda física, guarda alternada na qual a criança ficara um tempo com um dos genitores e outro tempo com outro e guarda compartilhada que definida a ambos genitores. Neste caso, a guarda física poderá ser colocada como alternada ou física levando em conta que ambos os pais são detentores da guarda jurídica da criança ,podendo então a criança ter uma ou duas residências fixas.

2.4.3. Das Modalidades

2.4.3.1. Guarda Unilateral

A guarda unilateral é, aquela em que só uma pessoa tem direito sobre a criança, enquanto o outro fica sobre regime de visitas. Esse tipo de guarda é o mais utilizado, ou seja, neste tipo de guarda a responsabilidade direta do filho recai sobre o detentor da guarda, e o outro fica como uma espécie de guarda indireta, que na maioria das vezes fica sujeito ao pagamento de pensão, direitos de visitação, e uma convivência mais esporádica com dias e horário pré-estabelecidos, acaba então não participando por completo do desenvolvimento da criança. E Segundo Rocha (2010, p.126):

As melhores condições para exercer a guarda não se restringem a condições financeiras ou psicológicas ou qualquer outra, mas ao conjunto positivo de todos os requisitos essenciais para se guardar uma criança, incluindo afeto, saúde, segurança e educação. Afinal ainda resta ao outro genitor, que não detém a guarda, obrigações para com seus filhos, como por exemplo, o dever de prestar alimentos, não sendo então falta de condição financeira a determinante na decisão da guarda dos filhos. Deve-se entender como melhores condições aquelas que melhor atenderem ao interesses dos filhos

A guarda unilateral está prevista no artigo 1.583, § 1º do Código Civil: “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) [...]”.

Já é sabido que todo tipo de separação deixa magoas. E o fato de um deles ter o privilegio desse tipo de guarda gera ainda mais desconforto, de maneira que acaba acarretando ainda mais conseqüências para a criança.

Contudo esta guarda, e considerada a mais agressiva, pois afasta lentamente o filho do não detentor da guarda.

2.4.3.2. Guarda Alternada

A guarda alternada com o próprio nome diz é quando há uma divisão temporal da custódia do filho, sendo, portanto, dividida entre as partes, de maneira que os mesmos alterem a residência. E nas palavras de Grisard Filho (2002 p.105):

Um comum e viável, é a criança se alternar entre as casas dos pais, por dias , semanas, meses e anos alternadamente. Outro, inadequado á maioria das famílias, é o em que os filhos permanecem na mesma casa e seus pais também ali moram por períodos iguais. Nesse sistema, são os pais que alternam seus domicílios.

Enquanto um genitor exerce a guarda por tal período que lhe foi concedido ao o outro fica o direito de visita. Ao fim do período, a criança retorna ao outro guardião visitante, não fazendo necessária a manifestação da justiça.

Esta modalidade de guarda não está regulamentada no ordenamento jurídico e é muito criticada, em razão da dificuldade da criança conseguir manter uma regularidade, podendo assim, prejudicar seus hábitos, valores e padrões de vida, visto que, essa mudança constante de residência pode provocar na criança a perda do norte em sua vida. E Grisard Filho (2002,pg 106) declara:

A vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica [...].

2.4.3.3. Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, conforme se verifica a seguir, dá uma nova conotação ao dito pátrio poder, visto que, propicia a ambos uma igualdade em relação à guarda, assegurando, assim, o melhor interesse da criança e conseqüentemente a igualdade entre pai e mãe quanto à responsabilidade pelos filhos.

3. DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. BREVE HISTÓRICO

Com passar do tempo, a denominação pátrio poder foi sendo modificada. No início pátrio poder era destinado somente ao pai ,do qual possuía autoridade absoluta não somente sobre o filho mais também sobre todos os membros da família .

Contudo com desenvolvimento da historia o denominado pátrio poder, foi alterado devendo não so ao pai exercer direito e deveres perante aos filhos mais também a mãe .

Diniz (2008, p 537) descreve a nova mudança no poder familiar como:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Devido a essas modificações no poder familiar a guarda compartilhada começou a ser necessária, surgindo então a definição de autoridade parental no Código Civil, consequentemente, para o funcionamento do instituto da guarda compartilhada foi necessário a modificações no art 1.583 e 1.584 do Código Civil .

3.1.1. Lei n. 11.698/ 2008

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, foi criada com intuito de alterar os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passando assim a instituir e disciplinar a guarda compartilhada:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto

A jurisprudência vinha dando preferencia a guarda compartilhada no caso de casais divorciados, união estável. Porém com a nova redação editada no Código Civil esta modalidade de guarda começa a ter prioridade quando os pais não conseguem entrar em um acordo.

Contudo e de extrema importância citarmos o art. 1.584 parágrafo 5º que deixa claro que quando o juiz ver inaptos os genitores, poderá o mesmo definir a guarda para outra pessoa que seja plenamente capaz de tais cuidados com o menor.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada 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 a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Antes do dia 13 de junho de 2008 quando foi aceita a lei da guarda compartilhada, era sempre atribuída a guarda unilateral, que e aquela em o filho permanece apenas com um dos genitores, cabendo ao outro o direito de visitas periódicas.

Este sistema visa o bem estar da criança, que continuará contendo a presença de ambos os pais, com consequência amenizando então para o menor os estragos principalmente sentimentais quando surgiu um rompimento conjugal.

Esta modalidade de guarda não tem objetivo de impor limites, pelo contrário o objetivo desta é incentivar a participação de ambos genitores no dia a dia do filho e o fato do divórcio, não pode atingir a criança de maneira que chegue a bloquear o direito de convivência.

3.1.2. Lei n. 13.058/2014

A Lei n. 13.058/2014, por sua vez, 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.

Esta mudança legislativa trata a guarda compartilhada uma regra, cabendo ao juiz determinar a guarda unilateral somente em casos específicos: a) quando verificado que um dos genitores não está apto a exercer o poder familiar b) quando um dos genitores declarar que não tem interesse na guarda da criança.

Esta nova lei aplica a casos que já foram julgados, deste modo caso um dos genitores queira mudar o regime da guarda unilateral para compartilhada, basta somente ingressar com a ação pedindo tal revisão com base na Lei 13.058.

Esta mudança teve como objetivo atender ainda mais o melhor interesse da criança.

Mesmo com esta alteração não é autorizada o descumprimento imotivado da cláusula da guarda unilateral e guarda compartilhada podendo haver redução de prerrogativas atribuídas aos genitores.

Art. 1.583.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.584.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

3.2. CONCEITO

O conceito da guarda compartilhada é entendido como igualdade em todos sentidos para ambos os pais em qualquer decisão relacionadas aos filhos até que atinjam capacidade plena. Acaba sendo um desejo mútuo para uma sadia formação e educação para o menor.

Para a psicóloga e psicanalista MOTTA (1996. P 19):

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

No entendimento de GRISARD (2014 p. 211)

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto.

Conforme histórico anterior a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 é que trouxe o instituto da guarda compartilhada, sendo que, a própria Constituição Federal já definia em seu Art. 229:

Art. 229. 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.

Os seguintes dispositivos do Código Civil, também, reforçam tais deveres dos pais:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

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

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

A guarda compartilhada entende-se então como um conjunto de direito e deveres imposto aos pais em relação aos filhos, no qual ambos participam de forma conjunta sobre obrigações e decisões a cerca do menor.

E de importância não deixarmos de dizer, que a guarda compartilhada poder ser aplicada em pais que residem em comarcas diferentes e até mesmo países diferentes. Esta convivência pode ser compensada durante férias ou até mesmo feriados prolongados.

Atualmente conta-se também o auxílio da nossa avançada tecnologia, da qual permite que pais e filhos tenha a oportunidade de conversarem e se verem em tempo reais estando estes em qualquer lugar do mundo, gerando assim proximidade e convivência extremamente importante e benéfica para a criança.

A guarda compartilhada é a mais recomendável quando bem instruída pois contém o direito simultâneo do poder familiar , permitindo que desta maneira o excelente vínculo dos filhos com seus genitores.

3.3. GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA

A guarda compartilhada tem o intuito de proporcionar convivência recíproca para o filho com ambos os pais, não se tratando somente de um meio de visitação, assim  

imprescindível que após uma separação os cônjuges entrem em acordo para definir um modelo ideal de guarda, deixando de lado as suas desavenças.

Segundo Quintas (2009 p.72,73,74), dentre os critérios de avaliação numa guarda compartilhada:

[...]os pais devem estar aptos a exercer a guarda. É preciso que tenham habilidade, capacidade legal, moral e intelectual, condições de desempenhar as atribuições do poder familiar. [...] que haja um bom relacionamento entre os pais. [...] quando houver alternância de residências, [...] é necessário que as normas e regras impostas à criança sejam as mesmas em ambas as casas, para garantir-lhes a estabilidade de que necessitam.

Portanto não é somente aplicar este tipo de guarda para que ela realmente seja válida é necessário que o ex-casal possuam uma boa relação, para que assim o menor seja acolhido e protegido por ambos. O objetivo na prática é acabar com a sensação de total abandono provocada pela separação dos pais e assim possibilitar o contato do filho com o casal.

Reforça-se que na guarda compartilhada é considerada um modelo padrão, visto que, a criança terá uma residência fixa, no entanto, as visitas ao outro pai será mais assíduas e todas as decisões em relação à criança são compartilhadas, ficando assim a guarda unilateral uma exceção à regra.

A guarda compartilhada não influencia a pensão alimentícia, visto que, esta leva em consideração o binômio da necessidade de quem precisa dos alimentos *versus* a possibilidade de quem deve prestar estes alimentos. Assim, continua levando em consideração a situação financeira de ambos os cônjuges.

3.3.1. Importância da Mediação

Um dos elementos mais importantes da guarda compartilhada é o bom relacionamento entre os genitores e a mediação é a melhor maneira para atingir tal objetivo.

A mediação é uma das maneiras que pode ser utilizadas como alternativa para a solução de conflitos, da qual as partes escolhem um mediador um terceiro no qual este seja desinteressado, de modo que esse mediador ajude ambos a chegarem em uma solução satisfatória de maneira que por fim torne este conflito menos doloroso, e sem um processo judicial, no qual se encontra mais ainda um desgaste emocional e um alto custo.

Para Tartuce (2008 p. 283): “[...] outra vantagem da saída consensual é que as pessoas voltem a ser protagonistas de seus destinos. De forma geral, pode-se dizer que delegar a solução de crises a terceiros pode enfraquecer ainda mais a família.”

E conforme Pacheco (2012, p 6):

Quando o casal resolve se separar espera-se que aquele possa resolver em conjunto, de preferência, as questões associadas às obrigações e aos direitos dos filhos oriundos dessa união. Mas, no momento em que se recorre às leis do Estado para intervir nos impasses e conflitos que não encontram uma transformação ou solução no âmbito da família, é aí que o litígio conjugal se transforma em litígio judicial.

Assim, quando os cônjuges se separam é normal que na maioria das vezes a comunicação entre eles se torne complicada, pois ambos se encontram muitas vezes diante de sentimentos ruins. Portanto neste caso é preciso a interferência de um mediador para que facilite a comunicação e a visão da grande importância e responsabilidade que os pais tem em suas mãos para que não proporcionem um desconforto emocional na vida da criança por conta de uma separação, já que nessa modalidade de guarda exige que os pais tenham um bom relacionamento .

A Lei da mediação, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, traz total auxílio e amparo para as partes como para os mediadores.

Porém deve-se ter cautela ao fazer tal mediação pois é importante , que tudo seja bem esclarecido não deixando nenhuma dúvida e que ambas as partes fiquem satisfeitas com a mediação , e que tais decisões sejam sempre favoráveis ao menor. Pois uma mediação mal feita pode gerar vários outros processos.

3.3.2. Opinião da Criança

Apesar do Código Civil não se pronunciar em relação à criança ser ouvido no caso de dissolução do casamento ou união estável, o Estatuto da Criança e Adolescente prevê em seu Art 28, § 1º:

Art 28:

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

Porem deve-se observar a sua idade e capacidade de discernimento a respeito de tal situação. Pode ser sugerido que a criança seja ouvida porem não é conveniente que ela seja obrigada a dizer algo sobre este assunto, pois acaba sendo sofrido para ela ter de escolher entre pai e mãe, assim, o juiz , não deve obrigar que a criança exponha a sua opinião , a não ser que em certa circunstancia realmente se faça necessário, observando o tempo de convivência e de estado afetivo com cada um dos pais.

3.3.3. Acompanhamento Social e Psicológico

O juiz se sentir necessário pode fazer pedido de um acompanhamento social e psicológico. Esse acompanhamento social fará que o juiz tenha conhecimento das condições de vida matérias e sociais que os genitores iram proporcionar para a prole. Assim, o acompanhamento psicológico , tem a função de traçar características psíquicas .

Conforme diz Goldenberg; Gonçalves (2002, p. 38):

A família hoje, tem termos jurídicos, vem mais de encontro com o conhecimento psicanalítico, pois está mais voltada para a afetividade existente entre seus membros. A família, antes de tudo , deve ser estruturante para seus membros, independente da situação jurídica da mesma.

O juiz então proferirá sua decisão através de tais análises e de informações advindas dos próprios pais , auxiliares da justiça ,definindo então o melhor interesse da criança.

3.4. VANTAGENS E DESVANTAGENS

A aplicabilidade da guarda compartilhada pode trazer inúmeros benefícios para criança e adolescente tanto quanto para os pais, sendo vindo como aspectos positivos.

Primeiramente uma das grandes vantagens é que os filhos podem viver em convivência com ambos os pais, evitando assim que o menor fique sem contato com outro genitor. Já que esta guarda tem como objetivos evitar rupturas dos laços afetivos entre pais e filhos . Outro aspecto importante é que a criança não precisa escolher com quem fica ou em qual casa deve residir, pois a criança se sente como estivesse escolhendo entre um dos genitores para ela estaria então magoando algum deles. Também diminui o sentimento de abandono, pois os filhos sempre estarão em contato com ambos e garante também uma ligação com os familiares como avos paternos e maternos.

Já em relação aos os pais as vantagens de fazerem jus a guarda compartilhada seria de proporcionar uma melhor visando quanto a necessidade dos filhos; como o de roupas , lazer, estudo, alimentação; de melhor interação afetiva e finalmente menos conflito entre os genitores, pois decidiram, em conjunto, as necessidades dos filhos .

E assim afirma Grisard Filho (2002, p. 175):

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. [...] além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos mesmos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. A guarda compartilhada oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica. As estatísticas comprovam que somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto 45% delas, do grupo da guarda compartilhada, formam novas uniões. Não deixa a citada guarda de reafirmar a igualdade parental desejada pela Constituição Federal.

Nota-se que as vantagens são inúmeras para ambos os genitores e filhos. O vínculo continua quase que os mesmo de quando residia todo juntos na mesma casa. Como não existe um horário de visita pré-determinado os pais podem ter uma convivência direta.

Outra vantagem que deve ser abordada e que dessa maneira nenhum dos pais fica sobrecarregado. Os filhos começam a conviver em um ambiente mais harmonioso, pois na maioria das vezes não existem mais conflitos entre os ex-cônjuges e sim ambos conseguem conversar em dialogo propiciando assim cooperação por ambas as parte .

Mesmo com inúmeras vantagens, como todas as outras modalidades de guarda a guarda compartilhada também possui algumas desvantagens abaixo vamos citar algumas delas.

A cerca das desvantagens para os pais: traz um contato frequente com o ex-cônjuge; despesas maiores; problemas de organização com a vida particular; necessita de esforços para constantes mudanças

Já em relação aos filhos : mudanças no estilo de vida ; adaptação com estilo de vida de duas pessoas diferentes e gera uma certa esperança de reconciliação dos genitores

Por fim, a guarda compartilhada só terá realmente êxito se os genitores terem consciência e bom senso, visando somente o interesse comum do filho.

Os pontos positivos e negativos desta guarda deve-se levar em apenas como exemplos e não como regras. Pois não existe fórmula certa para definir com a melhor guarda para uma família, por isso em todo caso deve-se conter uma avaliação para que assim possa definir uma melhor forma de guarda.

3.5. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O principal interesse é indiscutivelmente o da criança. E como o fim da ruptura familiar, a guarda agira diretamente com a sua proteção, educação, portanto deve priorizar seus interesse independentemente de qualquer circunstâncias.

O direito dá à criança uma total proteção, visto que, a mesma, necessidade de cuidado de um adulto para qualquer que seja a sua necessidade, sendo ela diferenciada tanto fisicamente e psicologicamente de um adulto.

A busca pelo melhor interesse da criança teve a sua origem no instituto *parens patriae* criado pelo Rei de Roma, utilizado na Inglaterra para proteger pessoas que não poderiam se proteger sozinhas.

No século de XVIII, desmembraram tal instituto dando diferença da proteção infantil aos loucos. Nesta época a preferência da guarda seria do pai, mais com *parens patriae*, o importante seria o bem estar da criança.

Nos Estados Unidos, o princípio do melhor interesse da criança *best interest*, surgiu em 1813, advinda de uma decisão da Corte da Pensilvânia.

A Constituição Federal de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, garantem a criança total proteção. É dever não somente do Estado mais também da própria sociedade perante tal proteção.

Como diz o artigo 227 da Constituição Federal :

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.

Também reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária

Internacionalmente, essa proteção aparecida no ano de 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em seu artigo 25 § 2º :

Art 25

§ 2º A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos inicialmente que a família possui papel de grande importância na construção pessoal, material e social de uma pessoa, visto que, consiste na principal célula no esteio de uma sociedade e para tanto seu significado dentro de nosso ordenamento jurídico foi evoluindo de acordo com as mudanças sociais.

A família nos tempos antigos era formada de forma patrilinear, ou seja, mãe e filhos sob os domínios do pai, todavia, com o passar dos anos este tipo de família patrilinear foi se desfazendo e atualmente nosso ordenamento jurídico determina igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres, conseqüentemente, ficam atribuídas ao casal todas as necessidades dos filhos. Como a de criar e educar.

Vimos também, que com o surgimento da Constituição Federal de 1998, após um longo processo de democratização, a proteção à criança foi finalmente incluída no rol dos direitos fundamentais via art. 227, ou seja, a criança passou a ter um foco central dentro das prioridades de proteção constitucional.

Assim, a família passou a ser indispensável na proteção e desenvolvimento do menor e de acordo com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passaram a ter o direito de ter convivência com a família seja esta com ambos os pais, um deles ou descendentes.

Verificamos que o instituto da 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 e que a justiça, então, busca meios de soluções capazes de resguardar a criança com no mínimo de sofrimento possível para que estas tenham estabilidade e consiga ter uma boa relação perante ao seus pais proporcionando assim que a criança tenha uma boa formação para se tornarem adultos conscientes e responsáveis .

Constatamos que no nosso ordenamento jurídico brasileiro temos como modalidades de guarda a guarda unilateral, guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral seria aquela em que só uma pessoa tem direito sobre a criança, enquanto o outro fica sobre regime de visitas. Neste tipo de guarda a responsabilidade direta do filho recai sobre o detentor da guarda, e o outro fica como uma espécie de guarda indireta, que na maioria das vezes fica sujeito ao pagamento de pensão, direitos de visitação, e uma convivência menos frequente com dias e horário pré-estabelecidos, acaba então não participando por completo do desenvolvimento da criança.

A guarda alternada, não prevista em nosso ordenamento jurídica, corresponderia por sua vez, naquela situação em que haveria uma divisão temporal da custódia do filho, sendo, portanto, dividida entre as partes, de maneira que os mesmos alterem a residência.

Já a guarda compartilhada, devidamente regularizada em nossa legislação pátria, propiciaria a ambos uma igualdade em direitos e deveres assegurando assim, o melhor interesse da criança e conseqüentemente maior convivência com quaisquer umas das partes.

Verificamos que a priori a guarda compartilhada é a mais recomendável quando bem instruída, pois contem o direito simultâneo do poder familiar , permitindo que desta maneira o excelente vínculo dos filhos com seus genitores.

Ressaltamos, todavia, que a guarda compartilhada poder ser aplicada em pais que residem em comarcas diferentes sendo em países diferentes. Esta convivência poderia ser compensada durante férias ou até mesmo feriados prolongados.

Verificamos que com a nova redação editada no Código Civil esta modalidade de guarda começa a ter prioridade quando os pais não conseguem entrar em um acordo, contudo é de extrema importância citar o art. 1.584 parágrafo 5º que deixa claro que quando o juiz verificar serem inaptos os genitores poderá o mesmo definir a guarda para outra pessoa que seja plenamente capaz de tais cuidados com o menor.

Apresentamos também que cabe ao juiz, se sentir necessário, fazer pedido de um acompanhamento social e psicológico. Esse acompanhamento social fará que o juiz tenha conhecimento das condições de vida matérias e sociais que os genitores iram proporcionar para a prole.

Outro ponto de destaque foi à apresentação das vantagens e desvantagens trazidas por este tipo de guarda. Em relação às vantagens, apresentamos, por exemplo, que os filhos podem viver em convivência com ambos os pais, evitando assim que o menor fique sem contato com outro genitor; que a criança não precisa escolher com quem fica ou em qual casa deve residir, pois a criança se sente como estivesse escolhendo entre um dos genitores para ela estaria então magoando algum deles; e que há a diminuição do sentimento de abandono, pois os filhos sempre estarão em contato com ambos e garante também uma ligação com os familiares como avós paternos e maternos. Já à cerca das desvantagens, destacamos o fato do contato frequente entre os ex-cônjuge; despesas maiores; problemas de organização com a vida particular; necessita de esforços para constantes mudanças.

Enfim, a guarda compartilhada só terá realmente êxito se os genitores tiverem consciência e bom senso, visando somente o interesse comum do filho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, P.T.S. Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. In:, 2008.

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 24/01/2017

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil** dos Estados Unidos do Brasil Comentado.11.ed., atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro :Paulo de Azevedo,1956 ,p.279.v.2

BEDESCHI, R.L. Da guarda compartilhada. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Juiz de Fora. a. 4, n. 4. Fev. 2007.

_____. Código Civil de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.Acesso em: 24/01/2017

_____. Código de Processo Cível de 2015.Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>Acesso em :
30/04/2017

_____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Brasília: Casa Civil, s.d. <Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10/01/2017.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em:
10/01/2017.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 10/01/2017.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 10/01/2017.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10/01/2017

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 10/01/2017

_____. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10/01/2017

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10/01/2017.

_____. Lei no. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm Acesso em: 23/03/2017.

_____. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm> Acesso em: 23/04/2017.

_____. Lei no. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm> Acesso em: 23/04/2017.

CASTRO, F. L. **História do direito: geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CARBONERA, Sivana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris; 2000; pg. 44

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, **A Cidade Antiga**, Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 2009

DEIRDRE, Neiva. **A guarda compartilhada**. Pai Legal, 2002 citado por PARIZATTO, João Roberto. Manual prático do direito de família. 2. ed. p. 380. São Paulo: Edipa, 2008.p.380

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREEMAN, Michael. **The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Child**. 1.ed.Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, c 1997.p.341.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**.2.ed. rev.,atual.e ampl.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2002.p 128

GRISARD FILHO,Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**.2. ed. rev ., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 pg 105 ,pg 106.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.129

GRISARD, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. pg.175

Grisard Filho, Waldyr. **Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7ª Ed rev. Atual. e ampl. São Paulo** Editora RT. 2014 p.2011.

GOLDERBERG, Guita e GONÇALVES, Cesar. **Estudo psíquico-jurídico das relações de filiação decorrentes da separações conjugais.** REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 806, dez.2002. p. 35-43

FONTES, Simone Roberta. **Guarda Compartilhada.** São Paulo: Editora: Pensamentos e Letras, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família.** In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: uma solução possível.** Revista Literária do direito, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996 < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523 > Acesso 23-03-2017

MORGENBESSER, Mel e NEHLS, Nadine. **Joint Custody: an alternative for divorcing families.** Chicago: Nelson-Hall,1981 p.35 op.cit.

PACHECO, Lenita Pacheco Lemos. **Guarda dos Filhos em Litígio.** 4 edição. Editora Lumen Juris. 2012.(2012,p.6)

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O direito de família e o novo código civil: principais alterações.** Disponível http://gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/direito.pdf. Acesso em 30/02/2017.

PECK, J. S., & Manocherian, J. (2001). O divórcio nas mudanças do ciclo de vida familiar (M. A. V. Veronese, Trad.). In B. Carter & M. Mc Goldrick (Eds.), **As mudanças no ciclo de vida familiar: Uma estrutura para a terapia familiar** (pp. 291-320). Porto Alegre, RS: Artmed. (Original publicado em 1980)

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2009

ROCHA DE ALBUQUERQUE QUINTAS, Maria Manoela Rocha –**Guarda Compartilhada De acordo com a Lei nº 11.698/08**- 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

SANTOS, Lia Justiniano dos. Guarda Compartilhada; Modelo Recomendado. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Porto Alegre: Síntese, IBDEFAM, v.2, n.8, jan\mar, 2001.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SOUZA, Luciano Machado. **A atuação do Ministério Público na gestão de conflitos que envolvam a guarda de filhos de pais separados**. Disponível em: <<http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/teses09/LucianoMachado.pdf>>. Acesso em: 25 abril. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. VI - Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VICENTE, Cenise Monte. **O direito á convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo**. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug (Org.). Família Brasileira: A Base de Tudo.3.ed.3.São Paulo: Cortez; Brasília, DF:Unicef,1988,p.51

TARTUCE, Fernanda. Processo Civil Aplicado **Ao Direito de Família**. Editora Método. 2012. (2008 p.283)

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004. p. 2