

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA GUARDA COMPARTILHADA

Cláudia Cinara Locateli*

Mayara Gonçalves Moreira Tiempo**

RESUMO

A dissolução da sociedade conjugal gera desgastes, principalmente para os filhos, pois independentemente do motivo que ocasionaram a ruptura, não se pode eximir a responsabilidade paterno-filial. Visando resguardar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes de forma prioritária, o modelo de guarda compartilhada efetiva à convivência familiar contribui para garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a impedir o afastamento do aconchego e do convívio familiar.

Palavras-chave: Direito fundamental. Proteção da Criança e Adolescente. Convivência familiar. Guarda compartilhada.

1 INTRODUÇÃO

A dissolução da sociedade conjugal constitui-se num processo desgastante aos envolvidos e atinge, em especial, os filhos. É dever do Estado, da família e da sociedade tutelar de modo efetivo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, garantindo-lhes de forma prioritária o direito à convivência familiar como meio de tornar efetivo o princípio do melhor interesse. Compete aos genitores cumprir com os deveres derivados do poder parental de modo a proteger a prole que se encontra em fase especial de desenvolvimento físico e psíquico.

* Mestre em Direito; locateli@unochapeco.edu.br

** Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Estagiária da 1ª Vara Cível do Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste, SC; maya_tiepo@hotmail.com

A guarda unilateral, tradicionalmente adotada com cumulação da designação da visita, mostrou-se fragilizada em inúmeras situações forçando o judiciário e, posteriormente, o legislador a reconhecer o compartilhamento da guarda como meio de promoção e proteção da condição peculiar de desenvolvimento infanto-juvenil. A modalidade propõe aos pais uma atuação conjunta, dividindo as responsabilidades e direitos em relação às crianças ou adolescentes, promovendo um ambiente familiar adequado à promoção dos direitos fundamentais.

Esta modalidade enfrenta empecilhos, como a alta incidência de litigiosidade entre genitores no momento da dissolução da sociedade conjugal ou a constatação da residência em lugares distantes, inadequações que têm impedido a designação do compartilhamento da guarda e que podem gerar instabilidade, danos na formação da criança.

O presente artigo, objetiva analisar as vantagens da guarda compartilhada, visando à efetivação, por meio dela, do direito fundamental à convivência familiar e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a atender ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2 A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: ORIGEM REMOTA DA GUARDA

Sob a égide de uma sociedade conservadora e influenciada pelos preceitos religiosos, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada, mantendo a ideia de família ligada as formalidade do casamento.

O Código Civil de 1916 preconizou que o enlace juramentado era indissolúvel, sendo o desquite, a partir de 1977, a única possibilidade legal de romper os laços do matrimônio, sem dissolver o vínculo conjugal, mantendo-o intacto, impedindo novos enlaces matrimoniais (DIAS, 2011). Na época, novos arranjos familiares se formavam na clandestinidade, uma desobediência civil que dissociava a lei das constatações e anseios sociais.

Os filhos concebidos nas relações espúrias, incestuosas ou concubinárias, fora das diretrizes legais sacralizadas, eram filhos ilegítimos, sem proteção legal, ficavam à margem da lei.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 regulamentaram a dissolução do casamento e do vínculo matrimonial. A separação consensual ou litigiosa era capaz de dissolver a sociedade conjugal, como ocorria com o desquite, persistindo o vínculo matrimonial, impedindo novo casamento aos ex-conjugês (LÔBO, 2009). Após, os separados deveriam buscar a via judicial para obter o divórcio, capaz de extinguir o vínculo conjugal e possibilitar a configuração de novas uniões civis.

O Código de Processo Civil, no seu artigo 1.124-A¹ regulamentou a via administrativa, reconhecendo a separação e o divórcio extrajudicial, se os cônjuges não tiverem pontos em discordâncias e nem filhos menores ou incapazes, podem obter a separação ou o divórcio sem a intervenção judicial, pois é possível levá-lo a efeito perante um tabelião, (DIAS, 2011). Esta medida atende aos clamores da Emenda Constitucional n. 45 que teve como objetivo desafogar o judiciário.

Com relação ao divórcio, a Emenda Constitucional n.66/2010 oportunizou simplificação do rompimento do casamento, possibilitando a realização do divórcio sem observância de prazos e da anterioridade da separação. A emenda modifica a redação do § 6º, do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de

¹ **Art. 1.124-A.** A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Acrescentado pela L-011.441-2007)

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Alterado pela L-011.965-2009)

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos e testemunhas. A partir da vigência da emenda, o divórcio pode se realizar a qualquer momento. Embora divergente, a separação continua prevista no Código Civil, em seu art. 1571, inciso III e, segundo doutrina majoritária, este dispositivo está tacitamente derogado.

A mudança legislativa, impulsionada pelos anseios sociais contemporâneos, facilitou o rompimento do casamento, a extinção da sociedade conjugal e o fim do vínculo matrimonial, facilitando a configuração de novos arranjos familiares, casamentos, uniões estáveis, famílias homoafetivas, fundadas na ideologia do eudemonismo, segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. O rompimento do vínculo afetivo e conjugal não é justificativa capaz de legitimar o abandono material ou intelectual dos filhos.

Percebe-se que a mudança legislativa fortaleceu o direito fundamental da autonomia, autorizou o divórcio de forma a prescindir de prazo e otimizar aos cônjuges converter a verdade fática, separação de fato, em verdade formal, de forma rápida e eficaz. Esta celeridade não pode influenciar nas relações paternas e filiais, principalmente no que concerne a mudança de moradia, guarda e direito de visita, preconizados nos âmbitos dos deveres decorrentes do poder parental.

3 DEVERES PATERNO-FILIAIS: ORIGEM LEGAL DA GUARDA

O rompimento da sociedade conjugal não deve causar prejuízo à filiação. Embora significativas mudanças foram percebidas na acepção da família, estas alterações não interferem no conceito de poder familiar que, segundo Lôbo (2009, p. 271) constitui-se no “exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos”.

Elias (2005, p. 25) explica que: “é um direito de exercer determinadas funções, visando precipuamente à proteção dos filhos”. Deve-se no seu exercício observar com prioridade o melhor interesse da criança ou

adolescente e aos pais compete o dever de exercer com responsabilidade e de forma conjunta os direitos e deveres concernentes ao poder parental.

O rompimento do vínculo conjugal e o afastamento de um genitor não imuniza a responsabilidade civil e criminal pelo exercício deste ônus/bônus. O fim do afeto conjugal, independente da forma, não ilide a responsabilidade e o zelo no cumprimento dos direitos infanto-juvenis. A dissolução do casamento não ilide a responsabilidade decorrente dos deveres parentais. Chambres (2005, p. 38) aduz:

O poder familiar não se extingue com a separação, o divórcio ou dissolução da união estável. A autoridade parental prevalece, em igualdade de condição para ambos os pais, durante o casamento, e na família matrimonial desfeita, assim como em qualquer modelo adotado em família.

Os pais têm deveres legais postulados pelo Código Civil no art. 1.634², competindo-lhes dirigir a criação e a educação de seus filhos, ou seja, refere-se ao dever de educar (*in educando*), onde os pais devem criar e educar seus filhos, prestando-lhes toda a assistência de que necessitam, tanto material quanto moral, ensinando-os a comportarem-se de acordo com a moral, os bons costumes e a vivência digna e responsável na sociedade. Além disso, os pais devem ter os filhos em sua companhia e guarda, exercendo o dever de vigilância (*in vigilando*) em todos os atos de seus filhos, tanto mais quanto menor for a idade dos descendentes, a fim de que estes não venham a lesar direitos alheios.

Devem, os genitores, conceder ou negar o consentimento para os filhos casarem, nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o

² **Art. 1.634.** Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

poder familiar. Nos atos da vida civil, devem representá-los até os dezesseis e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. Os genitores podem reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, através da medida de busca e apreensão. Os filhos devem prestar obediência, respeito e auxiliar nos serviços próprios de sua idade e condição.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, complementa o disposto no Código Civil, mencionando que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Essas competências referentes ao poder parental devem ser priorizadas, visando atender o melhor interesse das crianças e adolescentes.

A convivência com genitores permite às crianças receber as contribuições necessárias à formação da personalidade, do modo de ser, de se expressar, preferências, formação do caráter, entre outros. Constitui-se em direito fundamental dos filhos o dever dos pais de garantirem a manutenção dos laços afetivos, do aconchego e da proteção, independente da dissolução da sociedade conjugal.

O afastamento de um genitor da convivência diária, oriunda da dissolução do vínculo conjugal, gera transtornos aos filhos, angustias derivadas da responsabilidade pela condução da educação dos infantes. A determinação da guarda, em uma de suas modalidades, e do direito de visitas é prioritário. Deve-se priorizar a criança à convivência comum, evitando a escolha, o preterimento, o elo estreito com uma ascendência privilegiada.

3.1 DESIGNAÇÃO DA GUARDA

A designação da guarda dos filhos e adoção de uma das modalidades previstas em lei integra os deveres do poder familiar, exigindo homologação judicial de modo a fiscalizar, através do poder público, a

concretização do melhor interesse da criança e do adolescente e a efetivação do direito fundamental à convivência familiar.

A guarda unilateral consiste na “atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho” doutrina Lôbo (2009, p.169). É o modelo clássico e mais aceito no âmbito judicial, apenas um dos genitores ou alguém que o substitua a detém (art. 1.584, § 5º), tendo direito de permanecer com os filhos, enquanto o outro genitor terá o direito de visita que será determinado de forma casuística, atendendo o melhor interesse infanto-juvenil.

Em 2008, a Lei n. 11.698 inovou ao reconhecer, com mudanças nas redações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada, modalidade preferível, como aduzem Gagliano e Pamplona Filho, (2011, p. 599), de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício, o pai e a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos. A forma compartilhada gera direitos e deveres solidários, conjuntos aos pais.

Além da guarda unilateral e da guarda compartilhada, existe também as modalidades de guarda alternada e a nidação.

A guarda sob a forma alternada, conforme explicam Gagliano e Pamplona Filho, (2011, p. 599), é uma modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Através desta modalidade, não reconhecida pela doutrina em geral, como a melhor opção, o filho reside uma temporada com o pai e outra com a mãe, gerando instabilidades.

Outro modelo de guarda é a denominada de nidação ou aninhamento, espécie pouco comum na jurisprudência brasileira, mas corrente adotada em países europeus, para evitar que a criança fique indo e vindo de uma casa para outra, ela permanece no mesmo domicílio onde vivia o casal antes da separação, e os pais revezam a sua companhia (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 599).

Ressalta-se que a modalidade mais comum e difundida no Brasil é a de guarda unilateral pela dificuldade de garantir o melhor interesse da criança e adolescente nas dissoluções litigiosas. Porém, o modelo que efetiva o direito amplo e fundamental à convivência familiar é o compartilhado.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Inúmeras vezes as crianças e adolescentes vivenciam situações de disputa, de violência ou de vingança em que são colocadas independentemente de suas escolhas como testemunhas e protagonistas dos conflitos familiares. Os adultos acabam, em muitos casos, principalmente consoantes a disputas sobre a guarda dos menores, desvalorizando os sentimentos e as necessidades afetivas de seus filhos, principalmente o direito à convivência com seus familiares, fazendo valer e priorizando o que almejam, e não o melhor interesse da criança ou adolescente.

Ao longo dos séculos o conceito de família sofreu inúmeras modificações, principalmente após o Estado social, no século XX. Atualmente, a função básica da família é a realização pessoal da efetividade dentro do ambiente de convivência e solidariedade. A família eudemonista é a base filosófica para qualquer criança, é no seio deste ambiente familiar que se forma a personalidade dos filhos e somente com uma convivência familiar saudável é que os filhos se desenvolverão sadios.

O direito à convivência familiar classifica-se como um direito fundamental. Nesta matriz ideológica deve-se compreendê-lo como um complexo de direitos e garantias do ser humano, uma institucionalização cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento. Deve-se respeitar o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Segundo Kant (1986, p. 77 apud LÔBO, 2009, p. 37):

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, as pessoas não podem ter um preço, serem coisificadas ou ainda tratadas como um objeto. Sobre o tema, argumenta Elias (2005, p. 21-22):

Revela observar que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio da família; se isso não for possível, no de uma família substituta, que possa assumi-los, sob três formas: guarda, tutela ou adoção [...] Em se tratando de um direito fundamental, a colocação em abrigo, como adverte o legislador, há de ser temporária, devendo ser preservados os vínculos familiares; não sendo possível o retorno do menor à sua família biológica, procurar integrá-lo em família substituta (art. 92, I e II, do ECA).

A eficácia dos direitos fundamentais também se faz presente nas relações de família e filiação, tendo como base, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O princípio encontra-se fundamentado na doutrina da eficácia dos direitos fundamentais, e por isso, trata-se da eficácia horizontal, ou seja, é a incidência dos direitos e garantias fundamentais nas relações particulares, diferentemente da eficácia vertical, que é a aplicação do sistema de garantias e direitos fundamentais em face do Estado, nas relações públicas. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 58) explicitam:

[...] no que tange especificamente às relações familiares, a eficácia dos direitos fundamentais deve ter incidência direta e imediata, especialmente no que toca ao reconhecimento da tutela dos direitos da personalidade de cada um de seus membros, a exemplo dos direitos à liberdade de orientação afetiva e de igualdade entre os cônjuges e companheiros.

O direito à convivência familiar preconizado pelo artigo 227³ da CF, aduz Elias (2005, p. 21), é direito fundamental, eis que: “[...] trata de um

³ **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

direito natural, as normas jurídicas devem preservá-lo, da melhor forma possível, em prol dos menores, da própria família e de toda sociedade". O preceito constitucional é consubstanciado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 19 a 24. Cumpre salientar, neste contexto, que todas as crianças e adolescentes têm o direito de serem criados no seio de uma família, e se isso não for possível, no de uma família substituta, para que dessa forma lhes seja dado com concretude à proteção integral.

Os direitos fundamentais à convivência familiar, à infância, é dever da família, da sociedade e do Estado, evitando segundo preconiza o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina firmou entendimento de forma favorável em relação à prioridade do direito fundamental à convivência familiar e a proteção da criança e adolescente, até mesmo em casos de perda e suspensão do poder familiar:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ABANDONO MATERIAL E MORAL DOS MENORES PELOS PAIS - PERDA DO PODER FAMILIAR - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO - CARÊNCIA DE PROVAS - FAMÍLIA QUE BUSCA SUA AUTO-INTEGRAÇÃO - ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL AO RETORNO DOS MENORES AO CONVÍVIO FAMILIAR - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - ALEGAÇÕES ACOLHIDAS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. A perda do poder familiar, medida excepcional, somente pode ser decretada quando os pais não tiverem cuidados morais e materiais necessários ao regular desenvolvimento dos filhos e porque a convivência familiar é direito fundamental da criança, deve ser priorizada a sua manutenção na família de origem. (Apelação Cível Nº 2005.006520-7, Segunda Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Monteiro Rocha, Julgado em 20/11/2007).

A norma constitucional amparada pelas legislações esparsas visa garantir que os filhos cresçam num ambiente sadio, com indivíduos que possam transmitir-lhes subsídios para vida, com base familiar capaz de

e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...].

influenciar de forma positiva na formação do caráter dos filhos. A guarda compartilhada, neste contexto, constitui-se na melhor opção após a dissolução do vínculo conjugal, pois efetiva o direito fundamental à convivência familiar que irradia inúmeros benefícios à construção da personalidade em formação da criança e adolescente.

A convivência harmônica, responsável e sadia com os genitores contribuirá com a formação ética, evitando atos característicos da modalidade exclusiva, como sentimentos de rancor e ódio, até mesmo de vingança em relação ao ex-cônjuge ou companheiro, priorizando o princípio do melhor interesse da criança e adolescentes.

5 PRIORIZAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não foi adotado de forma expressa pela legislação brasileira, mas a Carta Magna o recepciona e prevê a aplicação de princípios que não constam de forma explícita pela Lei. No âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 foi adotada pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, e no decorrer de seu texto centra-se a preocupação inerente aos direitos das crianças, como menciona o artigo 3^o⁴, ou ainda, pode-se perceber a ideologia de manutenção da educação infantil, como menciona o artigo 28⁵.

⁴ **Artigo 3^o - 1.** Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

2. Os Estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas.

3. Os Estados-partes assegurarão que as instituições, serviços e instalações responsáveis pelos cuidados ou proteção das crianças conformar-se-ão com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, particularmente no tocante à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal, e à existência de supervisão adequadas.

⁵ **Artigo 28 - 1.** Os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, de 1969, estabelece que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado” (art.19). Em novembro de 1992, com o Decreto 678, o Brasil ratificou esta Convenção e a incorporou com força de norma supralegal no país.

Na análise histórica da proteção da criança e do adolescente no Brasil há três correntes jurídico-doutrinárias, são elas: a) concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, a doutrina do direito penal do menor, preocupava-se com a delinquência, baseando a imputabilidade na “pesquisa do discernimento”; b) O Código de Menores de 1979 que adotou a doutrina jurídica da situação irregular, que elencava as situações de perigo que poderiam levar o menor a uma vida de marginalização; c) e a doutrina da proteção integral, (PEREIRA, 2000), que deve ser compreendida no âmbito do melhor interesse concedendo a proteção pela vulnerabilidade neste estágio de formação.

Segundo Pereira (2000, p. 14): “a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos”. E, Fachin (1996, p. 125) complementa que o princípio do melhor interesse deve ser compreendido como:

[...] um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade/, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.

b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

c) tornar o ensino superior acessível a todos, com base na capacidade e por todos os meios adequados;

d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

Em relação ao tema, quando consensual a dissolução da sociedade conjugal, a guarda poderá ser estabelecida pelos pais por meio de acordo, o que facilita a homologação judicial e a mínima intervenção estatal. Mas, quando o acordo não ocorrer, compete ao juiz apreciar a modalidade de guarda, sempre observando o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente.

Torna-se importante salientar alguns fatores enumerados por Fachin (1996, p. 98), com base na doutrina internacional, que devem ser considerados na identificação do melhor interesse quando se decide custódia, direito de visita e guarda. São eles: o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança; a habitualidade do genitor titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade do guardião de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica, o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a saúde do pai ou titular da guarda; a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião e a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai, o que é de suma importância, pois esse é um aspecto que sempre ocasiona conflitos, principalmente ao tocante a Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Estes são pontos cruciais, que devem ser priorizados quando se analisa a guarda de um infante. O princípio do melhor interesse é deveras amplo, e pode ser considerado como um preceito para garantia da proteção integral prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Intrinsecamente, este princípio significa que quando ocorrem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução litigiosa de um casamento, por exemplo, os interesses da criança sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições.

Além disso, cabe a interpretação individual do que seja o melhor interesse, sempre analisando casuisticamente. E quando o assunto em questão é a guarda dos filhos, é possível com base no artigo 1.584⁶ do CC,

⁶ **Art. 1.584.** A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Alterado pela L-011.698-2008)

ser decretada a guarda compartilhada, que visa priorizar o melhor interesse da criança ou adolescente.

A cessação da convivência entre os pais, não pode significar a separação dos pais e filhos no que diz respeito à convivência familiar, mesmo que estes residam em locais distintos, tendo em vista que toda criança e adolescente tem o direito prioritário, com base no melhor interesse, de ser criado no seio da família, e com ela manter contato, justamente para que lhe seja dado à proteção integral.

6 PRIORIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO COMPARTILHAMENTO DA GUARDA

Em diversas decisões jurisprudenciais verificou-se que a determinação da guarda exclusiva, unilateral, foi considerada como a solução mais adequada para a maioria dos divórcios, *ad argumentandum*, o Ilustre Tribunal de Justiça de Santa Catarina posiciona-se desta forma:

ACÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PRELIMINARES DE NULIDADE DO JULGAMENTO EXTRA PETITA E CERCEAMENTO DE

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Acrescentado pela L-011.698-2008)

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Acrescentado pela L-011.698-2008)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

PROVA PERICIAL AFASTADAS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA DO FILHO MENOR DO CASAL E FAVOR DO PAI APELANTE. ALEGAÇÃO DE POSSÍVEIS AGRESSÕES FÍSICAS À CRIANÇA, MÁ INFLUÊNCIA DA GENITORA E NEGLIGÊNCIA NOS CUIDADOS. ELEMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS QUE NÃO CORROBORAM AS AFIRMAÇÕES DO RECORRENTE. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL A PERMANÊNCIA DA GUARDA DO MENOR COM A MÃE. TESTEMUNHAS QUE REVELAM O BOM TRATAMENTO DISPENSADO À CRIANÇA. CÓDIGO CIVIL DE 2002, ART. 1.583, § 2º. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA APENAS NO QUE TANGE A POSSIBILIDADE DE REATIVAÇÃO DO CONVÍVIO ENTRE PAI E FILHO DURANTE A SEMANA, SEM PREJUÍZO DE TÊ-LO NA SUA EXCLUSIVA COMPANHIA EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 2007.056033-2 (Acórdão), Segunda Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Nelson Schaefer Martins, Julgado 04/06/2010).

A corrente doutrinária majoritária considerava que a designação do guardião levasse em conta àquele que demonstrasse melhores condições para cuidar do filho, sendo preferencialmente designada à mãe. Com o transcurso do tempo e através de estudos sócio-jurídicos declinou-se favoravelmente a criação da guarda compartilhada, que diferentemente da guarda exclusiva, onde os pais rompem o relacionamento e os filhos que acabam afastando-se deles, prevalece o melhor interesse da criança e adolescente numa relação de poder-dever conjunto, compartilhado.

[...] a prática tem mostrado, com freqüência, indesejável, ser assim a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, a guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos (DIAS, 2008, p. 401).

A guarda compartilhada surge em decorrência da participação efetiva de ambos os genitores que têm responsabilidade de tomar decisões importantes da vida dos filhos, fornecendo os meios necessários, na convivência familiar, para a completa formação dos mesmos.

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre os

pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2009, p. 28).

No sistema de guarda unilateral ou exclusiva, a mãe exerce preferencialmente a guarda material dos filhos e o pai exerce apenas a função de visita, fiscalização e supervisão. O pai e a mãe se complementam em suas funções, sendo os dois importantes para a formação imaterial da criança e do adolescente.

Em virtude destas constatações e dos prejuízos que a guarda unilateral pode gerar, tal como a síndrome de alienação parental (SAP), que ocorre quando um dos guardiões utiliza o filho como objeto de vingança, usando de estratégias para afastar o outro genitor do vínculo afetivo do filho, considera-se o compartilhamento de guarda como mais adequado para permitir a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e adolescente e do direito à convivência familiar, por permitir que ambos os pais mantenham convívio constante com seus filhos.

O magistrado não deve permitir que as desavenças do casal interrompam seus vínculos afetivos e a convivência com os filhos. Além disso, este instituto somente logrará o êxito esperado quando houver um trabalho de equipe entre o magistrado e as equipes multidisciplinares, que busque a conscientização dos pais na tentativa de superar possíveis desentendimentos, o que pode ser conseguido através da mediação e do tratamento psicológico.

Os genitores, através da guarda compartilhada, de forma isonômica podem acordar com os caminhos que proporcione melhores condições de vida para seus filhos, em direitos, dividindo as responsabilidades de uma maneira igualitária.

Para que esta modalidade de guarda seja permitida os pais devem estar aptos a exercer a guarda dos filhos, de forma consensual, sem litígio, através de um bom relacionamento após a dissolução da união. Deverá haver uma alternância de residências, que acaba tornando-se um dos principais argumentos contra este modelo de guarda, pois a modificação

constante pode acarretar numa instabilidade para os filhos. A alternância mostra-se benéfica, dependendo, principalmente, da adaptação da criança e da disposição de todos os membros da família.

Para os filhos, aparentemente os problemas emocionais são reduzidos, ocorre uma melhora na autoestima e no desempenho familiar, bem como na escola. Ao não se sentir culpado, por não ser o centro das discussões do casal, evita-se a escolha e a indicação de preferência com quem preferem ficar. Além disso, as crianças no futuro não terão uma imagem negativa das relações entre homem e mulher no casamento. (QUINTAS, 2009)

Os genitores se beneficiam no concernente a igualdade de direitos e obrigações, pois os pais terão o mesmo acesso à criança ou adolescente, e poderão tomar decisões em conjunto, o que diminui as mágoas e conflitos familiares. Segundo Quintas (2009, p. 90), "A guarda compartilhada é uma lembrança constante para os pais de que o fim da relação entre eles não nega a relação com os filhos".

Em relação aos efeitos, a justiça estatal terá a oportunidade de obter uma maior agilidade no processo, pois não é necessária a discussão para ver com qual dos dois genitores ficaria o filho, evitando os conflitos longos e desgastantes. A resolução do processo de alimentos também é facilitada, pois como os pais estão constantemente na presença dos filhos sabem exatamente quais são as suas necessidades, não pensando que haveria desperdício por parte do genitor que, geralmente é a mãe, da guarda exclusiva.

Não há óbices legais para esta modalidade de guarda, pelo contrário, a Constituição Federal assegura ao homem e a mulher no art.5º, os mesmos direitos e deveres, inclusive aos referentes à sociedade conjugal. E o estatuto da Criança e do Adolescente reitera a Constituição no seu art.19, afirmando que a criança tem o direito de ser criada e educada no seio de sua família.

O princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança dão ênfase ao sistema de guarda compartilhada, consubstanciando o direito fundamental à convivência familiar. Assim, a guarda compartilhada valoriza o papel de cada membro da família,

permitindo que princípios constitucionais sejam efetivados; é um sistema que pressupõe carinho e responsabilidade dos genitores, tendo a finalidade de consagrar o direito da criança e de seus genitores, colocando um freio nas irresponsabilidades provocadas pela guarda individual. (DIAS, 2008, p.401). Nesse sentido se manifesta o Insigne Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI - MENORES EM COMPANHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA POSSIBILIDADE. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. Provimento parcial do recurso. (Apelação Cível Nº 13521920048190011 RJ 0001352-19.2004.8.19.0011, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça de RJ, Relator: des. Jose Geraldo Antonio, Julgado em 20/08/2010).

Em síntese, a guarda compartilhada é um instituto que tem tudo para obter o sucesso esperado, mas para que isto ocorra, ela deve ser concebida não apenas como uma vitória dos pais, mas, sobretudo, como uma valiosa conquista dos filhos, os quais devem ver atendidos, em primeiro lugar, os seus interesses, rompendo com um período histórico relativamente longo, no qual o importante era atender, primeiramente, os interesses dos pais (DIAS, 2009).

Lôbo (2009, p. 53) aduz:

A convivência familiar perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem o direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tida como objeto da disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e deste em relação àqueles.

Além disso, o direito à convivência familiar deve se estender aos outros membros da família, como os avós, tios e irmãos, com os quais a criança ou adolescente mantém vínculos de afetividade explica Gagliano e Pamplona

filho (2011). Impende ressaltar, que sempre que possível o direito fundamental à convivência familiar deve ser priorizado e Lôbo (2009, p. 53) argumenta que: “o Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com os seus valores e costumes”.

Assim, a criança ou adolescente mantêm contato com todos os membros familiares, visando atender o princípio da dignidade humana, e principalmente o método de compartilhamento da guarda, é o mecanismo que traz eficácia ao direito fundamental à convivência familiar, visto que, os filhos se relacionam igualmente com ambos os genitores, e não apenas com um ou outro, como ocorre na guarda unilateral.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independente do modo de dissolução da sociedade conjugal, a prioridade e a defesa dos direitos deve atender aos anseios da parte vulnerável na relação de família, ou seja, as crianças e os adolescentes.

A guarda compartilhada, a dignidade humana, o direito à convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de forma prioritária, indicam o enaltecimento jurídico das relações eudemonistas fundadas no afeto e amor. Nas relações de família, deve ser frequente o interesse e a participação dos genitores no acompanhamento e desenvolvimento de seus filhos, o que com certeza é um sinal benéfico para a realização da guarda compartilhada.

Torna-se fundamental difundir o modelo compartilhado de guarda visando efetivar o direito fundamental à convivência familiar, que tanto pertence aos filhos como aos pais, e priorizar o melhor interesse e proteção da criança e adolescente. A aproximação estreita os laços fraternos, permite união de forças e consenso na formação material e imaterial dos filhos, beneficiando o núcleo familiar e a sociedade. A guarda compartilhada deve ser priorizada, coaduna-se com a dignidade humana e com os ideais de uma base familiar sólida, unida em laços de afeto e feliz.

*A FUNDAMENTAL RIGHT OF EFFECTIVE TO GUARD ASSOCIATION FAMILY IN
SHARED*

ABSTRACT

The dissolution of the conjugal partnership generates wear, especially for children, for whatever reason that caused the rupture; one cannot escape the responsibility paternal-filial. To protect the fundamental rights of children and adolescents as a priority, the effective model of shared custody to family, helping to ensure the best interests of children and adolescents in order to prevent foreclosure and the warmth of family life.

Keywords: Fundamental right. Protection of Children and Adolescents. Family life. Guard Shared.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. 1989. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/crianca.htm>>. Acesso em: 8 out. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 608 p.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688 p.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005. 94 p.

FACHIN, Edson. **Da paternidade**: Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: (abrangendo o código de 1916 e o novo código civil). São Paulo: Saraiva, 2011. 763 p. v. 6.

LÔBO, Paulo. **Famílias**: de acordo com a lei n.11.698/2008. São Paulo: Saraiva, 2009. 411 p. (Direito Civil).

NETO, Sancho. **Emenda constitucional 66-2010 - suas divergências – divórcio sem prazo – testemunhas – sem necessidade de separar-se primeiro**.

Disponível em: <<http://registrodeimovel.blogspot.com.br/2010/07/emenda-constitucional-66-2010-e-suas.html>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática.

Disponível em:

<http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a lei n.11.698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 165 p.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 121p.

SEVERINO, Andréa Lúcia Alves. **Responsabilidade Civil Dos Pais Pelos Atos Dos Filhos Menores**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/responsabilidade-civil-dos-pais-pelos-atos-dos-filhos-menores-1213437.html>>. Acesso em: 8 out. 2012.

SOLDÁ, Ângela Maria. OLTRAMARI, Vitor Ugo. **A guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da Criança**. Disponível em:

<http://www.edipucrs.com.br/XISalaolC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/83949-ANGELAMARIASOLDA.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível**:

13521920048190011 RJ 0001352-19.2004.8.19.0011. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923231/apelacao-apl-13521920048190011-rj-0001352-1920048190011-tjrj>>. Acesso em: 7 out. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível 2007.056033-2 (Acórdão)**. Disponível em:

<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 8 out. 2012.

_____. **Apelação Cível 2005.006520-7 (Acórdão)**. Disponível em:

<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 8 out. 2012.