

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

SILVIO SMARZARO NEGRINI

**A IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO ESTADO
NA ENTIDADE FAMILIAR**

VITÓRIA
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

SILVIO SMARZARO NEGRINI

**A IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO ESTADO
NA ENTIDADE FAMILIAR**

Artigo científico apresentado ao curso de
Direito da Faculdade Doctum de Vitória,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Ademir João Costalonga

VITÓRIA
2017

A IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO ESTADO NA ENTIDADE FAMILIAR

Silvio Smarzaro Negrini¹

Professor Orientador de Conteúdo: Ademir João Costalonga²

Prof.^a. Orientadora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins³

RESUMO

O presente trabalho visa responder ao seguinte questionamento: A Imposição da guarda compartilhada pelo magistrado configura intervenção indevida do Estado na Entidade familiar? O artigo versa sobre a intervenção deste na entidade familiar, quando da imposição da ação da guarda compartilhada, afim de se atingir os objetivos será utilizado a pesquisa teórico dogmática, tendo em vista que serão abordados conceitos doutrinários e jurisprudenciais para equacionar o problema apresentado, na tentativa de criar uma solução para o conflito. Os setores de conhecimento abrangidos pela presente pesquisa apresentam caráter transdisciplinar contidas entre searas distintas da Ciência do Direito, como o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional, abordando a guarda compartilhada sob o enfoque do pátrio poder, conceituando-a e definindo sua evolução, bem como seus aspectos legais e polêmicos que impossibilitam sua disseminação no Brasil.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Instituto do Direito da Família; Imposição do Estado; Princípio da Autonomia da Vontade

ABSTRACT

This paper aims to answer the following question: Does the imposition of custody shared by the magistrate constitute undue intervention of the State in the Family Entity? The article deals with the intervention of this family entity, when imposing shared guard action, in order to achieve the objectives will be used dogmatic theoretical research, considering that doctrinal concepts and jurisprudence will be approached to equate the problem presented in the attempt to create a solution to the conflict. The knowledge sectors covered by the present research have a transdisciplinary character contained among different fields of Law Science, such as Civil Procedural Law and Constitutional Law, approaching shared custody under the power paternity approach, conceptualizing it and defining its evolution, as well as its legal and controversial aspects that make it impossible to spread in Brazil.

Keywords: Shared Guard; Institute of Family Law; Imposition of the State; Principle of the Autonomy of the Will

¹Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. E-mail: adv.silvionegrini@gmail.com

²Advogado, Mestre em Direito Civil Constitucional, Professor Universitário. E-mail: ademircostalunga@gmail.com

³Advogada, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professora Universitária. E-mail: mriosmartins@terra.com.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa até onde o Estado intervém na entidade familiar, quando da imposição da ação da guarda compartilhada, contextualizando sua admissão pela doutrina e jurisprudência visando à responsabilidade dos guardiões da família, que são autoridades parentais conferidas, que tem o desejo da continuação de um relacionamento com os filhos, mesmo com a família fragmentada. A pesquisa analisará o instituto da guarda compartilhada, abordando primeiramente o conceito de família e do poder familiar, bem como o papel do Estado na segurança da família e na intervenção dessa.

A temática abrangerá a utilização da guarda compartilhada imposta pelo magistrado, quando interposta em face de decisões interlocutórias que não tem previsão expressa na doutrina brasileira, mas pode ser fixada por tribunais pátrios, sempre que o relacionamento do casal, posteriormente a separação, for de embate não havendo concordância.

Além disso, foi realizada uma análise das legislações utilizadas no Brasil, bem como o posicionamento de estudiosos do tema, a fim de responder à seguinte pergunta: A Imposição da guarda compartilhada pelo magistrado configura intervenção indevida do estado na Entidade familiar?

O presente tema de estudo apresenta grande relevância social, visto que a sociedade está cada vez mais dinâmica, exigindo prestação jurisdicional célere. Assim, as questões levantadas trazem enormes benefícios, buscando um entendimento comum que favoreça ambas as partes envolvidas, dando maior ênfase ao menor, que é a parte de melhor interesse.

A relevância jurídica também se faz presente, pois a família não tem capacidade de resolver seus problemas sozinha, e pelos operadores do direito não terem uma opinião comum formada sobre o tema, havendo divergências de entendimento na doutrina, acaba por multiplicar o número desse tipo de ação nos Juizados, sem uma definição que traga isonomia, tanto para os genitores quanto para a criança,

objeto da ação proposta. O entendimento dos próprios relatores da Turma Recursal não é pacífico, portanto, acaba gerando insegurança jurídica para a sociedade.

Tendo em vista a grande exposição que vem causando na doutrina, com diversas opiniões divergentes, o assunto possui uma observância tamanha, pois a ação de imposição da guarda compartilhada pelo Estado na família desfeita, interfere além dos limites estabelecidos, pois esta ação pode até resolver momentaneamente o problema da criança, mas, posteriormente causa um problema ainda maior no tocante aos genitores, que como guardiões da família, cabendo a eles o cuidado e segurança do menor incapaz, na obrigação de conviverem, com a família dissolvida e sem um acordo comum, acabam por agravar a situação, criando embates significativos entre os responsáveis, que não se entendem com a separação conjugal e seus percalços, trazendo assim dissensões por serem obrigados a tal ato, com consequências muitas vezes fatais.

No campo do Direito Processual Civil, destaca-se o enfoque aos meios de impugnação de decisões judiciais (recursos e sucedâneos recursais) e o rito especial dos Juizados Especiais Federais, em se tratando do Direito Constitucional, destaca-se a referência à garantia fundamental pautada no âmbito da guarda compartilhada e os limites da imposição do Estado na família.

O presente artigo não visa encontrar uma solução para essa gama de problemas que vem sendo enfrentados pela família brasileira, pois seria uma pretensão tamanha, mas visa demonstrar que existem outras atitudes que podem e devem ser tomadas no âmbito jurídico e familiar que venha a ajudar a instituição familiar, na intenção do fortalecimento dos laços familiares, mesmo que a situação conjugal dos genitores não seja mais a mesma, formando assim pais maduros e bem estruturados, trazendo a harmonia, parceria e tranquilidade necessária para o desenvolvimento psicossocial do menor hipossuficiente.

O artigo está dividido em três capítulos, sendo o primeiro intitulado "A Família e suas Modalidades", no qual se abordou o conceito e as características desse

instituto na história; analisando as mudanças ocorridas no decorrer dos tempos, relatando a família na idade antiga, média, moderna e contemporânea e relacionando a pluralidade dos modelos de família existentes. O segundo capítulo aborda sobre a formação do Estado e suas teorias, o surgimento da interferência estatal na família e a limitação do seu poder no instituto. O terceiro e último capítulo tem como enfoque a guarda compartilhada e suas modalidades, fazendo uma correlação entre os temas até então apresentados, abordando a impossibilidade do ajuizamento da ação em face de decisões interlocutórias nos Juizados Especiais, versando sobre a instituição familiar como um todo, a previsão constitucional deste *rito*, dando enfoque às decisões judiciais quanto a guarda compartilhada imposta no âmbito dos Juizados Especiais Federais, devido essa ação do Estado ser indevida na família em desfalecimento, por interferir além dos limites estabelecidos para sua intervenção familiar.

1 A FAMÍLIA E SUAS MODALIDADES

Na antiguidade, as famílias eram fundadas a partir da figura paterna, isso antes mesmo de Cristo nascer. Os poderes conferidos ao patriarca eram de posse total, onde o “dono” da família podia até mesmo chegar a vender seu próprio filho, se assim o quisesse, pois era uma propriedade dele, o que à época era perfeitamente “normal”, já que a família também era propriedade do “dono” dela, ou seja, o pai de família.

Entretanto, há quase 5.000 (cinco mil) anos atrás na história da humanidade, a família foi se modificando, tornando-se mais democrática, mais participativa e mais igualitária, até que o panorama do poder familiar, foi se desfazendo, saindo do *pater familias* e tornando-se uma sociedade conjugal, onde a figura da mãe começa a ter seu papel definido. Há mais ou menos 100 (cem) anos atrás, uma revolução se fez dentro do seio administrativo familiar, e tanto a família quanto o próprio Estado, que se fez necessário à época, para controlar o poder do patriarca sobre sua propriedade, não se encontravam aptos para gerir e amparar essa nova configuração familiar, com tantas coisas novas, sendo a configuração original suscitada pela própria sociedade, que buscava a democratização na relação entre seus entes familiares. Para avaliarmos os aspectos históricos da família e sua

evolução na história da sociedade até a contemporaneidade, far-se-á necessário a divisão do tempo em idade antiga, média, moderna e contemporânea para melhor compreensão. (BRASIL, 2017)

1.1 IDADE ANTIGA

Entre (4000 a.C. a 3500 a.C.) se compreende a idade antiga, e o pátrio poder vindo do Direito Romano, onde todo o poder familiar ficava a cargo do pai de família, atingindo a esposa, os filhos chegando até aos escravos, que eram de sua propriedade. Sobre isto diz Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles:

Os poderes conferidos ao chefe de família não eram puramente domésticos, havendo uma unidade política, religiosa e econômica. Daí se extrai a amplitude e soberania do poder patriarcal em Roma, onde o pater famílias exercia, exclusivamente, para si e em seu proveito, as funções de sacerdote, de juiz, de chefe e administrador absoluto de seu lar. (SALLES, 2001)

Era conferido ao *pater família* direitos que estavam além da administração familiar, a família era de propriedade dele, que a tinha como um bem, podendo se o quisesse, vender seus filhos ou determinar sua vida ou morte.

1.2 IDADE MÉDIA

Chegando a Idade Média, com o fim do Império Bizantino e grande influência do Cristianismo, a concepção familiar tomou novos moldes. O pai não obtinha mais todo o poder, continuava chefe de família, mas sua figura descentraliza, passando a ser o provedor das necessidades familiares e a mãe, até então ignorada, ganha voz e visibilidade, tendo seu papel no que concerne à educação dos filhos. (BRASIL, 2017)

Essa nova configuração familiar, só se tornou realidade depois de muitos séculos, tendo o poder paternal ainda um efeito total na relação familiar concernente aos filhos até a sua emancipação.

1.3 IDADE MODERNA

Neste período compreendido entre os séculos XV e XVIII, o poder familiar ainda concentrado na sua figura do pai, era eminente, porém o conceito familiar ia cada vez mais se transformando, surgindo à sociedade família, trazendo consigo muitas maleficências, como a delinquência infantil ou juvenil, tendo um impacto gigantesco na sociedade, que não tinha a proteção necessária do Estado, o qual para a justiça, as crianças/adolescentes não eram sujeitos de direito e, portanto deveriam ser julgados pelo poder familiar, que a esta altura estava em processo de desfalecimento. (BRASIL, 2017)

Com essa deficiência de proteção de ambas as partes, muitas destas crianças e jovens eram acolhidas pela igreja, em instituições próprias destinadas a esse fim, no intuito de fornecer os valores que lhes foram cerceados ou mal repassados por seus genitores, seja por negligência ou omissão.

1.4 IDADE CONTEMPORÂNEA

Em nossa era, o poder familiar de gerir, administrar e sustentar a família, na pessoa do pai, fundamentada no casamento, não existe mais, se conservou assim até meados do século XX, a partir daí o clamor social surge comandado pela família que precisava do Estado para ditar os limites da ação paternal sobre seus filhos, que até então ainda obtinha o domínio do pátrio poder sobre seus filhos. (BRASIL, 2017)

Este período é compreendido entre o final do século XVIII até os dias atuais.

1.5 PLURALIDADE DE MODELOS DE FAMÍLIAS

A Constituição Federal elenca três modelos de famílias, que não encerram numerus clausus, pois se acolhe outros modelos na atual Carta Magna, suprimindo assim a clausula de exclusão das constituições anteriores que entendia a constituição familiar apenas pelo casamento. (BRASIL, 1988)

Flavio Tartuce preceitua que o conceito de Direito de Família atualmente responde como um ramo do Direito Civil, tendo como base de estudos “os institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda relacionado ao Direito Privado, acrescentando a esse conteúdo, a investigação contemporânea das novas manifestações familiares”. (TARTUCE, 2017)

Sendo estes os institutos estudados pelo Direito de família.

Maria Berenice Dias diz que a constituição Federal, diante do pluralismo do conceito das relações interpessoais, da supremacia da dignidade da pessoa humana unido ao princípio da igualdade e da liberdade, bem como do resgate do ser humano como sujeito de direito, entendeu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares que não seja o casamento. (DIAS, 2010)

A constituição Federal menciona a união estável e a família mono parental, mas são tipos exemplificativos, já que atualmente a visão pluralista da família, vem obrigando os mais diversos arranjos familiares, diferenciando-se por diversos aspectos e não mais pela celebração do casamento ou diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual.

As espécies familiares não podem ser taxativas, já que cada vez mais vem existindo várias possibilidades de formação. O renomado estudioso e historiador Dimas Messias de Carvalho, em seu livro “Direito das famílias” classifica as seguintes espécies familiares existentes na atualidade: a) Família Matrimonial; b) Família Convivência (União Estável); c) Família Mono parental; d) Família Homo afetiva; e) Família Natural, extensa ou Ampliada e família Substituta; f) Família Adotiva; g) Família Ana parental; h) Família Pluri parental ou Mosaico; i) Família Eudemonista; j) Família Multiparental; l) Família Paralela, Simultânea ou Uniões Dúplices; m) Família Online ou Ifamily e n) Família Ecto genéticas. (CARVALHO, 2017)

2 FORMAÇÃO DO ESTADO E SUAS TEORIAS

A primeira vez em que o termo “Estado” foi utilizado foi na obra de Nicolau Maquiavel, historiador, que escreveu o livro, “O Príncipe”, de 1513. A expressão foi admitida nos séculos XVI e XVII pela França, Inglaterra e Alemanha, mas o Estado só foi indicado como uma sociedade política no século XVI, onde muitos historiadores entendem que somente após este século a figura do Estado se faz, antes não. (CALEGARI, 2010)

Essa obra de Maquiavel foi um tratado político que serviu como base para modelar a estrutura governamental dos tempos modernos.

A formação do Estado se faz por uma sociedade política dotada de características próprias e elementos essenciais bem definidos, os quais são: o povo, o território e a soberania. O povo é o elemento humano, um conjunto de pessoas que mantêm o vínculo jurídico-político, sendo parte integrante deste; o território é o elemento material, ou seja, o espaço onde o estado exerce a sua supremacia sobre pessoas e bens; a soberania, obtendo vários conceitos, se manifesta em duas linhas: no sentido político, como poder incontrastável do querer coercitivo e fixador de competências e no sentido jurídico, onde tem o poder de decidir em última instância. (ENGELS, 1980, p. 102)

Engels define o Estado como a única instituição capaz de possibilitar aos donos do poder econômico a concentração cada vez maior de riquezas.

Existem numerosas teorias sobre o momento da constituição do Estado, a permanente discussão doutrinária sobre o momento exato do surgimento do Estado decorre de se foi antes ou depois da organização do homem em sociedades e as causas que fizeram com que eles agissem nesse sentido. Contudo, os estudos apontam em paralelo, dois tipos de formação: a originária e a derivada. A originária parte dos agrupamentos humanos ainda não organizados e a teoria da formação derivada seria de onde vem a formação de novos Estados a partir dos que já existem. (ENGELS, 1980, p.102)

Neste viés, os adeptos da teoria da formação originária classificam-no em dois grupos: A Teoria da Formação Natural onde o Estado formou-se naturalmente não sendo impulsionado por um ato voluntário do homem, sendo esta corrente denominada de “não contratualista” e a Teoria da Formação Contratual que sustenta que o Estado teria sido criado pela manifestação volitiva dos homens, face às dificuldades crescentes de convivência em sociedade e a complexidade dos problemas e conflitos de interesses que existiam às sociedades da época.

Na formação derivada do Estado, os principais exemplos são os de fracionamento, onde uma parte do território original do Estado é rompida, encontrando uma relação de força e dominação, em uma origem em atos de força, de violência ou de conquista, onde grupos sociais mais fortes conquistavam e subjugavam os mais fracos, valendo-se do poderio militar, através da guerra como principal arma, dominando os povos menos desenvolvidos, assumindo o controle total sobre suas terras e riquezas naturais, formando assim um ente estatal totalmente independente do estado original, sendo visível este processo nos territórios coloniais que adquiriram independência política e financeira das antigas metrópoles. (ENGELS, 1980 p.158)

Ainda sobre teorias da formação originária do Estado, Engels continua com a seguinte informação:

Essas são as principais teorias sobre a formação originária do Estado, sendo elas contratualista ou não, existindo ainda uma terceira que fundamenta a formação do Estado em uma origem econômica e a quarta teoria que adere à teoria não contratualista, onde afirma haver uma origem no desenvolvimento interno da sociedade, onde somente uma sociedade com um grau mais elevado de desenvolvimento poderia real e irrefutavelmente criar o Estado, sendo um órgão controlador das condutas sociais e defensora da paz social. (ENGELS, 1980. p.159-160)

Na clássica obra de J. J. Rousseau, *Do Contrato Social*, o célebre escritor fala sobre a formação do Estado e suas abrangências:

A mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a da família. As crianças só ficam ligadas ao pai pelo tempo necessário à sua conservação. Tão logo cesse tal necessidade, dissolve-se o laço natural. Os filhos, liberados da obediência devida ao pai, o pai desobrigado dos cuidados que devia aos filhos, retoma todos igualmente a sua independência. Se continuarem unidos, não será mais naturalmente, será voluntariamente, e a família só conservará por convenção. (ROUSSEAU, 2003)

Assim, após breve exposição da definição de Estado, com as teorias de surgimento e evolução que preceitua os historiadores e estudiosos, passamos a questionar seu papel na vida do cidadão e na sua vida familiar.

2.1 SURGIMENTO DA INTERFERÊNCIA ESTATAL NA FAMÍLIA

No começo do século XX, várias transformações políticas e guerras envolviam a humanidade e a sociedade buscava mais liberdade, mais direitos assegurados pelo Estado e modificações que removiam e/ou abalavam as estruturas da família tradicional, que era firmada por costumes rígidos por parte das tradições familiares. Os governos totalitários e inconsequentes geravam atrocidades, que fizeram com que a sociedade se inflamasse buscando ardente por mais direitos individuais. (DIAS, 2010, p. 55.)

Marcado pelas guerras mundiais, sendo a primeira de 1914 a 1918 e a segunda de 1939 a 1945, este século teve um período muito conturbado, onde várias mulheres se tornaram “donas” de suas famílias, tendo seus maridos ausentes, servindo o país na guerra, onde muitos nem voltaram, fazendo com que elas adquirissem a administração familiar definitiva. No término da segunda grande guerra, veio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, que em seu preâmbulo trazia:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão.” (BRASIL, 1948)

No Brasil, com o início do século XX, houve vários clamores sociais no sentido de mudar a configuração familiar até então sustentada pelo poder patriarcal. Por volta

da década de 20, a crise econômica mundial se agravou e os clamores de mudanças ficaram mais frequentes clamores, fazendo com que o Estado venha a desempenhar um papel mais social no âmbito familiar. (GONÇALVES, 2013)

Havia a necessidade de igualdades materiais e formais entre os entes familiares, pois já não se admitia a dependência dos filhos ao comando do pater, que escolhia suas profissões e casamento. Neste último, a mulher era obrigada a conduzir sua vida até a morte de seu consorte, e em não sendo, era marginalizada, obtendo o título de mulher sem princípios, indigna e sem direitos sociais, que como mulher separada tinha a condição de um título pejorativo. (GONÇALVES, 2013)

Com o tempo e a modernização familiar foi necessário a interferência do Estado.

O Estado então começou a operar em duas frentes, dava mais autonomia no relacionamento familiar entre os pais e concentrava suas forças na relação pais e filhos. A religião sustentava a força do Estado e interferia diretamente e imperativamente. Os casamentos eram indissolúveis, e quando ocorria de se desfazerem, o rastro de união deixado não podia ser suprimido, não existia a possibilidade de separação, pois o Código Civil de 1916, não chancelava a figura do divórcio, e o casamento eterno era o mais relevante, sobrepujando os interesses e sentimentos de seus membros. Os membros familiares só puderam se separar quando o Estado criou a Lei 6.515/77, conhecida como a lei do divórcio, que transferia para os membros constitutivos da família, o direito de se manterem ou não no relacionamento. Sendo, depois, amparadas mais fortemente pela Constituição Federal de 1988, que foi promulgada depois que foram implantadas diversas políticas assistencialistas na intenção da proteção contra a arbitrariedade nos anos 70 e 80, sendo por muitos considerados como uma Constituição Cidadã.

A Constituição foi extremamente protetiva, pois o período negro vivido em nossa história estava terminando, e o povo já muito castigado, necessitava de ações que resgatassem sua autoestima e que os defendessem dos arbítrios governamentais. (GONÇALVES, 2013)

O Estado então passou a tutelar e intervir cada vez mais na vida particular das pessoas e a Constituição passou a reger seus princípios sobre a vida privada dos cidadãos.

2.2 O ESTADO, A FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em seu artigo 226, a Constituição Federal traz a importância da família: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. (BRASIL, 1988) Neste *ínterim*, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social diante das diferenças regionais de cada localidade. O instituto do Direito da família e a sociabilidade devem ser aplicados, assim como ocorre em outros ramos do Direito Civil.

A família ao decorrer dos anos obteve muitas mudanças, sendo bastante atingida e segundo Sarti a “tradicional autoridade patriarcal e a divisão de papéis familiares, foi modificando substancialmente as relações entre pais e filhos no interior da família”. (SARTI, 2000)

A família continuou a ter mudanças significantes, definindo cada vez mais os papéis dos entes familiares.

Neste contexto, Jutkoski diz que “a autoridade paterna vai se modificando tanto com relação aos filhos como em relação à esposa que com sua entrada no mercado de trabalho causa modificações na estrutura familiar, que aos poucos deixa de ser hierarquizada para tornar-se igualitária”. (JUTKOSKI, 2009)

Segundo o art. 1.513 do Código Civil “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família. Este princípio se relaciona diretamente com o princípio da autonomia privada.

Entretanto, a leitura do artigo do código civil supracitado, deve ser feita com muito cuidado, pois, o sentido real do texto legal, versa sobre o Estado ou mesmo um ente privado não poder intervir coativamente nas relações de família, mas, pode

o Estado incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas, ou seja, a intervenção é parcial, mas existe. (TARTUCE, 2006)

Neste contexto, verifiquemos outras considerações sobre o assunto abordado:

Tudo isso consagra o princípio da não-intervenção, entretanto este princípio deve ser analisado frente a outros, caso do princípio do melhor interesse da criança elencado nos artigos 227, caput da CF/88 e artigos 1.583 E 1.584 do Código Civil. O princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família. A autonomia privada é muito bem-conceituada por Daniel Sarmiento como o poder que a pessoa tem de auto regulamentar os próprios interesses. (TARTUCE, 2006, p. 10)

Na Constituição Federal de 1988, elenca que o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Em reforço, o art. 3º do próprio ECA prevê que

A criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

Conforme preceitua Sílvio Rodrigues, o poder familiar “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. Portanto, há de convir que caiba precipuamente à família a criação, educação, amparo, defesa, guarda e cuidados para com os filhos. (RODRIGUES, 1960)

Neste viés, o princípio da autonomia da vontade preconiza que “toda pessoa capaz tem a liberdade de praticar negócios jurídicos lícitos e de definir seu conteúdo”. Autonomia da vontade é um princípio que tem suas bases na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX. Marcada por uma ideologia individualista, onde o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre

e respeitada pelo Estado. A ideologia desse momento histórico era a da intervenção mínima do Estado na esfera do particular. O homem tinha plena liberdade para realizar negócios jurídicos, sendo livre para fixar o conteúdo desses negócios e escolher com quem contratar, ou seja, o homem tinha plena liberdade contratual. (GALVÃO, 2015)

Esse princípio, historicamente, é um dos pilares do direito privado, no qual a palavra autonomia deriva do grego e significa “competência para determinar-se por si mesmo”. Quanto ao vocábulo vontade, Érico de Pina Cabral diz “que o termo vontade tem origem latina volutas, que significa um desejo, o ato de querer: vontade é a faculdade que tem o ser humano de querer, escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar determinados atos”. (CABRAL 2004, p. 90,91)

Segundo Maria Helena Diniz o conceito do princípio da autonomia da vontade é “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”. (DINIZ 2011, p. 40.41)

Clóvis do Couto e Silva reafirma o conceito como: “A possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criarem, associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade”. (SILVA, 1976, p. 17)

O ordenamento jurídico brasileiro tem como norma hierárquica superior a Constituição Federal, onde todos os demais diplomas normativos devem observar e prestar-lhe a devida obediência, tanto em caráter formal quanto no material, sob pena de resultar em inconstitucionalidade, caso vá de encontro ao que ela preleciona. Neste sentido todas as questões relacionadas à organização familiar e a dar total atenção a este instituto, estão descritos no capítulo sobre a família nos artigos 226 a 230 da nossa Constituição Federal.

A nossa Constituição Federal de 1988 afastou a doutrina da situação irregular que existia, e colocou a infância e juventude como prioridade absoluta dentro do Estado de Direito Brasileiro. O Art. 5º do diploma jurídico (ECA) dispõe que

"nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência". A negligência pode causar ao menor um comprometimento físico e mental, o que afronta à premissa fundamental do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3.º, que é a "proteção integral". Dessa forma, crianças e adolescentes passaram a serem sujeitos de direitos, tendo seus direitos fundamentais observados tornando-se cogente não só da família na qual estão inseridos, mas também para o Estado e a sociedade. (BRASIL, 1988)

Quanto ao poder familiar, conceitua José Faria Tavares:

Quaisquer filhos, enquanto menores, estão sob o regime do que a lei denomina pátrio poder, e que atualmente se consubstancia em uma carga de deveres com muito mais peso que os poderes, estes mitigados com a evolução do Direito de Família. Tanto que se aceita como consentânea com a realidade social hodierna a denominação de pátrio poder-dever. (TAVARES, 2001, p. 52)

Maria Berenice reforça o entendimento sobre a responsabilidade decorrente do poder familiar, precipuamente quando afirma que:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família". (DIAS, 2010, p. 414)

No art. 1635 do Código Civil de 2002, estão elencados às hipóteses da perda do poder familiar, autorizando a intervenção do Estado na entidade familiar em algumas situações onde o Estado é necessário, ao passo que em outras situações, a interferência do Estado pode ser nociva.

2.3 LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL

O limite para atuação estatal precisa versar na liberdade pessoal do ser humano, onde o respeito nas decisões e a dignidade da pessoa humana, a respeito das decisões tomadas e suas convicções pessoais venham proporcionara a felicidade, bem com a vida digna.

Conforme preceitua Maria Berenice Dias, no seu artigo “A nova lei do divórcio e a felicidade”, finalizando com as seguintes palavras:

Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança que se avizinha talvez seja o fato de que o Estado acabar uma injustificável interferência na vida dos cidadãos. Enfim passa a respeitar o direito de todos de buscar a felicidade que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim (DIAS, 2017)

Neste sentido Pontes de Miranda, enfatiza sobre o poder do pai sobre a educação do filho, assinalando sobre os direitos paternos:

O pai não poderia bem prover a educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixar-lhes as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher, etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do seu pai. (GONÇALVES, 2012, p. 422)

Destarte, o grande desafio aos legisladores, aos juízes e aos cientistas do Direito é encontrar o ponto de equilíbrio na estrutura do poder familiar e na intervenção Estatal, principalmente no que concerne ao poder de educar suas proles, tendo um senso comum de proteção e segurança, no momento da fragmentação da família.

3 GUARDA COMPARTILHADA E SUAS MODALIDADES

A guarda de outrora era exercida pelo poder familiar, não sendo a única, nesta modalidade, existindo a guarda fora do âmbito familiar, tratada nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente da Lei 8.069/1990, sendo alguns comandos alterados pela Lei 12.010/2009, que é a nova Lei da Adoção, portanto, cabe salientar que esta lei trouxe importantes inovações no que diz respeito à família substituta, que pode ser aplicada além da adoção, a guarda.

Cláudia Tannuri, Defensora Pública, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, diz que:

O termo guarda está caindo em desuso, devido a essa denominação remeter à ideia de coisificação, colocando o filho como objeto e não como sujeito de direito, e “não se coaduna com a perspectiva de diálogo e troca entre os genitores na educação e formação da prole”. Ela explica que está sendo mais utilizado, inclusive, compartilhamento de responsabilidades, em vez de “guarda compartilhada”. Com efeito, nesse modelo, há responsabilização e exercício conjunto de deveres e

direitos em relação aos filhos. Trata-se de uma postura em que o pai e a mãe são igualmente importantes na vida dos filhos, na sua formação e desenvolvimento. (TANNURI, 2012)

Segundo comenta Tartuce (2017, p. 704), de imediato prescreve o art. 28 do ECA que guarda é uma das formas de colocação da criança e do adolescente em família substituta, possível quando a família por algum motivo, “desintegra-se, colocando em risco a situação de crianças e adolescentes”

O instituto legal da guarda está previsto nos artigos 1583 e seguintes do Código Civil e, em especial nos artigos 33 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este instituto jurídico possui três modalidades: guarda unilateral, guarda alternada e guarda compartilhada.

A guarda Unilateral é a que tem previsão legal podendo somente ser fixada se não possível a compartilhada, está prevista no artigo 1.583 do Código Civil, e é “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, cabendo ao juiz atribuir a guarda ao genitor que possuir melhores condições de proteger os direitos da criança e do adolescente.

A guarda Alternada é uma criação doutrinária e jurisprudencial, pois não há previsão deste instituto no código civil, que prevê apenas a guarda unilateral ou a guarda compartilhada. Ela se dá na alternância de residências, o menor então, teria duas residências, permanecendo uma semana com cada um dos pais.

A guarda compartilhada instituída pela Lei 11.698/08, é quando os pais são separados, divorciados ou com dissolução de união estável, e ambos detêm a guarda jurídica dos filhos, sendo que a guarda física pode ou não ser alternada. Ainda sobre a guarda compartilhada, que é o foco da pesquisa, preconiza o artigo 1.583, § 1º, do Código Civil “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”.

Destarte, a Lei Especial não foca o direcionamento aos pais e mães que tem um relacionamento pós separação de forma responsável, civilizada e madura, pois

esses não precisam do judiciário para estes fins, o foco é totalmente voltado àqueles que não se entendem como casal, nem como pais separados, estando confusos para resolução de problemas parentais e seus distintos papéis. (NIOAC DE SALLES, 2001)

Em se tratando especificamente de guarda compartilhada, que é o nosso tema principal de estudo, o Código Civil traz disposições importantes sobre o tema, a qual na dissolução do casamento na atualidade tem trazido enormes problemas para o Estado. Este instituto está previsto nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil, o qual foram modificados pela lei 11.698 de 13/06/2008, entrando em vigor sessenta dias após sua publicação, a qual houve nova alteração por meio da Lei 13.058 de 23/12/2014, originário do projeto de Lei 13.058, denominada “*Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*”.

Assim, com a nova lei da guarda compartilhada obrigatória, o tempo de convívio com os filhos deve ser igualmente dividido entre os pais, tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, sendo os critérios antes mencionados no art. 1583, § 2º retirados da codificação privada, o qual Tartuce entende sua retirada como um retrocesso, em razão que os critérios que constavam na lei anterior eram salutares. O autor entende que, para se fixar a guarda compartilhada é necessário o mínimo de convivência pacífica, sendo o contrário, totalmente inviável sua efetivação. (TARTUCE, 2017)

A guarda, enquanto desdobramento do poder familiar é fixado nas hipóteses de ruptura da união conjugal, sendo o instituto jurídico onde se atribui a uma das partes, ou as duas individualmente, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento do filho menor, hipossuficiente. (CARVALHO, 2017)

A imperatividade da legislação resguarda o direito dos filhos e não dá amparo aos estigmas “pós separação” focando em ambos os pais; neste contexto, o foco é sempre os filhos.

3.1 A IMPOSIÇÃO DO ESTADO COM A GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA.

A doutrina demonstra uma tendência interventiva cada vez maior na intimidade familiar, se preocupando em modificar os conceitos de bom e mau, pilares que a história da humanidade sustentou em detrimento da moral íntima de cada ser socialmente inserido. O destempero dos pais de maneira nenhuma pode vitimar os filhos. Distinguir os vínculos e as obrigações dos genitores é um passo importantíssimo para os operadores dessa área do direito, pois a falta de discernimento de pais, juízes, promotores e advogados pode ser uma sentença de morte para crianças e adolescentes. (DIAS, 2013, p. 125)

Entretanto, entende-se que essa intervenção não deve ser uma regra, precisa haver formas de consenso que não venham a ferir o princípio da autoridade da família ou o princípio da autonomia da vontade, ambos os institutos do ordenamento jurídico. O princípio da autoridade era o que norteava a organização da família na Roma antiga, tendo o pai como figura central, exercendo o poder total sobre os filhos e a mulher, sendo esses considerados sua propriedade, o que mais tarde foi se modificando com a modernização e as transformações que a família foi sofrendo na sociedade, onde a mãe teve seu papel reconhecido, sendo atualmente ambos os genitores responsáveis pelo menor hipossuficiente. O direito de família é matéria constitucional em seus artigos e regula as relações pessoais entre os cônjuges, entre ascendentes e descendentes, entre parentes em linha reta e disciplina as relações patrimoniais desenvolvidas no seio da família, que se passam entre cônjuges, pais e filhos, tutor e pupilo, assumindo também a direção das relações pessoais, patrimoniais e assistenciais, sendo este os três ramos de sua atuação.

Neste sentido, Clóvis Beviláqua preceitua:

Direito de Família são o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. (BEVILÁQUA, 1976)

Complementando Carlos Roberto Gonçalves enfatiza:

O direito de família é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. (GONÇALVES, 2012, p.267)

O Código Civil de 2002, trouxe alterações buscando preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo à família um tratamento mais atual, onde são atendidas as necessidades dos filhos e considerado a afeição entre cônjuges ou companheiros.

3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Existem diversas teorias que explicam a autonomia da vontade, dentre todas, a que se destaca é o pensamento de Kant, onde diz que esta seria “a faculdade de dar a si mesmo sua própria lei”. Dessas teorias surgiu a noção de individualidade do direito contemporâneo, onde o indivíduo passa a ter importância para o direito, obtendo a valorização dos seus direitos fundamentais, que incidem sobre os direitos individuais.

Nesse contexto, cabe salientar o disposto no Art. 5º da Constituição Federal, que versa sobre as garantias individuais, dentre as quais, o direito à liberdade, senão veja-se:

Art.5º -Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (BRASIL, 1988)

O impasse vivido nas varas especializadas sobre a imposição da guarda familiar precisa ter contrapeso de rápido efeito para que no futuro os filhos não se tornem adultos com as vidas emocionais, psicológicas e profissionais comprometidas.

Destarte, o Estado cada vez mais dita às normas de ação dos pais, sem em contrapartida, dar-lhes os subsídios necessários e/ou mínimos para que possam exercer bem gerencia de sua família, sendo suficientemente maduros para decidir no que é melhor para seus filhos.

A imposição do Estado na família somente é bem-vinda, quando for por medida protetiva, considerando o atual momento em que vive a família, sofrendo inúmeras

transformações ao longo dos séculos em face dos avanços das ciências e das novas tecnologias. No entanto, esta imposição não deve ser regra e sim uma exceção, sendo um mecanismo de última instância, não pode ser simplesmente uma guarda alternada, deve ser aplicada quando todos os recursos criados pelo Estado para o bem-estar da família estiverem se esgotado, aí assim o Estado estaria cumprindo seu papel, sem interferir diretamente na instituição familiar. Para isto deve haver políticas públicas que visem cuidar da família em crise, prevenindo assim possíveis rachaduras, que podem vir a ser desfalecimento total, o qual, mesmo assim não se alcançando o intento desejado, o Estado intervém com mão forte no sentido de cuidar do melhor interesse da criança, primordialmente colocando em prática todos os recursos formulados, para então, como último recurso, a aplicação da imposição da guarda compartilhada, a qual este autor, entende indevida, mas necessária nos casos em que julgar procedente.

Neste sentido, segue abaixo julgados para exemplificar o conteúdo proposto:

Guarda compartilhada.

Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitiva em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de vista. Apelo provido." – Apelação Cível Nº 70005127527 – 8ª Câmara Cível – rel. Des. ANTÔNIO CARLOS STANGLER PEREIRA. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2003)

O julgado supracitado, entendeu a guarda compartilhada descabida, devido a não haver diálogo entre os genitores, sendo o divórcio litigioso. Tanto nessa ou em qualquer modalidade de divórcio, o Estado não pode simplesmente desprover o recurso de tal ação, ele precisa propor outras ações, que sejam eficazes e que façam com que o consenso entre os genitores sobre todos os aspectos da vida da menor, seja visto como prioridade.

Maria Berenice Dias preconiza a pluralização das responsabilidades dos genitores e a manutenção dos laços de afetividade, que podem ser salvos, diante da ruptura conjugal dos pais:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam

presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (DIAS, 2010, p. 432)

Neste viés continuemos analisando ação de fixação/modificação de guarda devendo ser intentada no domicílio da menor, já que é o foro competente. Temos:

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO.

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho.
2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.
3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. Apelação Cível Nº 70 005 760 673 – 7ª Câm. Cível – rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2003)

Ainda neste sentido:

Ação de guarda de menor. Guarda compartilhada. Relação conflituosa entre os genitores. Impossibilidade. Risco de ofensa ao princípio que tutela o melhor interesse do infante. Procedência do pedido. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 227 da Constituição da República e artigos 1583 e 1584 do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 11-698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos. (TJMG. Apelação Cível n. 10775.05.004678-5/001/ Coração de Jesus, 5ª CAM. Cível, rel. dês. Dorival Guimarães Pereira. (MINAS GERAIS, TJMG, 2008)

Neste contexto, entende-se que a interferência do Estado é necessária em caso de genitores irresponsáveis, individualistas e imaturos, que não se importam com o menor, parte mais fraca, estando fixados em si mesmos na situação familiar em curso, pois a imposição da guarda compartilhada muitas vezes não configura melhor solução, por não ser o melhor para a criança. Assim, deve-se então,

conforme já preconizado, criar políticas públicas que venham a socorrer a família, que é a base da sociedade, cabendo ao Estado amparar a construção das condições básicas, para que as famílias possam conviver harmoniosamente na criação e educação de seus filhos, sem a interferência direta do mesmo.

Neste sentido, com a imposição, o Estado fere os princípios constitucionais, quando do princípio da vontade, onde as partes devem estipular livremente, mediante acordo de vontade, sendo este, um dos pilares do direito privado, a fim de se chegar à decisão proposta que é o melhor bem do menor.

Todavia, a lei 13.058/2014 confirmou a forma anterior de julgar, a impositiva, o que pode trazer muito mais problemas do que solução. Destarte, José Fernando Simão (2016) diz que:

Mesmo com esta modificação legislativa, a obrigatoriedade não se fará, pois os julgados mais recentes, tem se firmado no sentido jurista de que a guarda compartilhada deve atender no caso concreto o melhor interesse do menor, sendo a unilateral no caso de grandes desentendimento dos genitores, como por litígios ou de convergências insolúveis, a melhor solução, ficando afastada a regra do código civil que cede diante do princípio constitucional, onde José Fernando entende que “a lei não é a solução do problema e o magistrado precisará recorrer ao preceito constitucional para não segui-la. (TARTUCE, 2017, p. 276).

Salientando ser esta a posição seguida pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.417.868/MG, em 2016.

CONCLUSÃO

O menor deve ser protegido pela família, sociedade e Estado, para que possa desenvolver-se como indivíduo e participar da sociedade com capacidade de perceber-se como cidadão. Sendo a guarda pactuada, compartilhada, todas as obrigações e deveres concernentes ao seu exercício, devem ser executados por ambos os genitores, sem necessidade de previa estipulação de visitas, razão pela qual muitas vezes seja imperioso que haja harmonia e diálogo entre as partes, sendo de total necessidade que isto ocorra.

Devem-se trazer políticas públicas que condicionem amparo das famílias, quer seja no sentido material como no sentido social, com programas de governo eficazes, voltados principalmente às famílias com desacertos familiares entre filhos, estando estas na fase de crise eminente, para que assim, possa prevenir futuros e maiores problemas para o Estado, onde a responsabilidade dos genitores, guardiões da família, autoridades parentais conferidas, tenham o desejo da continuação de um relacionamento com os filhos, mesmo com a família fragmentada, sendo pais maduros e responsáveis, independente da opção no ato do rompimento conjugal, causado muitas vezes pelas necessidades básicas da vida, do mínimo existencial, que são por direito, garantias da constituição e dever do Estado.

Os fragmentos desta ruptura, não podem fazer sofrer o menor hipossuficiente, e sim trazer para o mesmo a segurança necessária neste momento delicado que a família atravessa, onde busca-se entendimento comum que favoreça ambas as partes envolvidas, dando maior ênfase ao menor, que é a parte de melhor interesse. Cabe à família, precipuamente, solidificar suas proles com valores necessários para a construção psicológica, moral e de caráter, formando cidadãos de bem para uma sociedade forte e dinâmica.

Portanto a imposição da Guarda compartilhada pelo magistrado na família configura intervenção indevida, sendo por vezes necessária, pois a priori, os genitores devem compartilhar as funções, conciliando a educação dos filhos e momentos de afeição, independente da separação conjugal, trazendo para a criança o entendimento da nova posição dos pais em sua vida, sem que sofra com os fragmentos da família em ruptura, o que sem esse entendimento, cabe ao Estado primeiramente intervir com soluções concretas, tratando os pais, objetivando uma resolução pacífica e ordeira na melhor solução possível para o conflito existente.

Ainda há muitas divergências no que diz respeito à obrigatoriedade da guarda compartilhada, existindo muitos acordões estaduais protocolados na vigência da novel legislação, trazendo julgamento em contrário, seguindo a tendência do STJ,

que tem se posicionado no sentido da inviabilidade diante da ausência de convergência de ideias entre os genitores.

Conclui-se que mesmo indevida, a imposição judicial estatal, por muitas vezes é necessária, sendo recurso extremo, quando o papel parental não for cumprido, estando a família dissolvida, sem acordo algum, situação agravada pelos embates significativos entre os responsáveis, que não se entendem com a separação e seus percalços, mesmo após serem ajudados na resolução do problema conjugal apresentado.

Nesses casos, o Estado deve agir coercitivamente, aplicando e atribuindo funções para os genitores, adequando a visitação diária e a inclusão do genitor na convivência da criança sob guarda compartilhada, sendo esta, medida extrema, sendo necessária à implementação dessa nova visão como guarda compartilhada e não alternada como temos visto, para que não se faça do texto legal, letra morta.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

CONJUR. Disponível em : <http://www.conjur.com.br/2017-abr-01/observatorio-constitucional-supremo-reconhece-juridicidade-afeto-relacoes-familiares>

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guarda-compartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>

DIAS, Maria Berenice. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/uploads/a_nova_lei_do_div%F3rcio_e_a_felicidade__revista_da_semana__-_i.pdf – acessado em: 18/09/2017

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7ª Ed. rev. atual. E ampla. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Saraiva. 2010.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Ed. Vitória, Rio de Janeiro, 1980. p. 102 – 160.

GALVÃO, Camila. Disponível em: <https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família. São Paulo: Saraiva. 2011, pág. 600

GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012, p. 422 apud Tratado de direito de família, cit., v. III, § 234.

HISTÓRIA, só. Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/ef2/idadeantiga/>, acesso em: 08 de setembro 2017.

JURIDICO, conteúdo. Disponível em:
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,familia-feliz-limites-da-atuacao-estatal-na-busca-da-felicidade-familiar,32069.html>

JURIDICO, conteúdo. Disponível em: [http : //www.conteudojuridico.com.br / artigo,a-formacao-do-estado,29225.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-formacao-do-estado,29225.html)

JURIDICO, conteúdo. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,familia-feliz-limites-da-atuacao-estatal-na-busca-da-felicidade-familiar,32069>.

JURIDICO, conteúdo. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-autonomia-da-vontade-no-direito-de-familia,51013.html>

JURISWAY. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.as?pagina=594&idarea=20&id_dh=13204/acesso em: 03 de setembro 2017.

JUSTOCANTINS. Disponível em: <http://www.justocantins.com.br/academicos-11063-a-origem-e-formacao-do-estado.html>

PORTAL DORI. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br/2016/05/12/termo-de-guarda-nao-adequado>. Acesso em 18 de setembro de 2017

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: CD, 2003

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, Volume 5, Direito da Família. 12ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Atlas. 2010.