

A GUARDA COMPARTILHADA E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

THE SHARE CUSTODY AND THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF THE BEST CHILD INTEREST

LEOPOLDINO, Y.Z.¹ CAMACHO, M.G.²

^{1e2}Departamento de Ciências Jurídicas - Faculdades Integradas de Ourinhos- FIO/FEMM

RESUMO

A guarda compartilhada é instituto que necessita de um relacionamento saudável entre as partes para sua aplicabilidade; a fim de corroborar com o princípio do melhor interesse da criança. Questiona-se acerca da efetividade da modalidade supramencionada de guarda quando imposta a todos os casos de forma irrestrita, e se tal determinação judicial corrobora com o princípio basilar dos direitos da criança e do adolescente, qual seja, o melhor interesse da criança. O trabalho discute os institutos da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança e a maneira que o último influencia no estabelecimento da primeira. Traça-se o panorama dos direitos humanos e a evolução dos mesmos, configurando rol não taxativo, em constante mudança. Observa-se também o percurso dos direitos fundamentais destinados à criança, que hoje são baseados na doutrina da proteção integral, a qual enxerga o infante como sujeito de direitos que necessita de cuidados especiais. Distingue-se as modalidades de guarda e dispõe acerca de suas características principais e, com isso, dispõe sobre as possibilidades de implementação da guarda compartilhada frente ao princípio do melhor interesse da criança, concluindo que a modalidade respeita o princípio quando utilizada por pais cooperativos, que mantêm respeito mútuo e conseguem distinguir a relação conjugal da relação com os filhos. Já no caso de pais magoados, que não superaram a separação, o compartilhamento pode não ser saudável ao filho, trazendo consequências psicológicas prejudiciais ao seu desenvolvimento. A pesquisa foi feita por meio de revisão bibliográfica de trabalhos publicados sobre o tema, notadamente na área de Direito das Famílias e Psicologia. Utilizou-se também o ordenamento jurídico como forma de embasar os argumentos constantes no artigo. Pela pesquisa, conclui-se que a implementação da guarda compartilhada dispense de análise exaustiva do caso concreto, sendo necessário para o seu efetivo exercício o bom relacionamento entre os genitores, já que em relacionamentos conflituosos a modalidade poderá agravar os prejuízos advindos da separação ao infante.

Palavras-chave: Análise casuística; Guarda Compartilhada; Princípio do melhor interesse.

ABSTRACT

The share custody is institute that needs a healthy relationship between the parts for your application, to corroborate with the principle of the best interest of the child. A question is asked about the effectiveness of the shared custody when imposed to all of the cases unrestricted, and if such judicial determination corroborates with the basic principle of the rights of the child and teenager, which is, the best interest of the child. The article discusses the institutes of shared custody and the principle of the best interest of the child and the way that the latter influences the establishment of the first. The panorama of human rights and their evolution is traced, being a non-exhaustive, constantly changing list. It is also observed the course of fundamental rights of children, which today are based on the doctrine of integral protection, which sees the child as a subject of rights, who needs special care. It distinguishes modalities of custody and establishes its main characteristics and, therefore, provides the possibilities of implementing shared custody in relation to the principle of the best interest of the child, concluding that the modality respects the principle of best interest when used by cooperative parents, who maintain mutual respect and can distinguish the marital relationship from the relationship with the children. In the case of resentful parents, who did not overcome the separation, the sharing may not be healthy for the child, bringing psychological consequences, harmful to his/her development. The research was done through a bibliographical review of published articles on the subject, especially in the area of Family Law and Psychology. The legal system was also used as a way of supporting the arguments in the article. According to research, it is concluded that the implementation of shared custody requires exhaustive analysis of the concrete case, being necessary for its effective practice the good relationship between the parents, since in relationships of conflicting parents the modality may aggravate the damages resulting from the separation to the child.

Keywords: Casuistic analysis; Principle of the best interest; Shared Custody.

INTRODUÇÃO

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é fruto da doutrina de proteção integral, que passou a estar presente no ordenamento jurídico pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e foi aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989. Tal teoria afirma que todas as crianças e adolescentes necessitam de proteção especial e são sujeitos de direitos da mesma forma que os adultos. O princípio do melhor interesse da criança surge nesse contexto de cuidados diferenciados para com as crianças e adolescentes, dispondo que, em todas as ocasiões, deverá prevalecer o mais favorável a estas figuras. Na situação de estabelecimento de guarda após a separação conjugal não é diferente. A modalidade adotada deve ser embasada primordialmente no que será melhor ao infante, preferindo a guarda compartilhada, em decorrência de sua flexibilidade e convívio continuado; porém, faz-se necessária análise exaustiva do caso concreto.

O trabalho traz como ponto chave a eficácia da guarda compartilhada quando imposta sem análise da realidade da família em questão e o que a adoção da medida traz à criança e adolescente quando determinada em uma relação harmoniosa e em uma relação conflituosa.

Disserta-se acerca do percurso dos direitos fundamentais no mundo, desde o seu surgimento até os tempos atuais, caracterizando-se por não ser uma lista imutável. Trata-se também dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e as fases pelas quais esses direitos percorreram, sendo atualmente adotada a teoria da proteção integral. Analisa-se o princípio do melhor interesse da criança, não estando esse expresso no ordenamento jurídico brasileiro, porém é pressuposto para as disposições acerca da criança e do adolescente, regendo todas as relações que estes estão inseridos e presente na tomada de decisões dos órgãos jurisdicionais de forma ampla.

Verifica-se na pesquisa as modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam a guarda unilateral e compartilhada, dispondo sobre as características de cada uma delas, tendo a primeira como atributos a responsabilidade particular de um dos genitores sobre a criança, cabendo ao outro o direito de fiscalização, de visitação e o dever de prestar alimentos ao infante, sendo tal prerrogativa direito indisponível do filho. Já a segunda forma de guarda, ou seja, a compartilhada, tem como pressupostos a coabitação com um dos genitores, tendo o outro amplo acesso à criança, de forma harmônica, cabendo aos pais, de maneira

conjunta, a tomada de decisões sobre a vida do filho, gerando a convivência constante entre os infantes e os genitores.

Encaminha-se para análise da correlação dos institutos do princípio do melhor interesse da criança e da guarda compartilhada, concluindo-se que a decisão judicial de fixação da guarda deve analisar o relacionamento dos pais. Se são pais cooperativos, que superaram ou não permitem que os traumas da separação influenciem na relação com os filhos, a guarda compartilhada será a opção que melhor atenderá aos interesses do filho, que manterá o vínculo com ambos genitores. Já no caso de pais magoados, traumatizados com o término e que não conseguem estabelecer um diálogo mínimo entre si, tal forma de guarda pode não ser a melhor opção, podendo agravar os traumas do divórcio impostos aos filhos e não atender aos seus interesses de forma plena. Nesse caso, a opção seria pela guarda unilateral, podendo essa ser alterada quando os pais tiverem condições para se relacionarem de forma harmoniosa.

A pesquisa foi elaborada pelo método qualitativo indutivo, tratando-se de trabalho bibliográfico, embasado em doutrinas de autorias diversas, como Carlos Roberto Gonçalves, que conceitua o instituto da guarda compartilhada e determina as razões pelas quais o devedor de alimentos poderá ser preso; Norberto Bobbio, em dissertação acerca da mutabilidade dos direitos fundamentais; Maria Berenice Dias, ilustrando a guarda unilateral, dispendo sobre suas diretrizes; entre outros que abordam o tema tratado no presente, além de trabalhos de cunho científico produzidos por acadêmicos que discutem acerca do melhor interesse da criança. Utilizou-se também o ordenamento jurídico, interligando os dados doutrinários com a normas vigentes, formando o embasamento necessário para o encaminhamento à conclusão do presente trabalho.

HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DESTINADOS ÀS CRIANÇAS

Os direitos fundamentais podem ser vistos como prerrogativas básicas a serem asseguradas à população pelo Estado, como direito à moradia, à educação, à saúde e à vida digna. Esses são objeto de ampla discussão e implementação nos ordenamentos jurídicos vigentes, constituindo ponto fundamental em legislações pátrias disseminadas pelo mundo.

Luiz Alberto David Araújo (2005, p. 109-110) conceitua os direitos fundamentais da seguinte forma:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Segundo o autor, os direitos fundamentais devem abranger todas as necessidades da pessoa, com vistas a oferecer vida digna à população em todas as suas facetas, desde o direito à liberdade, que demanda uma abstenção estatal, como os direitos sociais, que solicitam uma posição ativa do Estado para a sua efetivação.

Porém, essa classe de direitos é mutável, conforme as necessidades atuais da sociedade e o que os governantes da mesma consideram como prerrogativas indispensáveis. Conforme o pensamento de Albuquerque Mello (1997, p. 4 e 28), não estão tais direitos relacionados em uma lista imutável, porque “a natureza humana está em construção, vez que ela apenas pressupõe a sociabilidade do homem, e esta vai criando formas de pensar”. E complementa: “A conquista dos direitos humanos é uma luta diária e extremamente lenta”. De acordo com o pensamento do referido autor, a mutabilidade social pressupõe que os direitos garantidos de forma indispensável devem acompanhar eventuais alterações no campo fático integrado ao meio em que está inserido.

Ainda sobre a mutabilidade dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio (2004, p. 25) preleciona:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

De acordo com Bobbio, tais direitos foram sendo alterados ao longo do tempo, decorrendo o surgimento dos mesmos das necessidades de cada fase da sociedade, de acordo com o que era considerado como primordial, não sendo, portanto, um rol taxativo.

Os direitos fundamentais foram objeto de discussão no século XVIII, momento no qual o homem passou a interferir de forma mais efetiva nas instituições políticas que vieram a se formar a partir desse momento.

No ano de 1789 foi instituída a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consolidando o surgimento de um rol que abrangia direitos de toda uma

sociedade. Acerca da importância da declaração, Raul Machado Horta (1995, p. 5 e 6) afirma que a mesma foi paradigma para diplomas que também tratavam de direitos básicos constitucionais, consolidando-se como o acervo mais famoso de direitos fundamentais de antagonismo ao Estado e ao poder.

Porém, a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, momento em que tais direitos foram compilados em um único documento – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sendo essa a base para a formação do rol de direitos elencados como fundamentais para inúmeros ordenamentos jurídicos constitucionais.

Há diferença entre os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, conforme preleciona Santos (2008, p. 277):

Direitos humanos são aqueles direitos que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição “humana”, configurando-se como gênero, enquanto direitos humanos fundamentais, ou simplesmente “direitos fundamentais” seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, este resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal.

O autor atribui aos direitos humanos a classificação de gênero do qual os direitos fundamentais são espécies, sendo os primeiros prerrogativas básicas de todo o ser humano, inerentes à sua existência. Já os direitos fundamentais são aqueles delineados nos ordenamentos jurídicos, sendo necessária a positivação em dispositivos legais para possuírem tal denominação, primordialmente aqueles previstos na Constituição Federal.

Acerca dos direitos básicos destinados à infância e juventude, a Constituição de Weimar considerava que a educação da prole para o desenvolvimento corporal, espiritual e social constituía o dever supremo e um “direito natural dos pais” (art. 120), trazendo à tona a ideia de que a criança e o adolescente integram o complexo familiar e, em decorrência de tal inclusão, gozavam de proteção do Estado, assim como os membros adultos.

Contudo, em 1924 observaram que as crianças e os adolescentes necessitavam de proteção especial, em decorrência de sua vulnerabilidade (PEREIRA, 1996, p. 25). A Declaração de 1948 não consagrou proteção diversa da destinada a membros adultos, mas, reconheceu que a infância tem direito a cuidados

e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social (art. XXV, 2).

Tal norma estabeleceu uma nova forma e categoria de direitos humanos, o que foi declarado também por outros regramentos, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José, dentre outros pactos internacionais.

Por derradeiro, a ideia que prevalece no regramento atual é a doutrina da proteção integral. Essa foi aclamada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989. Entrando em vigor internacional em 2 de setembro de 1990 (CHAVES, 1994, p. 35), foi ratificada no Brasil pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Tal instituto preconiza a efetivação de cuidados especiais voltadas para as crianças e adolescentes. Acerca do tema, Hebe Signorini Gonçalves (2005, p. 35-61) conceitua a proteção integral e a sua implementação nos ordenamentos jurídicos brasileiros, tais quais a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com o transcrito:

A doutrina da proteção integral compreende a criança como sujeito de direitos; defende a inclusão dos direitos de crianças e adolescentes nos códigos legislativos, e afirma ainda que esses segmentos são detentores privilegiados dos direitos de cidadania, o que implica a discriminação positiva da criança e do adolescente. O Estatuto reafirma os direitos individuais e coletivos assegurados na Constituição Federal e acrescenta disposições específicas que sustentam os privilégios de toda a população infanto-juvenil, abandonando a antiga dicotomia entre menor e criança.

Tal conceito explicita a figura da criança e do adolescente como pessoa detentora de direitos, merecendo essa proteção diferenciada nos códigos que dispõem de medidas destinadas a eles. Considera-se também favorável a presença do conceito de vulnerabilidade relacionado à criança e adolescente, destinando a essas figuras diferentes cuidados, em razão de sua incompleta formação psicológica e mental nos tempos da infância e juventude.

Dessa forma, foram implementados internacionalmente direitos próprios da criança, momento que a mesma passou a não ser mais vista apenas como parte integrante da relação familiar, mas como membro único da família que, em decorrência de sua vulnerabilidade física e psicológica, dispense de cuidados, inclusive da devida proteção legal, até mesmo antes de seu nascimento.

No ordenamento jurídico pátrio vigente, a doutrina da proteção integral fica evidente na Constituição Federal, em seu artigo 227, dispondo acerca da responsabilidade da família e da coletividade em assegurar as crianças e adolescentes os direitos básicos para sua subsistência e desenvolvimento saudável, devendo tal dever ocupar posição soberana nas atitudes dos responsáveis. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 1º a premissa de todos os dispositivos previstos no instrumento, qual seja a proteção integral da criança e do adolescente.

Diante do exposto, conclui-se que os direitos destinados às crianças, assim como os direitos fundamentais, passaram por evoluções significativas ao longo dos anos; porém, os que visam a proteção de crianças e adolescentes estão em discussão atualmente e a efetivação dos mesmos é preocupação de inúmeros ordenamentos jurídicos.

DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O Brasil, desde o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, assumiu o princípio do melhor interesse da criança como norte para o ordenamento jurídico vigente.

Daniel O'Donnell (1990, p. 11), afirma que o princípio do melhor interesse da criança deve ser utilizado para a resolução de conflitos quando há situação que envolva criança ou adolescente, ou seja, diante do caso concreto, no qual existam interesses entre adultos e crianças e adolescentes conflitantes, prevalecerá o interesse dos últimos. O princípio supramencionado foi sendo aperfeiçoado nas leis brasileiras ao longo do tempo, podendo separar o processo de concretização em três correntes jurídico-doutrinárias que se manifestaram com relação à proteção do infante desde o século XIX.

A primeira teoria correspondeu à doutrina do direito penal do menor, também conhecida como fase da absoluta indiferença, presente nos Códigos Penais de 1830 e 1890, momento em que não existiam normas destinadas à criança e adolescente de maneira específica (PAULA, 2002, p. 26). Esta teve como foco a delinquência e se norteou na imputabilidade pela “pesquisa do discernimento”, a qual atribuía a responsabilidade ao menor de acordo com seu discernimento acerca da criminalidade do ato praticado.

Segundo Liborni Siqueira (1979, p. 52), o Juiz era considerado competente para determinar se o jovem “era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas em uma razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores”. De acordo com o autor, o juiz baseava-se em uma reunião de requisitos que, se preenchidos pelo infrator, era a ele atribuída à responsabilidade pelo seu delito.

Já a segunda corrente se traduz na doutrina jurídica da situação irregular, que teve efetivação com a implementação do Código de Menores de 1979. Este dispunha, em seu artigo 2º, categorias de situações diferenciadas, como afirma o autor Paulo Lúcio Nogueira (1988, p. 13-14) como:

Situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. (...) A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação.

Segundo o entendimento do autor, a situação irregular advém de um histórico familiar complexo, permeado de abandono, qual seja material ou moral, tendo ele relação direta com a marginalização e possibilidade de contato com situações de caráter criminoso.

Amaral e Silva (1998, p. 06) criticava a forma pela qual as decisões judiciais eram fundamentadas na situação irregular do menor, conforme o transcrito:

O Juiz não julgava o menor, definia a ‘situação irregular’ aplicando ‘medidas terapêuticas’. O Ministério Público, inclusive, quando pleiteava internação, como resposta pela prática de atos delinquentes rotulados de desvio de conduta, de ato anti-social, etc. estava defendendo o menor. A defesa e o superior interesse justificavam tudo. Serviam para tudo, inclusive para limitar e, até impedir a participação do Advogado, figura praticamente desconhecida do ‘Direito do Menor’.

À guisa do exposto, as figuras de acusação e defesa se confundiam no processo que possuía como parte ativa a figura do menor, sendo as atitudes do magistrado e do promotor de justiça respaldadas pelo superior interesse e pela defesa do infante, que se encontrava em situação considerada irregular; permitindo aos mesmos a tomada de decisões arbitrárias, permeadas de preconceitos e julgamentos subjetivos sobre a criança e adolescente inseridos no caso concreto.

Durante a vigência do Código de 1979 também se observou a presença de política assistencialista baseada na proteção da criança e adolescente abandonado

ou infrator. Paula Gomide (1990, p. 18) afirma que no período em que vigorava o Código havia “uma ação política de manutenção do status quo do atendido, pois, certamente, esta ação não tem a preocupação de alterar as condições em que o miserável vive”. Segundo a referida autora, não havia a intenção de solucionar o problema principal da situação do menor, e sim uma atuação com vistas a manter ele no seu estado inicial.

Observa-se, contudo, no regramento de 1979, em seu artigo 5º, a presença do princípio do melhor interesse da criança, dispondo o mesmo que “na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. Tal dispositivo estabelecia a necessidade de observância ao interesse da criança ou adolescente em detrimento dos outros interesses provenientes da relação jurídica estabelecida.

Anísio Garcia Martins (1988, p. 68), dispõe que tal princípio era proveniente da ideia de que “o menor estava numa situação de desvalimento natural, por sua deficiência etária, mental e jurídica, e não tinha capacitação para autodefender-se de fato ou de direito”. Segundo o mencionado autor, a criança ou adolescente, pela sua condição física e psicológica vulnerável, necessitava de proteção especial dos juristas e de toda a sociedade.

Encerrando a tríade, a doutrina jurídica da proteção integral foi traduzida na Constituição Federal de 1988, que afirma que as crianças e adolescentes, em qualquer situação, tem o direito de serem protegidas, tendo também prerrogativas idênticas às dos adultos reconhecidas. Tal proteção, decorrente de seu desenvolvimento físico e mental não finalizado, tem prioridade sobre outros casos concretos, não é obrigação apenas da família e do Estado e sim um dever social de todos. Os direitos fundamentais da infância encontram-se dispostos no artigo 227 da Constituição Federal, constituindo o seguinte rol:

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.

Tais direitos produzem efeitos no plano jurídico, sendo, dessa forma, considerados como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve tomar suas decisões e respalda-las, fixando regras para orientar a vida em sociedade com o objetivo de promover o bem-estar individual e coletivo de toda população.

O artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 13 de julho de 1990, consagra o princípio da proteção integral à criança e adolescente, dispondo o seguinte: “Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Tal dispositivo apresenta o regramento e a diretriz nas quais as normas do Código foram criadas.

Acerca ainda da proteção integral que deve ser dirigida às crianças e adolescentes, o artigo 4º do mesmo Estatuto traz em seu corpo a redação do artigo 227, da Constituição Federal, corroborando em lei especial o trazido neste, inserindo os direitos fundamentais destinados às crianças e adolescentes em posição de prioridade máxima da sociedade como um todo.

O princípio do melhor interesse da criança não encontra expressamente no ECA. Porém, todas as normas de tal regramento se baseiam em tal princípio, mantendo os menores em posição privilegiada frente aos dilemas relacionados ao mesmo; devendo ser considerado, em primeiro plano, o que é mais vantajoso e benéfico para o mesmo, ficando os pais ou responsáveis em posição secundária, devendo esses respeitar a prioridade concedida a criança e acatar a decisão tomada de acordo com o considerado mais benéfico a mesma.

Paulo Lobo (2011, p. 75) conceitua o princípio do melhor interesse da criança, como visto:

O princípio do melhor interesse significa que a criança incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Segundo o autor, o supramencionado princípio assegura que a criança e o adolescente terão seus interesses tratados como prioridade desde a elaboração das normas atinentes a eles até no âmbito das relações familiares que está inserido, assumindo posição de sujeito de direitos frente a sociedade.

Heloisa Helena Barbosa (2000, p. 201), discorrendo a respeito da presença tácita do princípio do melhor interesse da criança no regramento posterior a Constituição Federal de 1988, afirma que:

Após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em toda questão que envolva qualquer criança ou adolescente, e não apenas

aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, já que todos, indiscriminadamente, têm iguais direitos.

Nessa passagem a autora faz um comparativo entre as duas últimas fases dos direitos dos menores, demonstrando que o ordenamento pós Constituição abrange a proteção de todas as crianças e adolescentes, sendo tal proteção dever do Estado e da sociedade com prevalência sobre todos os demais direitos, diferente do regramento anterior, que atribuía proteção especial apenas ao grupo considerado em situação irregular, o que faria com que os mesmos necessitassem de proteção especial.

Nos tribunais superiores, há decisões embasadas no princípio do melhor interesse da criança, como no seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. VISITA. RESTRIÇÃO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Na regulamentação de visitas, primeiramente deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima do interesse ou da conveniência de ambos os genitores, levando-se em consideração a teoria da proteção integral da criança e do adolescente. 2. Recurso conhecido e provido. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Estado, 2015).

No supracitado julgado, observa-se que a regulamentação de visitas foi fundamentada no princípio discutido, afirmando ainda que o interesse da criança está sobreposto ao interesse e comodidade dos genitores, alicerçando a decisão ainda na teoria da proteção integral da criança e do adolescente admitida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme visto, o princípio do melhor interesse da criança vem sendo aplicado de forma ampla nos tribunais e julgamentos atuais, e, mesmo não se encontrando de forma expressa no ordenamento jurídico constante, foi a base para a criação do Estatuto da Criança e Adolescente, juntamente com a teoria da proteção integral aos menores, formando um regramento destinado a sociedade, que possui responsabilidade para com as crianças e adolescentes, que são sujeitos de direitos e de cuidados especiais em decorrência de sua vulnerabilidade física e psicológica admitida.

MODALIDADES DE GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após a separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável do casal, não se altera o poder familiar que os mesmos possuem em relação aos seus filhos. Nesse sentido, o artigo 1.632 do Código Civil afirma: “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”. Conclui-se pelo artigo que o poder familiar é inerente à relação conjugal estabelecida entre os genitores, ficando vinculada apenas a relação entre os filhos e seus pais.

Contudo, após o término do relacionamento dos pais, faz-se necessário o estabelecimento da guarda que regravará a relação entre os genitores e os infantes. O autor Silvio Rodrigues (1995, p. 344) define a guarda sob dois pontos, o do dever e o do direito:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

Cabe aos pais tutelar seus filhos em todos os âmbitos de sua vida, pois todas as atitudes tomadas pelo filho geram responsabilidade para os pais, já que, em decorrência de sua incapacidade civil prevista pelo ordenamento jurídico vigente, cabe aos pais responder integralmente pelos atos de seus filhos.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, no Código Civil, duas modalidades de guarda em seu artigo 1.583, podendo ser unilateral ou compartilhada. Tais modalidades deverão ser aplicadas de acordo com o caso concreto, com vistas a situação do relacionamento dos genitores e as intenções de ambos para com o filho.

Encaminha-se para análise de cada modalidade de guarda, iniciando a distinção pela guarda unilateral.

Guarda unilateral

A primeira modalidade, qual seja a guarda unilateral, tem a figura de um dos genitores como responsável pelo infante, tendo o encargo da tomada de decisões a respeito do mesmo, sendo atribuído ao genitor que não possui a guarda o direito de visita.

Corroborando com o exposto, Maria Berenice Dias (2011, p. 446) afirma:

[...] A custódia unipessoal será atribuída motivadamente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente, tenha aptidão para propiciar ao filho (CC 1.583 § 2.º): I afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II saúde e segurança; III educação. Ainda assim, a guarda unilateral obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses do filho (CC 1.583 § 3.º). Também lhe é concedido o direito de fiscalizar sua manutenção e educação (CC 1.589). Tanto isso é verdade que a escola tem o dever de informar ao pai e à mãe, mesmo àquele genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

Pela autora, a guarda será atribuída ao genitor que apresentar condições físicas e psicológicas mais favoráveis a criação dos filhos, cabendo ao outro supervisionar as atitudes tomadas pelo guardião, com vistas a garantir o bem-estar do infante.

O conceito jurídico de guarda unilateral está inserido no artigo 1583 CC § 1º, primeira parte, conforme visto: “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Tal tipo de guarda é adotada quando um dos genitores não deseja exercer seu pátrio poder ou quando o magistrado verifica que um deles não está apto a exercer tal dever, atribuindo a guarda unicamente ao genitor ou responsável apto.

A guarda unilateral não é considerada a regra do ordenamento vigente, ou seja, não será estabelecida diante do desacordo dos genitores, conforme determina o artigo 1584, § 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.

O dispositivo acima transcrito foi trazido pela Lei nº 13.058/2014, a qual trouxe inovações acerca do instituto da guarda compartilhada, buscando o contato do filho com ambos os genitores de forma mais flexível e harmoniosa. Contudo, mesmo com a guarda compartilhada prevista como regra no Código Civil, majoritariamente é atribuída a guarda unilateral à genitora, que, após a separação, se vê como a única responsável pelos filhos.

Cabe ao genitor não possuidor da guarda o direito-dever de vistoriar as decisões tomadas pelo guardião, visando a efetivação dos interesses do filho. É também obrigação do não guardião o pagamento de pensão alimentícia. Tal prestação é obrigatória e considerada direito indisponível da criança, devendo ser

definida com base nas possibilidades do genitor e nas necessidades do filho, devendo existir um equilíbrio entre os parâmetros. O valor deve abranger os direitos fundamentais do menor, como saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade etc.

Acerca do tema, Sérgio Gilberto Porto (2011, p. 17) declara:

Hoje não mais existe qualquer divergência quanto à conotação técnico jurídica do conceito de alimentos, pois a doutrina de muito firmou o entendimento de que, em tal acepção, devemos considerar não só os alimentos necessários para o sustento, mas, também, os demais meios indispensáveis para as necessidades da vida no contexto social de cada um. Nesta linha, vale observar que o que vinha sendo recomendado pela doutrina e jurisprudência, agora, com o novo sistema, vem expressamente consagrado no art. 1.694 do CC/2002, haja vista que este estabelece que os alimentos devem atender também a compatibilidade com a condição social.

Diante do exposto, afirma o autor que os alimentos não são apenas destinados à subsistência do filho e sim aqueles que fazem jus ao contexto social de cada família, ou seja, abrange a prestação alimentícia todos os valores necessários para a criança ou adolescente manterem o padrão social que estão inseridas.

O não pagamento da pensão alimentícia pode acarretar a prisão do devedor, configurando-se a única possibilidade de prisão civil prevista no ordenamento jurídico vigente. A ausência do pagamento da prestação não é, por si só, motivo suficiente para a prisão do devedor, podendo ser empregada em casos de contumácia, obstinação, teimosia, rebeldia do devedor, que, mesmo tendo condições para pagar a dívida, protela o pagamento definido judicialmente, visando assim concretizar a assistência familiar e o princípio do melhor interesse do menor. (GONÇALVES, 2011, p. 564).

Ao genitor não guardião é atribuído o direito de visita ao filho, podendo essas serem consensualmente acertadas pelos pais ou definidas em audiência judicial, constando em termo próprio a estipulação. Explica Anna Luiza Ferreira (2015) que a definição de visitas é utilizada na guarda unilateral e possui duas maneiras de ser fixada, ou de maneira consensual ou mediante ação judicial, podendo nessa última ser requerida de maneira liminar, para que o contato entre pais e filhos não seja obstaculizado pelo decorrer dos trâmites processuais.

Caso o genitor guardião não cumpra o que foi decidido em juízo, poderá a parte lesada solicitar judicialmente o cumprimento da sentença ou sua revisão, para que o seu direito seja resguardado de forma eficaz. Em casos extremos, onde o guardião não entrega o filho ao visitador ou vice-versa, o juiz tem a prerrogativa de

decretar a busca e apreensão do menor, sendo essa medida mais abrupta, porém é uma maneira de assegurar o direito do genitor e a segurança do menor.

Corroborando com o exposto, a jurisprudência consolida o direito de busca e apreensão com vistas ao cumprimento da sentença, conforme o transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VISITAS. DESCUMPRIMENTO. BUSCA E APREENSÃO. CABIMENTO. Descumprido o direito de visitas regulado por sentença transitada em julgado, o cumprimento forçado do direito se faz através de medida de busca e apreensão. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado, 2012)

Pelo exposto, mesmo não sendo a medida adotada como regra no Código Civil, a guarda unilateral é ainda admitida na maioria dos casos após a separação do casal ou em situações aonde não existiu um relacionamento prévio, prevalecendo a figura materna como guardiã legal, ficando a mesma incumbida de todas as decisões relacionadas ao filho.

Guarda compartilhada

Em análise a modalidade compartilhada de guarda, observa-se que a mesma possui características inovadoras e condizentes com as novas formações familiares e a rotina atual dos membros de tal grupo, tais como a flexibilidade da relação interpessoal entre genitores e a prole, a convivência facilitada da criança com seus pais, não existindo a figura de um único guardião e o outro genitor sendo um mero visitante; e a harmonia entre as rotinas dos envolvidos na relação que se estabeleceu após a separação do casal.

O autor Grisard Filho (2002, p. 155) afirma que a guarda compartilhada disponibiliza aos genitores a guarda judicial com prerrogativas iguais, sendo os pais responsáveis de forma idêntica pelo filho. Diante dessa relação que preza pela igualdade entre os pais, cabe aos mesmos decidirem em qual das residências o filho irá morar, ou seja, com qual genitor a criança ou adolescente irá coabitar e como se dará o convívio com o outro genitor.

Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 295) conceitua o instituto como:

Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a

convivência em suas rotinas diárias e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

Conforme o transcrito, na guarda compartilhada é necessário estabelecer o que será considerado pela criança como casa central, cabendo aos pais, de forma mútua, a tomada de decisões a respeito da rotina do filho e como se dará o relacionamento deste com o genitor não coabitante.

Seguindo o entendimento de divisão igualitária de responsabilidades, Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 261) dispõe que “a guarda compartilhada mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”. De acordo com o disposto pelo autor, pode-se afirmar que a guarda compartilhada visa a menor alteração possível na rotina da criança, mantendo ambos genitores responsáveis pelo filho, podendo exercer seu poder de família de forma plena, alterando minimamente a relação entre pais e filhos, buscando diminuir os efeitos da alteração do relacionamento dos genitores sob a criança.

Acerca do tema, afirma Venosa (2012, p 185) sobre o objetivo da guarda compartilhada:

A ideia é fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

O entendimento do autor vai no sentido que a guarda compartilhada visa a boa convivência entre pessoas que já integraram um núcleo familiar ou que se relacionaram de forma momentânea em prol da criança ou adolescente, que assumem a figura de vulnerabilidade, buscando oferecer a esses uma rotina harmoniosa, de contato com os pais e de prazer na companhia de ambos.

O relacionamento constante entre pai e filho não é implementado apenas na coabitação. Acerca do assunto, Roberto Senise Lisboa (2010, p. 174) afirma que essa espécie de guarda pode funcionar de forma congruente mesmo o filho habitando com apenas um dos genitores, pois a guarda não tem relação direta com a presença física do infante com o responsável.

Conclui-se que a guarda compartilhada possui como características principais a versatilidade na rotina dos pais e filhos e o bom relacionamento entre os primeiros.

Nessa modalidade, será determinada uma das casas dos genitores como moradia da criança, tendo, todavia, garantido ao outro genitor, o contato frequente com o filho, com a sua rotina e o direito da tomada de decisões a respeito desse, desde questões básicas da rotina até decisões importantes no âmbito da criança.

O regramento nacional prevê a guarda compartilhada no Código Civil, em seus artigos 1.583 e 1.584, e na Lei 13.058 de 2014. Conforme aduz o Código Civil, o conceito de guarda compartilhada perfaz:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º [...]compreende-se 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, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§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.

§3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

O artigo dispõe em seus parágrafos a respeito do conceito jurídico do instituto discutido, sobre o equilíbrio necessário para o relacionamento entre genitores e a prole e ainda acerca do local aonde a criança irá morar, levando-se em conta, primordialmente, o interesse primeiro dos filhos.

Seguindo na análise dos dispositivos relacionados ao tema, o artigo 1.584 dispõe sobre as formas que cada modalidade, unilateral e compartilhada, serão escolhidas de acordo com o caso concreto:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

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;

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.

§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 [...].

Como visto, a decisão, inicialmente, cabe aos genitores, podendo os mesmos decidir qual tipo de guarda mais se adequa ao caso concreto; não tendo consenso entre os pais acerca da decisão, cabe ao juiz a decisão de qual modalidade será

utilizada na realidade fática discutida, devendo, contudo, ter como regra geral, a modalidade compartilhada da guarda.

Conforme o exposto, a guarda compartilhada foi amparada pelo direito brasileiro como a mais favorável aos filhos, devido às suas características modernas e condizentes com a realidade atual, como a flexibilidade e a menor modificação no convívio do filho com seus pais, devendo, para tanto, buscar a efetivação dessa relação benéfica, acompanhando os pais no amadurecimento dessa relação nova para eles, deixando para trás os conflitos advindos da separação e visando o que trará resultados mais benéficos aos seus filhos.

CORRELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA GUARDA COMPARTILHADA E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O instituto da guarda compartilhada e as consequências advindas de sua adoção como modalidade devem ser analisados sob dois enfoques presentes no caso concreto, quais sejam a boa convivência dos genitores ou não. Quando a modalidade é instaurada frente a uma situação fática de respeito mútuo entre os pais, tendo esses superado o término do relacionamento ou ao menos conseguem separar a relação amorosa anterior do compromisso com o filho, a guarda compartilhada é a opção que atenderá o princípio do melhor interesse da criança na sua plenitude.

Nesse sentido, Welter considera que a guarda compartilhada traz a possibilidade do pai manter-se engajado na rotina do filho e dividir as responsabilidades com a genitora acerca da criança ou adolescente. A correlação do casal baseada na confiança traz ao filho uma segurança e equilíbrio na convivência. Os genitores não perderão a intimidade e a conexão com seus filhos em decorrência da relação ininterrupta, o que, conseqüentemente, atenuará os efeitos negativos da separação. Com isso, os filhos sentirão mais segurança e manterão a convivência com ambos genitores, contribuindo no processo de socialização e identificação (WELTER, 2016, P. 43).

Como visto, o vínculo instituído após a separação entre os genitores e os filhos é de fundamental importância para o desenvolvimento físico e psicológico da criança, pois, estando essa inserida em uma relação saudável, aonde os seus pais estão integrados de forma igualitária, dividindo as responsabilidades concernentes a ele, a mesma terá condições de um desenvolvimento psicológico mais positivo e sadio.

Claudete Carvalho Canezin (CANEZIN, p. 65) discorre acerca dos benefícios para os genitores da adoção da modalidade compartilhada, pois em relação àqueles, a guarda permite um contato mais verdadeiro sobre as necessidades dos filhos, aumentando o laço entre estes com os pais, o que contribui para a qualidade da relação entre esses e o fracionamento das responsabilidades, proporcionando uma segurança maior aos genitores, permitindo que os mesmos amadureçam na tomada de decisões em relação ao infante.

Conclui-se que ao aderir a guarda compartilhada, o benefício não será destinado apenas aos filhos, mas também aos pais, pois, após o término do relacionamento, podem restar abaladas a segurança e a auto confiança, situação que pode ser alterada se ambos mantiverem a responsabilidade sobre a criança e, quando se verem capazes de gerir a vida e as relações do infante, terão a autoestima restaurada e a maturidade elevada, pois são competentes para cuidar da criança e manter uma relação saudável com o ex-companheiro.

Corroborando com acima transcrito, a jurisprudência vai no sentido da adoção da guarda compartilhada quando os genitores possuem um relacionamento estável e de harmonia.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE REVERSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA, CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA VERBA PROVISÓRIA EM FAVOR DOS FILHOS MENORES. 1. O exercício da guarda compartilhada, além de obedecer ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela lei nº. 13.058/14), apresenta-se o arranjo familiar mais adequado à tentativa de superação do litígio entre os genitores, tendo em vista especialmente a primazia dos interesses dos filhos comuns, solução que deve ser reafirmada, nos exatos termos em que concertada pelas próprias partes envolvidas antes, sem prejuízo de que venha a ser revista durante a instrução, fixada como base de moradia a residência da genitora. 2. O estabelecimento da guarda compartilhada não afasta, por si só, o dever de sustento dos genitores, nem impossibilita o estabelecimento de obrigação alimentar a encargo do pai, notadamente na espécie, em que os filhos residem com a mãe em cidade distante, não sendo necessárias maiores considerações para perceber que ela evidentemente possui mais gastos com os meninos do que ele, até pelo tempo de permanência consigo. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado, 2018).

O julgado demonstra que a guarda compartilhada é a modalidade mais moderna e que se amolda nas relações familiares atuais, permitindo a criança o convívio com os pais de forma livre, o que corrobora com o princípio do melhor interesse da criança. No caso em tela, a guarda foi adotada mesmo os genitores não

residindo na mesma cidade, o que demonstra que tal tipo de arranjo familiar não está vinculado a moradia conjunta e sim a divisão equilibrada de responsabilidade sobre a criança.

Passa-se para análise da adoção da guarda compartilhada nos casos em que os genitores ainda não superaram a separação conjugal e possuem relação conturbada, envolta de desentendimentos e mágoas. Nessas situações, o julgador deve ponderar sobre o que será mais efetivo e positivo à criança, pois o compartilhamento da guarda exige constante interação entre os genitores, para resolver todas as questões concernentes a vida do infante.

O doutrinador Waldyr Grisard Filho (2015, P. 21) afirma que:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos mesmos. Para essas famílias, destruídas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Demonstra o transcrito que a inserção de genitores que não possuem um relacionamento saudável na modalidade compartilhada não proporciona à criança ou aos próprios pais condições positivas de convivência. Nesse caso, o convívio constante entre os genitores poderá agravar sentimentos negativos advindos da separação. Nessa hipótese, a opção que melhor se adequa ao caso concreto é a guarda unilateral, cabendo ao outro o direito de visitas ao filho.

A jurisprudência atual vai no sentido da adoção da modalidade compartilhada quando os genitores possuem condições psicológicas para se relacionarem de forma harmoniosa, o que trará benefícios aos filhos. O julgado abaixo corrobora com o entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIÁVEL A INSTITUIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DA MENOR. Ausência de relação harmoniosa entre os pais a permitir dividir decisões relacionadas ao cotidiano da filha, o que poderá acarretar prejuízo ao desenvolvimento físico e emocional do menor. Criança que sempre morou com a mãe e não foi realizado estudo social para saber se o pai tem condições para o exercício da guarda. Ausência de prova a amparar a pretensão paterna. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado, 2018).

A decisão corrobora o entendimento de que, nos casos em que houver conflito entre os pais, não há possibilidade dos mesmos dividirem as decisões acerca da rotina da criança, o que poderia acarretar prejuízos ao desenvolvimento psicológico e

físico do infante. No caso em tela, a guarda unilateral foi estabelecida para a mãe, pois a filha já se encontrava ambientada a rotina e a convivência com a mesma.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a instituição da guarda compartilhada não pode ser feita de maneira objetiva, o que não atenderia ao princípio do melhor interesse da criança, pois, sem análise do caso concreto, o instituto pode agravar os problemas psicológicos advindos da separação dos genitores e não proporcionar um ambiente sadio para o seu desenvolvimento e amadurecimento.

Afirma Lisboa (2015, p. 101) que não há só uma solução cabível, já que cada situação possui suas particularidades, devendo essas serem observadas na situação fática. Porém, é necessário demonstrar a flexibilidade que a guarda compartilhada proporciona. Além disso, o que deve ser o ponto fundamental a ser analisado ao fixar um dos tipos de guarda é o que atenderá de maneira mais efetiva os interesses da criança.

No mesmo sentido, afirma Gama (2008, p. 248):

O melhor interesse da criança e do adolescente se relaciona à dimensão afetivo-antropológica do cuidado, atuando simultaneamente como atitude de preocupação e inquietação pela criança e do adolescente (forma de preocupação), mas também como atitude de desvelo, solicitude, afeição e amor (forma de enternecimento e afeto pela criança). Assim, o vetor a ser observado em matéria de atribuição da guarda jurídica (unilateral ou compartilhada) tem como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Conforme o exposto, o princípio do melhor interesse da criança está ligado tanto ao cuidado a ser destinado ao infante, como também ao afeto que nutre os genitores ou responsáveis pela criança. Portanto, para a inserção da criança em uma das modalidades de guarda, quais sejam a unilateral ou compartilhada, é necessário analisar o princípio de forma primordial, devendo ser decisivo na decisão do julgador.

Carbonera (2000), corroborando com o entendimento acima disposto, afirma que o princípio do melhor interesse da criança foi adotado como cláusula geral e como princípio de proteção às crianças e adolescentes, devendo o mesmo se adequar a cada realidade. Para ser efetivado de forma plena, não basta analisar a legislação de maneira objetiva, mas complementá-la de acordo o caso concreto, devendo o magistrado analisar o interesse da criança de forma minuciosa, respeitando a personalidade de cada caso e das pessoas envolvidas.

Portanto, conclui-se que o melhor interesse da criança deverá ser levado em consideração em todas as decisões atinentes ao estabelecimento da guarda após a separação dos genitores, pois aplicar a guarda compartilhada sem análise das condições psicológicas dos genitores pode não trazer o resultado efetivo que é esperado pelo instituto, que necessita de um ambiente harmonioso, distante de conflitos não trabalhados pelos pais em decorrência do término do relacionamento, para gerar os efeitos positivos da modalidade, quais sejam a convivência facilitada entre os filhos e os pais, a flexibilidade da rotina e o amadurecimento da criança em uma relação de amor e afeto.

CONCLUSÕES

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente é parâmetro para a criação de normas e tomada de decisões nos tribunais brasileiros. Atua no sentido de que, havendo conflitos entre interesses comuns e interesses vinculados a figura do infante, prevalecerá o interesse do último, em virtude de sua vulnerabilidade física e psíquica, já que não possui sua formação completa.

A guarda compartilhada foi implementada no sistema jurídico brasileiro como regra geral, no caso de os genitores não acordarem acerca da modalidade de guarda será adotada. Porém, a imposição do compartilhamento pode não surtir os efeitos que a supramencionada modalidade prevê, como exemplo a convivência facilitada entre pais e filhos. A escolha da modalidade não deve ser algo imposto às partes, pois quem conviverá com os efeitos de tal decisão são os pais e filhos.

Faz-se necessária análise exaustiva do caso concreto, com o auxílio de profissionais que consigam captar os sentimentos omitidos pelas partes, como amparo psicológico para os genitores para auxiliá-los a tomar a decisão mais acertada. É também imprescindível que a criança, se esta possuir capacidade física mínima para entender o que passa entre os pais, seja ouvida pelos julgadores e presente, dentro de suas possibilidades, o que acredita ser mais benéfico ao caso concreto.

Diante de pais aptos a separar os sentimentos advindos da dissolução do relacionamento da relação para com os filhos, é possível que seja implementada a guarda compartilhada, na qual todos os integrantes convivam de forma saudável e harmônica, sendo responsabilidade dos pais a tomada de decisões diante do filho, cabendo a um o direito de coabitação, porém sem obstaculizar a relação constante entre o outro genitor, que terá acesso ao filho de forma livre. Nesse caso, os

genitores manterão um relacionamento afim de cuidar do infante, relação essa baseada no respeito mútuo e na cooperação, afastando os eventuais traumas da separação.

No entanto, diante do caso no qual os genitores ainda não digeriram o divórcio ou separação judicial, não são capazes de decidirem em conjunto e não detêm condições de manter relacionamento de constante diálogo, a guarda compartilhada pode não ser a melhor opção, já que essa necessita de constante interação entre os genitores e o estabelecimento de relacionamento baseado no diálogo e assistência mútua.

A implementação da guarda compartilhada entre genitores que não desejam se relacionar pode agravar sentimentos traumáticos à criança surgidos na separação, e não contribuir para que a mesma supere tal bloqueio emocional. Portanto, a opção que mais coaduna com o melhor interesse da criança diante de pais não cooperativos é a guarda unilateral, até momento posterior que os genitores detenham de condições psicológicas para estabelecerem relacionamento em prol dos infantes, pois a imposição da modalidade compartilhada em um ambiente conflituoso pode trazer prejuízos ao infante, como exemplo, estar mais exposto às brigas dos genitores, sentir-se culpado pelos atritos entre os últimos e se ver inserido em uma rotina de discussões, inimizade e desarmonia, podendo ter seu amadurecimento e desenvolvimento físico e psicológico prejudicado.

Portanto, é fundamental, ante a necessidade de estabelecer modalidade de guarda, análise do caso concreto de forma ampla, abrangendo pais e filhos, utilizando-se do auxílio psicológico presente no Judiciário, mantendo como pressuposto para a tomada da decisão o que trará maiores benefícios a criança, que deve ser protagonista durante a atividade jurisdicional, visando o que menos a impactará psicologicamente e o que auxiliará a superar os traumas advindos do rompimento conjugal dos genitores.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Trabalho monográfico inédito divulgado pelo site da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, 1998 – ABMP – Disponível em: www.abmp.org.com. Acesso em: 03 ago. 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

BRASIL. **Código Civil**: Lei 10.406. Promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. **Código de Menores**. Lei nº 6.697. Promulgada em 10 de outubro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 ago. de 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069. Promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

BARBOSA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, p. 201, 2000. In: A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=201>>. Acesso em: 10 ago. 2018

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n.28, v.6 2014.

CARBONERA, S. M. **Guarda de filhos**: na família constitucionalizada. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AGI: 20150020026088, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 15/04/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 30/04/2015. Pág.: 190.

FERREIRA, Anna Luiza. **Pontos importantes da guarda unilateral e compartilhada**. 2015. Disponível em <http://annaluizaferreira.adv.br/biblioteca-virtual/artigos/154-pontosimportantes-da-guarda-unilateral-e-compartilhada>. Acesso em: 05 ago. de 2018.

GAMA, G. C. N. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Guarda Compartilhada**. Revista dos Tribunais. 2002.

GOMIDE, Paula. **Menor infrator a caminho de um novo tempo**. Curitiba: Juruá, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Hebe Signorini. Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional In: ZAMORA, Maria Helena (Org.). **Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005, p. 35-61.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual do Direito Civil**. Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual elementar do direito civil**. 2 ed. São Paulo: revista dos tribunais. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Anísio Garcia. **Direito do menor**. São Paulo: Leud, 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao Código de Menores**. São Paulo: Saraiva, 1988.

O'DONNELL, Daniel. **A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo**. Infancia, Boletín del IIN 230, t. 63, Montevideú, jul. 1990.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 4. ed. rev. e atual. com notas a respeito do projeto de um novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. AI: 70077473999 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastil. Data de julgamento: 28/06/2018. Oitava Câmara Cível. Data da publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2018).

_____. AC: 70075477026 RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de julgamento: 28/02/2018, Sétima Câmara Cível, Data de publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2018.

_____. AI: 70048043020 RS, Relator: Rui Porta nova, Data de julgamento: 26/03/2012, Oitava Câmara Cível, Data de publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. **LTr: revista legislação do trabalho**, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 277-284, 2008.

SIQUEIRA, Liborni. **Sociologia do direito do menor**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1979.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. Editora Atlas, São Paulo, 2012.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda compartilhada**: um jeito de conviver e de ser em família. In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Colto e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2016.