

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

JIHANE MESQUITA SALMEN HUSSAIN

**GUARDA COMPARTILHADA NA VISÃO DO MELHOR INTERESSE
DO MENOR**

**GUARAPARI/ES
2017**

JIHANE MESQUITA SALMEN HUSSAIN

**GUARDA COMPARTILHADA NA VISÃO DO MELHOR INTERESSE
DO MENOR**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito das Faculdade Doctum de Guarapari, como requisito para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professor Orientador Esp.
Wanessa Mota Freitas Fortes**

**GUARAPARI/ES
2017**

JIHANE MESQUITA SALMEN HUSSAIN

**GUARDA COMPARTILHADA NA VISÃO DO MELHOR INTERESSE
DO MENOR**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito das Faculdade Doctum de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de dezembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Esp. Wanessa Mota Freitas Fortes

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO

**GUARDA COMPARTILHADA NA VISÃO DO MELHOR INTERESSE
DO MENOR**

jihane Mesquita Salmen Hussain
mesquitajihane@gmail.com
Graduada em Direito
(Autor do artigo)

Prof. Esp. Wanessa Mota Freitas Fortes
Wanessa.fortes@doctum.edu.br
Especialista em Direito pela FGV/RJ
(orientador)

RESUMO

O artigo em questão aborda a: “Guarda compartilhada na visão do melhor interesse do menor”, uma vez que, esse instituto veio para colaborar em torno de um melhor acompanhamento dos pais separados na educação e desenvolvimento do menor. Pelo motivo da polêmica gerada em torno do advento do nosso atual Código Civil no Capítulo_ ‘ Da Proteção da Pessoa do Filho’ por não aludir a guarda compartilhada, se fez necessário regulamentar através da Lei 11.698/08 para instituir a guarda compartilhada. Mesmo assim, ainda ocorreram outros questionamentos em torno do que realmente seria essa guarda. Então, mais uma vez, se fez necessário uma nova Lei em nosso ordenamento jurídico para restabelecer o significado da expressão “Guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, sendo essa a Lei 13.058/14. Logo, é muito difícil para os julgadores estabelecerem o que realmente seria esse melhor interesse, uma vez que, a subjetividade é difícil controlar. Por esse motivo, se faz necessário ouvir o menor e ponderar as questões pertinentes no processo. Considerando sempre a importância do papel dos pais e da família para um desenvolvimento saudável por completo do indivíduo. E ainda, é necessário um olhar mais moderno por parte dos julgadores ao escolher uma família para o menor e não apenas está com uma ótica voltada para uma família tradicional. Todavia, nem sempre o modelo tradicional será que atenda o interesse do menor, é necessário a afetividade. O artigo contou com análise investigatória de cunho investigativo com observações dos fatos, empregando a metodologia em pesquisa bibliográficas, doutrinas, artigos científicos e legislações pertinentes e jurisprudências, objetivando responder ao tema proposto.

Palavras-Chave: DIREITO DA FAMÍLIA; GUARDA COMPARTILHADA; PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE.

1 INTRODUÇÃO

Nota-se, no campo do Direito da Família, certa polêmica e discussão acerca da guarda compartilhada, visto que, no ano de 2002, quando adveio a entrar em vigor a lei n. 10.406, que estabeleceu o Novo Código Civil Brasileiro, determinadas vozes doutrinárias se manifestaram para delatando o fato de que o capítulo que carrega o título 'Da proteção da pessoa do filho' no livro remanescente ao Direito de Família, não citava o instituto da guarda compartilhada.

Todavia, outras vozes acudiam a questão de que o art. 1586 oferecia poderes ao juiz de regulamentar a guarda da maneira que melhor achasse, podendo, até mesmo, aplicar ao caso concreto esse instituto que foi reconhecido pelo Brasil no momento da assinatura da Convenção Internacional do Direitos da Criança (1989). Sendo assim, questiona-se: o instituto da guarda compartilhada como está previsto no Código Civil atende o princípio do melhor interesse do menor?

Como hipótese para tal questionamento, pode-se dizer que atende, pois, o princípio da igualdade entre os genitores e o princípio do melhor interesse da criança, traz a guarda compartilhada como uma responsabilização aos pais de forma conjunta dos direitos e obrigações. Então, quando a lei entrou em vigor, pode o magistrado aplicar esta regra sempre buscando o melhor na vida da criança de acordo com seu estilo de vida. Porém, em alguns casos, não atendem, porque o pai ou a mãe passam a ter conflitos gerados por eles e acabam dificultando esta garantia oferecida. Nesta briga dos guardiões, o menor fica prejudicado, podendo isto afetar o seu futuro de forma física, psíquica, intelectual, moral e social.

De tal modo, o presente estudo tem por objetivo analisar se a guarda compartilhada prevista na legislação civil brasileira, atende o princípio do melhor interesse do menor. Além disto, visa também verificar os pressupostos jurídicos do instituto da família; analisar os aspectos jurídicos do Poder Familiar; pontuar os tipos de guarda utilizados no Brasil; apresentar os aspectos jurídicos que compõe à guarda compartilhada; identificar os efeitos jurídicos gerados pela guarda compartilhada; verificar os fatos jurídicos que alicerçam o princípio do melhor interesse da criança; descrever como a guarda compartilhada pode assegurar o melhor interesse do menor.

Como justificativa para o desenvolvimento do presente estudo, tem-se o interesse em ampliar seus conhecimentos na área do Direito Civil – Direito de Família. Com base nisto, tem-se a chance de detalhar e examinar as vantagens e desvantagens no uso da guarda compartilhada, e como pode influenciar na preservação do superior interesse da criança e do adolescente.

O estudo sobre o tema é de extrema importância a sociedade, pois são inúmeros os casos constantes após a ruptura conjugal, suscitando assim a necessidade de um estudo aprofundado e sério para minimizar os efeitos negativos que a separação dos pais provoca na vida dos filhos.

A lei tem como objetivo principal de beneficiar e proteger a vida dos filhos de uma forma geral, sendo que os casos de guarda compartilhada, são avaliados de maneira individualizada. Portanto, é apresentado e discutido os aspectos pertinentes as relações familiares atuais frente a realidade, a fim de que a legislação tenha que atuar e se atualizar de maneira a prover subsídios que interajam e tragam suporte legais às decisões dos juristas.

2 A GUARDA COMPARTILHADA

2.1 ASPECTOS GERAIS

A legislação concernente aos capítulos do Código Civil e da Lei do Divórcio com relação à guarda e proteção à pessoa dos filhos, juntamente com doutrinadores determina que o magistrado para dirimir os conflitos advindos de guarda do menor e direito a visitação, será pesado sempre o interesse do menor, podendo ainda o julgador revisar a decisão.

O exposto logo acima consagra dois dos três princípios básicos que conduzem o tema da guarda dos filhos de pais separados. O primeiro deles trata-se do interesse do menor. Este é o fator principal, e todos os juristas da matéria são comuns em asseverar que é o interesse dos filhos e não o dos pais que precisa prevalecer. Deste modo, observa-se os dizeres de Washington de Barros Monteiro (2004, p.32) “o critério a guiar o juiz, em idêntica situação, é o interesse ou a conveniência do menor, interesse ou cabimento que tem de prevalecer inquestionável sobre direitos e prerrogativas a que porventura se adjudiquem aos pais”.

Nesta mesma linha de pensamento, STRANGER (1998, p.32) elucida que “o interesse do menor se trata de um princípio fundamental e decisivo de todas as avaliações que conjecturam as relações de filiação”. Portanto, o interesse do menor, pode dizer-se sem temor, é atualmente uma correta instituição no tratamento da matéria que coloque em demanda este direito. Pois tanto na família legítima como na família natural, bem como as suas derivações, o interesse do menor é o princípio superior. Em cada circunstância, compete ao juiz contemplar o interesse do menor e decidir por ações que o preservem, e a apreciação do caso precisa ser provinda conforme dados de fatos que permaneçam sob análise.

O segundo princípio diz respeito a guarda e visita de filhos, inclusive alimentos. Nesse sentido, a decisão judicial não comete coisa julgada. Assim, o magistrado poderá transformar decisão judicial ou acordada entre os pais.

O terceiro princípio é com relação a outorga de guarda, que será concedida para quem dispuser de melhores meios e condições para a função, diferente do Código Civil de 1916, que era concedida para a mãe, caso não houvesse algum impedimento para essa.

Destarte, é importante citar que, a idade é fator crucial para detenção da guarda do menor. E ainda, a mãe acompanha o filho em todas as suas fases e o pai deve crescer em todo o processo.

O instituto da guarda compartilhada surgiu em razão da necessidade dos pais, posteriormente o divórcio ou separação, de dividirem as obrigações na criação e educação de seus filhos. Frente a este contexto, LOBO (2011, p.199) afirma que a guarda compartilhada “é desempenhada em conjunto pelos pais separados, de maneira a garantir aos seus filhos a coexistência e o acesso livre a ambos”.

Nesse contexto, a guarda compartilhada surge para amenizar os sofrimentos do menor, inclusive dos pais no desfazimento da relação. Desse modo, ambos participam do desenvolvimento e criação do menor.

Também em se tratando da conceituação dessa modalidade de guarda, compete trazer à luz o que se localiza prognosticada no artigo 1.583 em seu parágrafo 1º do Código Civil, em que pressagia que a guarda compartilhada é “[...] a responsabilização conjugada e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não convivam sob o mesmo teto, respectivos ao poder familiar dos filhos comuns”. Portanto, não existe exclusividade em seu exercício.

2.2 APLICABILIDADE E FINALIDADE

O alvitre da guarda compartilhada é conservar os vínculos de afetividade, procurando atenuar os efeitos que a separação pode ocasionar nos filhos, do mesmo modo em que tenta conservar de maneira igualitária a função parental, aplicando o direito da criança e dos pais. Nesta acepção, a guarda compartilhada, nos dizeres de DIAS (2009, p. 401), “possui a finalidade de fazer com que os pais permaneçam presentes de maneira mais integral possível na vida de seus filhos”.

Acompanhando esta mesma linha de raciocínio, Luís Otávio Sigaud Furquim ressalta que:

Com a guarda compartilhada, tanto o pai, quanto a mãe ficam responsáveis, conjuntamente, pela educação e pela formação dos filhos, podendo participar da vida desses, sem que seja atribuído um regime rígido de visitas, considerando à privacidade do ex-cônjuge. (FURQUIM, 2008, p.80)

A guarda compartilhada pode ser acordada entre os pais ou judicialmente, conforme o artigo 1.584, incisos I e II CC. Apesar disso, compete destacar que, de acordo com os dizeres de DIAS (2009, p.402), mesmo que a guarda unilateral antes do advento da lei que alterou a redação, os pais podem contrapor a mudança para requeira o seu direito, obrigando acionar o juiz e um promotor.

Com a dissolução do relacionamento de acordo com Priscila Corrêa da Fonseca (2008, p. 07) instituída a guarda compartilhada, os pais permanecem com os direitos em relação aos filhos, como os elencados no artigo 1.634 do Código Civil e ao mesmo tempo as responsabilidades de cuidado e sustento.

Com relação a prestação alimentícia, permanece o binômio: “possibilidade de quem paga e necessidade de quem recebe”. Assim, a guarda compartilhada e a prestação de alimentos devem seguir de modo adequado entre os pais. No entanto, como a

guarda compartilhada pode ser conferida pelo magistrado, os alimentos poderão ser estabelecidos por ele.

Ainda, os alimentos poderão ser ajustados entre os pais, ou um valor estabelecido para os mesmos.

O advento da lei regulamentadora da guarda compartilhada, não é uma modalidade, mas, um aperfeiçoamento no modelo de relacionamento entre pais separados e filhos. “A Lei beneficia um substancial fortalecimento do direito de convívio familiar, abduzindo a primazia da guarda/visita”. (LOBÔ, 2011, p.24). Portanto, o julgador poderá eleger a guarda conjunta sempre que for admissível.

A Lei n. 11.698/2008 compôs uma nova redação ao parágrafo 4º do artigo 1.584, ao pressagiar que, em caso de mudança não autorizada do regime de guarda ou o inadimplemento imotivado de qualquer cláusula, seja ela unilateral ou compartilhada, o seu possuidor pode sofrer diminuição das prerrogativas. Tal imposição legal carrega consigo uma sanção civil para a pressuposição de inadimplemento tanto da guarda unilateral quanto da compartilhada, o que, segundo a doutrina de Paulo Lobo (2011, p.25) traz à baila: “é de contestável utilidade, uma vez que tal regulamento pode vir a afetar a guarda conjunta ou estender a alienação parental, no caso de guarda unilateral”.

De acordo com Lobô (2011, p.33) nos casos de penalidades a relação de pais e filhos ficará danificada, coma diminuição de horas de convívio. Lembrando que, um dos genitores poderá recorrer ao judiciário para relatar as infrações pelo outro. No entanto, deve-se tomar cuidado com a questão de rancores com a separação e alienação parental. Logo, a disputa judicial não é para enfraquecer a relação familiar e sim fortalece-la.

2.3 A LEI 13.058/2014

De acordo com o pensamento de Priscila Corrêa da Fonseca (2008, p.11), “a guarda dos filhos posteriormente a separação dos pais, sempre foi regulamentada pelo Código Civil Brasileiro”. Este enquanto unilateral, priorizava em grande parte das vezes, a mãe como responsável pela guarda dos filhos. Entretanto, como é de conhecimento, a família adveio por transformações, e com isto, a guarda dos filhos

adveio então a ser tratada mirando o melhor interesse da criança. Assim sendo, a guarda antes defendida como unilateral, teve sua regulamentação alterada, advindo então a ser defendida como compartilhada.

Neste contexto, a lei da guarda compartilhada trazida no Código Civil, adveio por mudanças através das leis 10.406/2002, 11.698/2008 e finalmente, pela 13.058/2014. Esta última, por ser a mais atual, encontra-se em frequente debate, visto que ela obtempera intensamente a visão de guarda dos filhos a qual a sociedade estava habituada, a da guarda unilateral, defendendo, portanto, a guarda compartilhada como mais apropriada ao desenvolvimento da criança, com certas ressalvas. De tal modo, (ROSA, 2015, p.15) questiona: “o que esta lei defende? O que é a guarda compartilhada? Qual a sua aplicação”? Com as alterações da regulamentação acerca da guarda dos filhos de pais separados realizadas pela Lei 13.058/2014 do Código Civil Brasileiro, ela estabelece conforme o art. 1.583 que:

§ 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. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Conforme o exposto acima, entende-se que os filhos precisam coexistir com os genitores por período de tempo equilibrado, de maneira que os dois participem da sua criação e colaborem para o seu desenvolvimento. Como examinado, ela vai além da divisão do domicílio da criança, ela estabelece o envolvimento de ambos os genitores nas decisões acerca da vida do filho, desempenhando, de tal modo, inteiramente a maternidade e a paternidade. Contudo, precisa ser considerada a circunstância de cada caso, de maneira que sejam priorizados os interesses da criança/adolescente.

O que constitui que, conforme os dizeres de Pablo Stolze Gagliano “a guarda compartilhada, embora ser estimulada como decisão primária, não será justaposta em todos os casos, em que será preferível a adoção da guarda unilateral como melhor opção para a criança”. (GAGLIANO, 2013, p.606)

No entanto, em se tratando de pais que residem em cidades distintas, a guarda compartilhada considera a que atender melhor os interesses dos filhos no que se alude, entre outras coisas, a estrutura educativa, saúde, segurança, moradia e

especialmente as condições do genitor em dar-lhe o cuidado e a atenção cogente. Outro aspecto defendido pela nova lei, é que quando a guarda aplicada for a unilateral, o genitor que não possua a guarda, fica então compelido a supervisionar o atendimento aos interesses do filho pelo genitor que a tem. Tendo pleno direito de solicitar informações acerca de qualquer assunto que seja do interesse psicossocial, físico e educativo da criança. Acerca da aplicação da lei em mote, seu art. 1.584 regulamenta o seguinte:

§ 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. § 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. § 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. § 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. § 6o Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação

Assim sendo, se os pais possuem condições sejam elas de caráter financeiro, físico e psicológico para criarem os filhos e com acordo consentido entre ambos, estabelece a guarda compartilhada, salvo se um dos pais não manifestarem desejo pela guarda.

A divisão do período de convívio do filho com os genitores, bem como a divisão das imputações e responsabilidades de cada um deles em relação à criança, será realizada de maneira equilibrada para que o desenvolvimento dele não seja afetado negativamente por quebras na rotina. Precisa ser fundamentada na orientação profissional de especialistas que, posteriormente a análise da rotina da criança e dos seus genitores, precisará promover uma plausível divisão do tempo que venha a priorizar o bem-estar da criança. Nessa definição, (ROSA, 2015, p.16) lembra que este ponto “se trata de um dos mais controversos da nova lei da guarda compartilhada”. A Crítica surge em torno da falta de uma lar de referência, tendo duas casas, faltando uma identidade de onde esse possa se encontrar em meio da quebra de rotina. Logo, (ROSA, 2015, p.16) alude que “pode atrapalhar o desenvolvimento

da criança, considerando a quebra da rotina, assim como a ausência de um lar de referência, visto que este terá dois”.

Tais argumentos acima, entretanto, são derrubados inicialmente do trecho do art. 1.584, § 3º, onde diz que esta divisão do tempo precisa ser realizada com fundamento em critérios técnicos que deem prioridade o equilíbrio da divisão do tempo de convivência com cada genitor e o bem estar da criança, exatamente para que ela não sofra com quebras ríspidas na sua rotina e na indecisão sobre qual lar é verdadeiramente o seu, sendo ambas avaliadas como seu lar, precisando ser compreendidas assim, tanto pelos genitores como pelos seus filhos.

Um ponto importante a citar que, se a guarda compartilhada ou unilateral outorgada judicialmente for descumprida este artigo for descumprido, ocorrerá diminuição dos benefícios concedidos a um dos pais em questão. De igual modo articula que, se algum dos pais não possuem condições de terem a guarda, uma outra pessoa poderá exercer-la, considerando o parentesco levando em consideração relações de afinidade e de parentesco.

Outra alteração procedente desta referida lei, pode ser vista no seu art. 1.585, onde expressa que a decisão acerca da guarda dos filhos, quer definitiva quer temporária, será pronunciada preferencialmente diante da oitiva das duas partes frente ao juiz, menos em circunstância de proteção aos interesses dos filhos em que a concessão da guarda pode ser oferecida sem a oitiva da outra parte. A última alteração realizada por tal lei acerca da guarda compartilhada, se encontra presente no seu art. 1.634. Tal artigo regulamenta o poder de família de ambos os genitores independentemente do tipo de relação conjugal que esses tenham:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Segundo bem explica Gagliano (2013, p.607), entre o poder que a lei outorga aos pais sobre os seus filhos, estão o de cria-los e educa-los por meio do exercício de guarda unilateral ou compartilhada, o de outorgar ou negar autorização para eles casarem, viajarem ao exterior, transferirem sua residência para outra cidade [...] e determinar que eles lhes prestem obediência e respeito.

Sendo assim, a novel lei da guarda compartilhada, inovou acerca da guarda de pais separados que podem participar do desenvolvimento de seus filhos.

3. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente compõe um dos três princípios gerias e orientadores do ECA (junto com o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio da Municipalização). Este princípio convém de orientação ao aplicador da lei que, no caso real, precisa assegurar, acima de todas as circunstâncias, o respeito aos direitos básicos titularizados por crianças e adolescentes.

É imperativo que todos os atores da área infanto-juvenil tragam claro para si que o destinatário final de sua ação é a criança e adolescente. Para eles é que se tem que atuar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em anteposição, mesmo que conflitante com o direito da própria família. (AMIN, 210, p.28)

Tratando de adoção, ouvir o menor é uma das melhores maneiras de visar o melhor interesse do mesmo. Desse modo, a criança ou adolescente poderá externar suas opiniões, convicções, anseios, preocupações e até mesmo o medo.

Conforme menciona Galdino Augusto Coelho Bordalho, o critério inteiramente prático e objetivo de acompanhar a ordem cronológica da lista, “pode ser considerando um agravo a proteção integral da criança que, para ser assegurada, precisa de individualização de cada caso de adoção”. (BORDALHO, 2010, p.76).

Sendo assim, as circunstâncias variam de criança para criança, de família para família, conforme suas particularidades.

Estudos realizados por especialistas do campo da educação infantil, como o de John Bowlby, evidenciaram que um dos grandes traumas sofridos pelas crianças no procedimento adotivo, “é o rompimento dos vínculos antecedentes à adoção” (BOWLBY, 1990, p.283). Foi averiguado que dos 6 aos 24 meses, o bebê já tem ações

tendentes a acompanhar a mãe que se afasta, de recebê-la com euforia quando se aproxima e de avistar na figura materna um ponto de aconchego e segurança.

Ainda nesse pensamento, estudos revelam que a criança além de sentir a amabilidade ela também sente medo de pessoas desconhecidas. Logo, o afastamento das pessoas de seu convívio pode gerar uma grande ansiedade sobre a separação podendo acarretar traumas. Contudo, não se pode cortar os laços totalmente com a adoção.

Nesta conjuntura, a recomendação da família adotante pela mãe biológica permitiria um procedimento de adequação e convívio harmônico, sem a presença de grandes traumas para a criança com a nova família. Seria também admissível que a criança não perdesse sua referência pretérita, podendo conhecer suas origens e conservar contato com sua família de sangue. Assim, Bowlby (1990, p.284) continua comentando que, crianças adotadas, usualmente procuram conhecer sua origem biológica, no entanto, como não têm nenhuma informação acerca do seu passado, se veem desesperadas atrás de qualquer sinal de suas mães biológicas ou dos irmãos que deixaram para trás.

Para resolver tal situação, recorre-se aos ensinamentos de Orlando Gomes, afirma que “o acesso ao passado se tornaria mais simples caso fosse trazida no direito pátrio a adoção *Intuitu Personae*” (GOMES, 2007, p.99). Isso em razão de que as famílias biológicas e adotivas da criança já teriam um elo, um laço de confiança, o que então permitiria que as duas famílias sempre conservassem contato para o bem-estar da criança adotada.

3.1 O MELHOR INTERESSE DO MENOR E OS NOVOS PARADIGMAS

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, foi um grande avanço para com a adoção, seja para o campo afetivo e/ou burocrático. Deve-se analisar em todos os casos, o melhor para o menor.

E ainda, cabendo aos Juizados da Infância e da Juventude a tarefa de análise desse princípio não é tarefa fácil diante de multiplicidade de famílias. Em razão disto, indica Ana Paula Ariston Barion Peres que, apesar de ser igualmente assegurada a

dignidade da pessoa humana dos que participam de famílias diferentes do tradicional modelo matrimonial, “a vontade destas pessoas de compor uma família, na adoção, encara, por diversas vezes, o preconceito dos técnicos que por tais crianças deliberam” (PERES, 2006, p.47).

A autora ainda completa criticando:

De tal modo, o que se constata é um certo preconceito que escolhe os pais aprioristicamente, beneficiando este procedimento de segregação em vez de resguardar a criança em circunstância de abandono, que melhor se desenvolveria sob os cuidados de uma família do que em uma instituição. (PERES, 2006, p.47)

Portanto, os que assim agem não buscam priorizar as vantagens para o menor e a real importância de uma família. Logo, Peres (2006, p. 48) cita que as vantagens precisam ser examinadas inicialmente dos parâmetros constitucionais que expressam o direito à prioridade de tratamento, o convívio familiar e comunitário, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, ao respeito e dignidade, proteção contra violência, crueldade e opressão, e ao abrigo de toda maneira de negligência, ou, sintetizando: a proteção integral.

Aspectos estes nem sempre analisados, com uma ótica voltada para uma família tradicional. Na verdade, o saudável e equilibrado desenvolvimento do menor se traduz de como é tratado e entendido. Logo, é necessário a afetividade para transformação e desenvolvimento da pessoa.

Frente a tal panorama, de modo recente, o Superior Tribunal de Justiça (STF) recusou provimento ao recurso especial introduzido pela União, que diligenciava invalidar adoção realizada por uma mulher, ao lado do seu irmão (já morto). Isto bem como, com acerto, a Ministra do STF Fátima Nancy Andriahi avaliou que o conceito de núcleo familiar estável “não pode permanecer limitado às fórmulas clássicas de família, porém, pode, e precisa, ser expandido para compreender a noção cabal de família, entendida nas suas bases sociológicas”.

De tal modo, entende-se que a decisão pondera a declaração de vontade do irmão, quando em vida, a estabilidade do núcleo familiar composto, a situação financeira

favorável para a adoção, e, principalmente, o afeto e os valores sociais que se criaram entre adotantes e adotado.

Sendo assim, trata-se de um entendimento que suaviza o art. 42 do ECA, que ordena dos adotantes o casamento ou a união estável. Ir contra a citada norma justifica-se, apesar disto, ainda conforme a ministra citada acima, pois a exigência legal restritiva exige atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às modificações sociais que dão aspecto ao retrocesso do texto da lei. Para tanto conveniente se faz advertir, porquanto, que o princípio nº 6 da Declaração dos Direitos da Criança profere que:

6º Princípio - A criança tem direito ao amor e à compreensão, e deve crescer, sempre que possível, sob a proteção dos pais, num ambiente de afeto e de segurança moral e material para desenvolver a sua personalidade. A sociedade e as autoridades públicas devem propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Deste modo, é necessário entender o instituto da adoção como aparelho capaz de assegurar os melhores interesses da criança e adolescente, já que admite adjudicar uma família suplente à criança abrigada. Toda interpretação, dentro desta temática, precisa-se subordinar a esse princípio norteador, aceito que todas as outras garantias vão dimanar em seu álveo. Portanto, esse princípio não está atrelado a escolha de uma família tradicional, uma vez que, a questão da multiplicidade da família é consagrada constitucionalmente. Em adesão, os estudiosos do campo da Psicologia distinguiram as legítimas vantagens para a criança e adolescente que auferem um tratamento personalizado, seja por um pai/mãe individual, hetero ou homossexual, de diferentes idades e/ou etnias.

Desse modo, o funcionamento desse princípio não pode ser assim desvirtuado, pois a criança precisa de uma família possível e que lhe aceite, já que a família tida como ideal nem sempre atende aos melhores interesses da criança. Se, assim sendo, a família que almeja adotar não apresenta o formato tradicional, a criança não pode ser vítima de preconceito e ter, de tal modo, obstaculizada a adoção.

Por outro lado, a criança não pode ser, de certa maneira, “punida” e deixar de ter uma família pela raça, sexo, orientação sexual, idade ou religião dos que almejam adotá-la. Como se pode observar no primeiro princípio da Declaração dos Direitos da

Criança, a vedação do preconceito trata-se de uma via de duas mãos: nem a criança e muito menos sua família, podem ser vítimas, à vista da proteção integral. Nesta conjuntura, Maria Berenice Dias adverte que:

Ninguém discute que o ideal é crianças e adolescentes se desenvolverem juntamente com quem lhes trouxe ao mundo. Entretanto, existe uma realidade que necessita ser afrontada sem receio. Quando o convívio com a família natural se desponta como impraticável ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse de quem os pais não ambicionam ou não podem ter consigo, ser entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo como filho. A rapidez desse processo é o que assegura o convívio familiar, direito constitucionalmente conservado com total prioridade. (DIAS, 2012, p.06)

Além disso, há doutrinadores que discorrem a respeito de que o princípio do melhor interesse pode haver questionamento no quesito da relação entre adotante e adotado, uma vez que, essa se constrói ao longo do tempo. Assim, a verificação da motivação pelos adotantes pode acarretar por parte dos avaliadores receitas de como proceder na relação afetiva.

Logo, o que é necessário no processo é compreender o que é a adoção, sua importância e seriedade. Portanto, se faz necessário refletir caso alguém deseje adotar, se possui condições financeiras, físicas e psicológicas para tal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo analisar se a guarda compartilhada prevista na legislação civil brasileira, atende o princípio do melhor interesse do menor. Desta maneira, concluiu-se que a guarda compartilhada precisa ser vista e entendida como sendo uma proeminência de que ambos os progenitores são essenciais e indispensáveis para o bom desenvolvimento do seu perfilho, e por este motivo, teve-se a sua concretização pela Lei n. 13.058/2014, que concebeu um progresso formidável para a legislação brasileira, bem como para o futuro das crianças. Portanto, se aplicado de maneira correta, trata-se do instituto que melhor produz efetividade às disposições constitucionais acerca da responsabilidade conjunta dos progenitores e amparo dos direitos da progênie.

Assim, propendendo procurar atender o melhor interesse da criança, este critério adveio a ser materializado como uma disposição geral, bem como um princípio de proteção do menor, que precisa se adaptar a cada caso sólido. Para a sua verdadeira efetivação, não é satisfatória a análise somente do que dispõe a legislação, porém,

sim, uma análise acurada da circunstância fática dela proveniente, onde o magistrado precisará avaliar, sistematicamente, os interesses da criança, sejam eles materiais ou morais, acatando a característica da circunstância, bem como das partes intrincadas.

De tal modo, chegou-se à conclusão de que existe um novo entendimento da jurisprudência quanto o cabimento da guarda compartilhada para padrastos e madrastas em face de seus enteados. Neste entendimento, a guarda compartilhada apenas é admissível quando existe vínculo de afeição entre a criança ou adolescente com o padrasto ou madrasta. Evidentemente que, caso o menor não tenha uma boa afinidade com o seu padrasto ou madrasta, não se tem a falar acerca de guarda compartilhada, já que seria um enorme agravo e começo de múltiplos conflitos e traumas para o menor.

Todavia, existindo o vínculo afetivo persistido no transcorrer do tempo, e sendo evidenciada a compleição do interesse do menor, assim como havendo aquiescência dos pais biológicos, é inteiramente cabível a guarda compartilhada aos padrastos e madrastas. Pois esses, por diversas vezes, desempenham o papel de pais e mães afetivos, e sendo assim, compete ao juiz notar este vínculo, de maneira que se conservem a relação, involuntariamente do término da relação matrimonial entre pais e padrastos.

O presente estudo evidenciou que a guarda compartilhada, de fato, surge como o instrumento de efetivação dos princípios do melhor interesse da criança, da concretização individual dos cônjuges, e, logo, da consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana. A guarda compartilhada foi recebida com relativa frieza no Brasil. Apesar disso, determinadas famílias que escolheram por esse modelo de arranjo familiar, estão tendo resultados positivos.

Além do mais, o presente estudo preocupou-se em extinguir a dúvida existente, até mesmo por jurisprudências, entre a guarda compartilhada e a guarda alternada. Isto pois, a confusão é bastante maléfica para o tema em todos os âmbitos, seja prático ou acadêmico. A primeira trata de responsabilidade em conjunto, da real preocupação do menor como indivíduo de direitos e que merece e que necessita ter seu melhor interesse garantido; enquanto a segunda, se bem avaliada, nota-se ser, em grande parte dos casos, amplamente maléfica, já que leva em consideração a alternância da

guarda física em aparente egotismo dos genitores ao não apreenderem que arduamente a criança terá estabilidade e harmonia.

Por fim, concluiu-se que a guarda compartilhada outorgada para padrastos e madrastas, trata-se da melhor ação adotada pela jurisprudência, para conservar os interesses do menor, sendo até mesmo convergência para porvindouras modificações legislatórias, e que provoca precedentes para casos semelhantes que envolvam outros tipos de famílias atuais, tais como homoafetivas, simultâneas, solidárias, anaparentais, mosaicas, uniparentais, estáveis ou tradicional.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. **Adição**. In: Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BOWLBY, John. **Apego a Natureza do vínculo**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1990.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL, **Código Civil, Comercial e Constituição Federal**. Obra coletiva. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. Constituição de 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

BRASIL. Lei n.11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. 2008.

BRASIL. **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Congresso Nacional. 2010.

BRASIL. Lei n.13.058. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação**. Brasília: Congresso Nacional, 22 de dezembro de 2014.

BRASIL. Portal da Família. **Declaração dos Direitos da Criança**. 2015. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>. Acessado em: 02 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1199465**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data de Julgamento: 14/06/2011. Terceira Turma. Data de Publicação: 21/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. 1217415 RS. 2010/0184476-0**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 19/06/12. Terceira Turma. julgado em: 28/06/12

DIAS, Maria Berenice; Pereira; CUNHA, Rodrigo da. (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte, Del Rey. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **O Lar que não chegou**. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/527>. Acessado em 02 de novembro de 2017.

FILHO, Grisard Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. Revista dos Tribunais. 7ª ed. São Paulo, 2014.

FONSECA, Priscila Corrêa da. **Guarda Compartilhada x Poder Familiar: Um Inconcebível Contrassenso**. Revista Iob de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 09, nº 49. 2008.

FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. **Os Filhos e o Divórcio**. Revista Iob de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 09, nº 47. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil. Volume 6: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 3ª ed. Rev. Atual, e ampl. São Paulo: Saraiva. 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

LOBÔ, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. Vol 02, 37ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. V. 02. São Paulo: Saraiva. 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 1ª ed. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey. 2009.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Grandes Temas de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva. 2011.

STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. Critérios de Seleção de Pais Adotivos: em Discussão. *In: Revista Interação do Departamento de Psicologia da UFPR*. Paraná, n. 01. 1998.