



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
BACHAREL EM DIREITO

**GUARDA COMPARTILHADA: BUSCA NO MELHOR INTERESSE
PARA O MENOR**

CHRISTIELY SODRÉ DOS SANTOS

GOIANÉSIA - GO

2021

CHRISTIELY SODRÉ DOS SANTOS

**GUARDA COMPARTILHADA: BUSCA NO MELHOR INTERESSE
PARA O MENOR**

Artigo Científico apresentado junto ao Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Nedson Alves Junior

GOIANÉSIA - GO

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

GUARDA COMPARTILHADA: BUSCA NO MELHOR INTERESSE PARA O MENOR

Este artigo foi julgado adequado para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pela banca examinadora da Faculdade Evangélica de Goianésia/GO-FACEG

Aprovada em, _____ de _____ de 20_____

Nota Final_____

Banca Examinadora

Prof. Esp. Nedson Alves Junior

Prof. Me. Kleber Torres de Moura

Prof. Esp. Osmar Domingos de Barros Filho

GUARDA COMPARTILHADA: BUSCA NO MELHOR INTERESSE NO MENOR.

CHRISTIELY SODRÉ DOS SANTOS

Resumo: O artigo buscar estudar com o seu objetivo a Guarda dos filhos menores de pais separados sobre o melhor interesse do menor, já que se entende que as crianças sofram com a separação, diante a publicação da lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, este regulamento se trata da aplicação da circunstância de atender o melhor interesse do Menor. Já o problema que vai ser respondido é quem vai ficar com a guarda no menor, quem vai ter mais condições para buscar o melhor para o menor? Que nem sempre ficar com quem vai cuidar no interesse na criança. Já os objetivos específicos primeiro sobre a história no poder familiar, em segundo suas modalidades de guardas e por fim em relação dos princípios do melhor interesse no menor. A metodologia a ser usada foi de pesquisa na internet, em códigos, em obras e artigos científicos. E para finalizar o estudo volta a questão da Guarda compartilhada e a melhor para o menor, depois que os pais se separação, mesmo se nunca houver um laço familiar a fim de garantir os direitos no Menor além dos princípios constitucionais.

Palavras-Chave: Guarda; criança; interesse.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo o estudo na Guarda Compartilhada como se referindo a categoria da Guarda que encontra o melhor interesse no Menor.

E relevante neste assunto que consiste na intenção de fazer com que nossa sociedade perante os avanços e transformações que o princípio da Família que sofre.

Conforme a Constituição Federal, é direito de todos terem uma família, havendo o Estado a obrigação de protegê-la nos eventos que demandaram sua execução e uma das eventualidades que afloram seu exercício é com a deposição do polo familiar.

Através da ruptura na união matrimonial o poder familiar se permanece íntegro, tornando-se a convivência no cotidiano entre genitores e descendentes alterado, deste modo o pai e a mãe disputam a respeito da tutela dos herdeiros.

Esta pesquisa tem como objetivo específico, apresentar como distinguir a finalidade da Guarda Compartilhada, tratar-se ela responde o melhor interesse do Menor e suas características no Poder Familiar e nas espécies da Guarda dos filhos.

Quanto a problemática e a busca do melhor interesse para o menor, em face quem vai ser o responsável para cuidar da criança, depois que os pais se separam.

A estrutura da metodologia e a técnicas que foi usada neste artigo foi o método padrão normativo da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) conforme as regras, também foram usadas a de pesquisa na internet em sites de artigos científicos, Código Civil, Constituição Federal a Lei 11.698\08, juntos com os autores:

Dentro no primeiro capítulo vamos tratar a respeito do poder familiar. O poder familiar se determina por juntar os direito e deveres dos progenitores sob os menores. Com êxito, a custódia é um dos deveres conferido aos pais por meio no poder familiar.

Juntamente com início da Constituição Federal de 1988 foi definido ao homem e a mulher direitos e deveres idêntico sobre todos os pontos, e principalmente no que diz respeito a sociedade conjugal.

Já no segundo capítulo vai ser estudado as categorias de guarda compartilhada previstas no ordenamento jurídico, que são elas: guarda alternada, unilateral e compartilhada. A guarda compartilhada visa proteger os filhos, e tem como base de sustentação o princípio do melhor interesse para o menor. Esta categoria possibilita o total convívio por meio os componentes do núcleo familiar, o que não é provável com os diferentes padrões de guarda, visto que criam obstáculos que intrincam um contato compatível entre os integrantes de família.

Já no último capítulo vai abordar o princípio do melhor interesse da criança, e sobre a guarda compartilhada: a busca no melhor interesse para a menor. Nas situações na ruptura da parceria conjugal o poder familiar.

Neste seguimento, os pais permanecem a realizar o seu direito de pai e mãe, visto que o poder familiar excede a realidade ou não de matrimônio, oportunidade que vem por meio da maternidade e da paternidade.

Também neste capítulo vai ser analisada conceito legais, também critérios para fixação e modificações da guarda: melhor interesse para as melhores e efeitos negativos.

1 PODER FAMILIAR: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL

Neste capítulo, vamos analisar umas questões históricas do princípio do pátrio poder, a fim de pesquisar o mais adequado conhecimento a respeito do Poder Familiar, seu conceito, os direitos e deveres sobre o mesmo e os modelos como se impede, acaba e dispensa esse regime, portanto, está base, aprimorar sua compreensão em relação a Guarda Compartilha: o melhor interesse do Menor com suporte na lei nº 11.698\08.

1.1 Como foi criando o pátrio poder:

No velho Código Civil de 1916 usava-se a expressão "pátrio poder", já que o poder era praticando exclusivamente pelo pai, ou seja, o poder do pai, a mãe era uma auxiliar se caso o pai faltasse. Atualmente, o poder familiar e de ambos a partes, tanto da mãe como do pai. O Pátrio Poder se fundamentava no conceito da autoridade, sendo extremante visto na Grécia e em Roma, em que ponto o pai desfrutava do poder completo sobre o filho, precisando este existir para sempre, somente poderia ser passando para mãe com a morte do pai.

Silvio Rodrigues (2002, p. 398) “conceitua “pátrio poder”, o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação a pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes, caracterizando-o como irrenunciável.”

Já Ana Maria Miliano Menciona também a respeito de o pátrio poder:

Em Roma, quando o instituto da família começou a evoluir, consubstanciando-se numa estrutura jurídica, econômica a religiosa, a partir da figura de paternal, a mulher foi colocada em uma posição inferior, sendo considerada incapaz de reger sua própria vida, igualando-se aos filhos. (SILVA. 2008, P. 14).

Desta forma, a mãe não possuía competência bastante para dirigir sua vida, não seria apto de impedir o pátrio poder para ser responsável junto com o seu marido pela sua Prole.

A lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que publicou o Código Civil brasileiro – CC fundamento a seguir direitos já criando em outras disposições jurídicas em junção ao pátrio poder.

O funcionamento do pátrio poder de acordo com ordenado na composição do Código Civil de 1916 no seu art. 233 era exclusivo do pai, ficando a mãe meramente como uma assistente, que da mesma forma era dominada ao poder no esposo.

Observamos o art. 233 e 240 do CC de 1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. [...] Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (BRASIL. 2002)

Nos artigos 379 e 380 no seu parágrafo único do Código Civil de 1916 indica que os filhos eram dependentes ao poder do pai enquanto os filhos são menores e que o desejo do pai sempre vencia perante o desejo da mãe.

Art. 379 CC. Os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores. Já o art. 380 do mesmo código. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. (BRASIL. 2002)

Já nos artigos 382 e 383 do Código Civil de 1916, tem umas situações que podem ser elencadas:

Art. 382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente.

Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dá-se á tutor ao menor. (BRASIL. 2002)

De acordo com o passar dos anos o regulamento do pátrio poder vai sendo modificando e passar a prevalecer como o poder de aconselha e a educação dos filhos estabelecem a sua condição e ministrar seu patrimônio sendo certificado tão somente ao pai e

mais à frente a mãe, formando uma igualdade de situações que não vige a prevalectimento da vontade paterna.

No entanto com criação do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, a mulher passou a dispor de poderes junto do seu esposo em relação a sua família, ainda mais com a ajuda do seu marido, conforme descreve: “O Estatuto de Mulher Casada, dentre outras alterações, modificou o texto do Código civil, determinando o que o marido exerceria a chefia da sociedade conjugal com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos”.

Agora vamos analisar a história e o conceito do Poder Familiar.

1.2 Conceito Poder Familiar

O Poder Familiar pode ser conceituado como direito e dever dos pais aos filhos menores.

O Poder familiar estabelece uma ligação jurídica, por meio dos pais e seus filhos menores, este poder é definido no interesse dos filhos e da família, não em função aos pais, em especial, ao princípio constitucional da paternidade responsável, determinado no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

Segundo Maria Helena a respeito no poder familiar:

É o conjunto de direito e obrigações, quanto a pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ. 2009. p. 571).

A família é uma parte importante para o crescimento da criança e do adolescente. Em um círculo de família estável proporciona uma evolução boa e certifica que esta criança se torne uma adulta com fundamentos e culta de seus direitos e deveres como pessoa.

Anteriormente do surgimento do Código Civil de 2002, um imenso marco para a transformação dos conhecimentos e dos deveres e direitos dos pais foi a Constituição Federal de 1988 que, a final de receber ao princípio da proteção da família, dedicou-se a um capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, substituindo o antigo Código Civil

de 1916 em relação a este assunto e principalmente extinguindo o que conhecíamos como pátrio poder e prevalecendo, a partir desta época, o poder familiar

A princípio, o poder familiar se descreve por juntar direitos e deveres conferidos a respeito os filhos. Carlos Roberto Gonçalves conceitua que (2011, p.100); "poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

De acordo com os entendimentos apresentados nota-se que não há desentendimentos sobre a definição do poder familiar. Sendo assim e considerável deste modo, compete estudar suas qualidades.

Conforme o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 369) o “poder familiar é que esse se constitui um múnus (encargo) público, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interesse o seu bom desempenho”.

Expressa da mesma forma, como intransferível, ou melhor, incapacitado, que não pode ser mudado e irrenunciável, no final os pais não podem transferir ou passar para outra pessoa. Deste modo expõe Maria Helena Diniz (2001, p. 378), “o poder familiar [...] é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível [...]”.

É imprescritível, pois não perde a validade pelo fato de seu não exercício”. Nos termos de Wadir Filho (2010):

O poder familiar possui determinadas características. É irrenunciável: os pais não podem desobrigar-se do poder familiar por trata-se um dever-função; é imprescritível, já que o fato de não exercê-lo não leva os pais a perder a condição de detentores; e é inalienável e indisponível, pois não pode ser transferido a outras pessoas pelos pais, a título gratuito ou oneroso. (FREITAS. 2010. P.29.)

Além do mais, Maria Helena Diniz (2007, p. 516) no contexto do poder familiar ao que se referir “conserva a natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, vez que os genitores detêm o poder de mando e a prole, por sua vez, possui o dever de obediência”.

Conforme aponta venoso (2012, p.100), “o poder familiar teve sua origem na Roma Antiga, onde a lei autorizava o pai a vender ou até mesmo tirar a vida de seu filho, era o poder/dever que o pai tinha sobre a pessoa dos filhos”.

Stacciarini (2014, p.178) prescreve que “nesta época, o poder familiar trazia em sua definição a figura paterna com exclusividade em se tratando da educação, do dever e da obrigação dos pais com relação aos filhos. Não existia a figura do pai e da mãe

exercendo juntos os poderes e deveres como observado hoje em dia, o pai era o único com poder para controlar e educar os filhos”.

Então deste aspecto, a imagem materna não tinha qualquer direito sobre os filhos, pois o pai era notado como chefe e tinha autoridade sobre a família. Nesse contexto, Maria Berenice (2006) “refere que a mãe somente ia ter seus direitos sobre os filhos na ausência ou na falta do pai”.

Isso comprova que o poder familiar está longe de ser uma associação tradicionalista que se impressionava com os membros do núcleo familiar, o que existe e preocupações com relação ao poder, levando em consideração os frutos como posse privada, conseguia o pai gozar como se fossem produtos.

Ocorre que o poder familiar transpassou por consideráveis alterações com o passar dos anos. Uma delas foi o recolhimento dos interesses familiares, conferindo a ambos os cônjuges igualdade de condições, de acordo com o Código, no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

De acordo com o art. 226, § 7º, da Constituição:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL.2002.)

Por fim, compreende-se que, por meio do Poder Familiar os genitores têm o dever de proteger os seus filhos e também os seus referentes bens, seja os pais morando junto ou não, por isso o Poder Familiar não acontece exclusivamente do casamento e sim da ligação de direitos e deveres dos cônjuges com seus filhos.

2 ESPÉCIES DE GUARDA:

Este Capítulo vai ser apresentada algumas modalidades de Guarda que existe no nosso ordenamento, algumas estão no Código e outras nas doutrinas, mais todas surgirão para ajudar na separação nos pais ou pais solteiros em relação a guarda no Menor.

Estas espécies e para que os pais possam lutar na justiça o melhor para seus filhos, com quem dever ficar a guarda, por isso neste tópico vai ser estudado algumas modalidades da Guarda.

2.1 Guarda unilateral, o mesmo que guarda única, exclusiva ou tradicional

A guarda ela é de apenas de uma pessoa e exclusivo, podendo ser da mãe ou do pai, a guarda só vai ser passar para quem provar que ter melhor condição de cuidar no filho menor.

Ressaltado o ordenado no art. 1.583 do Código Civil de 2002, “[...] a guarda poderá ser exclusiva, atributo de apenas um dos genitores, esta atribuição se dá aquele que apresentar melhores condições”.

É necessária a compreensão na parte que não ficou com a guarda entender e aceitar para não deixar o filho de lado, e cuidar da mesma formar se tivesse com a guarda, dando carinho, ensinando o certo, para que a criança sente que poder contar com o genitor também, e não sentir que foi abandonado.

No entanto, a guarda ocorre depois da separação nos pais, e a outra situação onde a guarda vai ser aplicada a apenas um dos genitores, quando o mesmo não reconhecer o Menor, ou quando acontece a perda ou afastamento do Poder Familiar, só assim o outro genitor ficará com a guarda para única.

Declara então Maria Manoela Rocha de Albuquerque sobre a guarda unilateral:

[...] a guarda exclusiva é uma modalidade de guarda em que os filhos permanecem sob os cuidados e direção de apenas um dos pais, aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança. [...] o genitor não guardião deve

visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e educação [...]. (QUINTAS. 2009. P.24.)

A autora ainda se referiu, que antes na aprovação da norma em relação da Guarda Compartilhada no Brasil, prevalecia a guarda exclusiva, de apenas um dos genitores, o qual impede a guarda concreta, e de quem mais tem proximidade na criança.

Todavia o Guarda unilateral e de somente um dos pais, e daquele que pode ter mais condição financeira, e aquele que vai dar mais atenção e cuidado com o filho, como deve ser.

Na Guarda unilateral, os horários e dia de visita e o juiz quem vai estipular estes horários, pôr no código não tem um artigo que mostra a respeito neste assunto, os pais e bom entrar em um acordo para não prejudicar a criança, na hora de decidir.

Em sua obra Maria Berenice diz a respeito neste horário e dia de visita: “A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras”.

É bom lembrar que guarda unilateral por mais que seja exclusiva de um dos pais, não quer dizer que só quem tem a guarda vai ter responsabilidade apenas ele, caso o Menor queira casar o pai e a mãe tem que autorizar, precisar que ambos deixem.

Considera-se que o Menor nesta classificação e quem mais sair prejudicado, pois não vai ter o convívio todo dia com o genitor que não ficou com a guarda, e sim uns dias ou horas de visitas com o filho, e isso não é muito bom para a criança.

2.2 Guarda alternada

Esta modalidade de guarda o filho ficar com ambos os pais, um período com a mãe e um período com o pai, e no período que a mãe está com a guarda o pai pode ir visitar o filho e vice-versa.

Sobretudo tem autores que dizem que esta espécie de guarda, os pais acham que os filhos são objetos, e não pensam no melhor para a criança e sim em si próprio, por que a criança vai ficar um tempo com um e um tempo com outro.

Ana Maria Milano, ensina que:

Esse é um modelo de guarda que se opõe fortemente, a continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente a consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. (SILVA. 2008. P. 57.)

Está guarda, e de sentar forma exclusiva dos pais só que de maneira alternada, que os genitores têm que tomar decisões separados, que pode deixar as crianças confusas nestas situações.

Ocorre que esta alternatividade prejudica o Menor, na educação, na rotina, a criança vai ficar para lá e para cá não vai ter um lar vai ter que ficar dividida em duas casas.

A autora ressalva que:

[...] Essa alternatividade promove total quebra de rotina e dos hábitos educativos da criança, não sendo fixado um lar para o menor que terá que se dividir em duas casas [...] propiciando, assim, uma instabilidade emocional que será consolidada com as constantes idas e vindas, chegadas e despedidas e um e outro genitor. (AKEL. 2010. p. 94.)

Ainda nesta guarda alternada e muito difícil ser aplicada, mais quando e aplicada e por que os pais entram em um acordo, aí o magistrado optar em dá a guarda para ambos.

Alguns autores críticos esta modalidade de guarda, pois o filho sofre muito, por que tem que ficar se dividido em duas casas, a educação também sair prejudicada, por que um fala uma coisa outro fala outra e o menor ficar sem saber o que vai fazer, e isso são pontos negativos nesta guarda alternada.

2.3 Guarda física ou material e jurídica

O genitor que ficar com a guarda física e aquele que tem a convivência com o menor, já o que ficar responsável pela guarda jurídica e aquele que vai tomar as decisões relacionadas a crianças, nem sempre quem ficar com a guarda física, fica com a guarda jurídica ou ao contrário.

Conforme Quintas:

A guarda legal ou jurídica, isto é, aquela atribuída por lei como elemento do poder familiar, refere-se a responsabilidade dos pais de decidir o futuro dos filhos, direcionando-os, vigiando-os e protegendo-os. Já a guarda física é a presença do menor na mesma residência dos pais. (QUINTAS. 2009. P. 23.)

Contudo podemos conceituar a guarda física ou material ficar se dá para o genitor que vai quer tem mais aproximação do filho, o filho vai morar com ele, já a guarda jurídica o genitor ficará responsável para exerce direitos e deveres sobre o filho.

2.4 Guarda de fato

E a guarda que não e legalmente oficializada pelo Estado, e aquela que os pais decide por si mesmo sem precisar da lei, dá o nome guarda de fato.

Desta forma, Levy ressalta que:

A regularização da guarda de fato vem prevista no § 1º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e nossos tribunais, acompanhando a evolução doutrinaria que reconhece o afeto como vínculo jurídico, [...] tem reconhecido a capacidade de guarda de fato em gerar efeitos jurídicos e deferido a guarda de direito destas crianças aos seus cuidadores [...].(LEVY, 2008. p. 52.)

Deste modo, a guarda de fato e aquela que o genitor sem decisão judicial ou qualquer formar da lei, e sim por decisão própria decide cuidar, educar, afeto para o filho sem qualquer vínculo na justiça.

2.5 Aninhamento ou Nidação

Aninhamento ou nidação é uma espécie que e muito difícil acontecer, e quando os genitores que volta para casa, não o filho que vai para a casa nos pais, e uma situação que não é muito comum acontece.

Conseguimos observar no conhecimento de FONTES diz “No aninhamento ou nidação, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, os pais são quem a ela

mudam-se segundo um ritmo periódico. [...] por ser pouco prática, bastante exótica, e levar a prejuízos [...] é muito pouco defendida”.

2.5. Guarda originária e derivada

Nesta guarda originária do este nome por ser originária a guarda os genitores, se aplicar os pais o exercício de todas as funções de pais. Já a derivada e aquela que ocorre da lei ou da decisão judicial, que se dá a outra pessoa sem ser os pais.

Levy diz “que a guarda é originária quando deriva do direito natural dos pais, da própria filiação, enquanto a derivada é aquela que deriva da lei, como forma de substituição da família natural”.

2.6. Guarda provisória e definitiva

A guarda provisória também conhecida como guarda temporária, dá se quando o juiz não decisão ainda quem vai ter a guarda definitiva.

Segundo a autora Fernanda Rocha que:

Diz-se que a guarda é provisória quando é temporária, deferida liminarmente a fim de emprestar juridicidade a uma situação fática emergencial. O deferimento da guarda é a título provisório, pressupondo um procedimento judicial em andamento ou que tomará curso, como, por exemplo, nos processos de separação judicial litigiosa, regulamentação do direito de guarda, adoção. (LEVY, 2008. p. 49.)

Agora a guarda definitiva e aquela que é estabelecida entre as partes por um acordo amigável.

Por fim, a guarda provisória e a guarda definitiva não são espécie de guarda, isso ocorre quando o juiz ainda não decidiu quem tem mais condição para ficar com o menor definitiva, até a definitiva pode ser alterada, o que vai ser visto e o melhor interesse para o menor.

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Neste capítulo vamos estudar a respeito da Guarda Compartilhada a busca do melhor interesse do menor: princípios e origem, critérios legais para aplicação, vantagens e possíveis desvantagens, de acordo com a Lei 11.698\08.

3.1 Princípios

Quando se fala da disputa de guarda vale ressaltar que o que mais importar é o melhor interesse do menor, e não os dos pais. E bom lembra que o interesse no filho e prioridade.

Ainda a respeito que o interesse da criança e a prioridade e prioridade absoluta. Com a separação dos pais a guarda vai ser para escolher com quem vai ficar o filho, onde ele vai morar, a sua educação e tudo que envolve o interesse do menor.

Na Constituição de 1988 no seu artigo 227, tratar sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, favorecendo o princípio do melhor interesse do menor.

Neste sentido, o artigo se refere ao dever da família perante a sociedade, para assegurar a criança e ao adolescente, com uma vida segurar com educação, saúde, alimentação, moradia e o que tem a ver com a prioridade do interesse da criança.

3.2 Introito

Não é um trabalho nada fácil para magistrado distinguir qual o melhor interesse do menor, neste momento na maioria dos casos está em suas mãos dele a escolher qual vai ser a melhor categoria de guarda a ser aplicar. Não é tão fácil de mostra como parece. Salvo diversas as normas que precisam ser observadas e determinadas a risco, estes de maneira a

colocação da criança no grupo familiar, o afeto, residência, ensino, os irmãos, através demais pontos que são essenciais.

Podemos explicar que a separação dos pais e uma situação muito desagradável aos filhos, pois a criança sempre teve o convívio com os pais na mesma casa, torna que os filhos sofrem muito com esta circunstância de não ver o pai e mãe na mesma casa como era sempre. E esta mudança afeta muito na rotina dos filhos que vão ficar divididos.

Desta forma, ” [...] a noção de guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária”.

Na Constituição de 88 no seu artigo 227, decorre sobre o direito da família, nos filhos perante a sociedade.

Conforme o art. 227 da Constituição Federal de 88 ordena de que maneira ao direito da Criança à convivência familiar: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito [...] à convivência familiar [...].

Assim sendo, a Guarda Compartilhada sendo colocada a respondera o que a CRFB/1988 possibilita, especialmente, que a criança tem privilégio e o direito de relacionar-se em Família, em outras palavras, o descendente necessita conviver com os pais e não residir com um e eventualmente visitar o outro.

É considerável destacar o conhecimento de Delgado ao ponto de vista da Guarda Compartilhada:

“Ao inseri-la no ordenamento, o legislador civil objetivou criar um novo modelo de exercício de guarda que enseja alterações nas relações paterno-filial e materno-filial, propiciando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor” [...]. (DELGADO. 2010. P. 43.)

A Guarda Compartilhada tem por finalidade junta a família após a separação nos genitores, onde a guarda no menor ficar com a mãe, ficando o pai em segunda opção, resultando em um afastamento entre eles. Com a guarda definida, aproveitara o filho no convívio do pai e da mãe em diferentes momentos, assim priorizando os laços familiares.

Vale lembra que a Guarda Compartilhada foi criada para atender à necessidade, ou a maneira mais eficaz para os pais continuar próximo a criança mesmo depois do término entre eles. Para o menor ainda ter um vínculo de afeto com o pai e a mãe.

Porém, e considerável destacar que, a guarda compartilhada e permanecer com seus laços afetivos, reduzindo os resultados que a separação pode causar nos filhos e passando aos genitores tendo parte igual na vida da criança.

3.3 Conceito legal

De acordo a Lei 11.698\08, no artigo 1.583, §1º. Sobre a Guarda Compartilhada tal definição:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §1º. Compreende-se [...] por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL. 2002.)

É propício ressaltar que a Guarda Compartilhada e a melhor alternativa para o melhor interesse no filho que ter quer vir em primeiro lugar, para assim tem um equilíbrio no poder familiar e certificar a igualdade nos pais.

Verifica-se sua caracterizar e compreensão que pode ser um conceito de Guarda Compartilhada como a atividade conjunta do poder familiar por pais que não mora mais junto, e estão separados. Os pais vão ter o direito e dever de cuidar dos filhos, mesmo não estando mais morando no mesmo teto. E ambos vão ter o dever de participar ativamente da existência na criança.

Conforme Quintas ampara que:

Compartilha é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade á relação de afeto edificada entre pais e filho se evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS. 2009. P. 28.)

Conseguimos entender que a Guarda Compartilhada serve para compartilhar responsabilidade entre o pai e a mãe.

Denise Maria Perissini em sua obra conceitua guarda compartilhada da seguinte maneira:

[...] o meio pelo qual os pais [...] divorciados ou com dissolução de união estável realizada permanecem com as obrigações e os deveres na educação dos filhos e nos cuidados necessários ao desenvolvimento deles em todas as áreas, tais como emocional, psicológico, entre outras. (SILVA. 2009, P. 1.)

Desta maneira, a Guarda Compartilhada relaciona-se a uma modelo de guarda onde os genitores dividiram suas responsabilidades perante as crianças, e também compartilhar direitos, deveres e obrigações na vida nos filhos.

Podemos ressaltar, que a Guarda Compartilhada e uma espécie de guarda em que as crianças com pais separados continuam sobre responsabilidade dos pais, que tem obrigação de cuidar e de ensinar os filhos nas suas decisões.

3.4 Critérios para fixação da guarda: melhor interesse no menor

Com o objetivo ser fixada guarda vários são os fatores quais poderão ser levadas em observações, estes como, as questões saúde, educação amor e moradias entre outros que ter relação no melhor interesse no menor que é o que importar.

Ana Carolina Silveira no seu texto faz um importante destaque:

Diante da enorme gama de direitos que os princípios do melhor interesse da criança englobam, surgem inúmeras dificuldades no que diz respeito ao seu grau de aplicabilidade. Entretanto, é papel do magistrado prezar pelo infraconstitucionais que o respalda, uma vez que é dever do Poder Judiciário consolidar, em sua prática diária, decisões afirmativas da prevalência dos direitos e interesses da criança [...]. (AKEL. 2010 P.67.)

Porém, não e sempre que os pais vão ser a pessoas que vai ter a guarda do menor, o juiz que vai decidir qual vai ser o melhor para o menor, quem vai buscar o melhor interesse para o menor, assim o magistrado poder escolher outra pessoa no familiar para ficar com a guarda.

Nesta forma, o artigo 1.584, § 5º do Código Civil de 2002 diz:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda á pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL. 2002.)

É bem comum o juiz não dá a guarda nem para mãe e nem para o pai, e sim para outra pessoa da família de ambos, pois ele na sua decisão final ele concluir que por vários fatores a guarda não pode ser nem do pai e nem da mãe, ele buscar achar o melhor para o menor.

Nessa mesma situação, na possibilidade nos genitores não tem condições de ficar com os filhos a guarda vai ser deferida que as crianças vão ficar com terceiros que apresenta melhor condição para exercer, princípio do melhor interesse dos filhos.

No entanto, a guarda só pode ser dada a pessoa que vai dá amor, educação, afeto a criança, sendo pessoas quem tem um vínculo biológico ou não, o que buscar e o melhor interesse para o menor.

Conforme o que está nos parágrafos do art.28 de ECA:

Art. 28. [...] §_1º. Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada. §_2º. Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (BRASIL.2002.)

Entretanto, a posição do juiz não pode ser fundada somente da vontade que a criança te apresentar, e sim em quem vai ter mais condições para ficar com o menor.

Podemos ressaltar também, de acordo com o art. 35 de ECA:” Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”.

Outros tópicos que requerem uma importância para que seja conferida a responsabilidade da guarda sobre o Menor, que são elas: a idade da criança, visto que, no momento que o Menor começa um ciclo escolar, a criança neste momento consegue compreender o que está passando na sua família; em relação a sexo não importa se e menina ou menino, isso não impede que eles fiquem com o pai ou com a mãe; outro ponto muito importante e que se casal tem mais de dois filhos, eles não pode ficar separados, a guarda nos dois ficar com uma pessoa só.

Na doutrina de Ana Maria Miliano (2008, p. 439-440) ela afirmar que “[...] sempre que as circunstâncias indicarem a necessidade de alteração, o juiz pode rever sua posição, assim como as partes podem solicitar alteração daquilo que haviam previamente ajustado”.

Por fim, esta doutrina explica que em qualquer momento o magistrado poderá voltar atrás na sua decisão em relação a guarda, se ele vir que o melhor para a criança e ir para outra família, ele vai dar a guarda para terceiros buscando o melhor interesse o Menor.

3.5 Efeitos negativos

Não é toda a vez que a Guarda Compartilhada será adequada, neste momento então não vai ser aplicada. Tem circunstâncias que os genitores não vão tem condições de, por exemplo, uma casa não adequada para a criança, um serviço que ficar fora na cidade, e outras circunstâncias, pôr fim a Guarda Compartilhada nem sempre atenderá o melhor interesse do Menor.

Nos dias de atuais os povos pensar que quem ficar com a guarda na criança e mãe, pois fala que a mãe e quem cuidar e dar carinho, mais não e bem assim tem muito pai que cuida até melhor que a mãe, e como tem ao contraio, então muitas das vezes este pensamento que o homem não cuida no filho prejudica ao pai na disputa da guarda, tem pai também que quer a guarda só para não deixar ficar com mãe.

Várias são as opiniões quando se fala da possibilidade da aplicação da Guarda Compartilhada quando os pais nunca foram casados ou tiveram uma relação de convívio na mesma casa. Assim ficar difícil achar bons resultados para atender o melhor para o Menor neste caso.

Em regra, precisará ser sempre a permissão da Guarda Compartilhada, e apenas por exceção precisará ser concedida mais uma categoria de guarda, quando for esta sentença conveniente a criança, respondendo seu melhor interesse.

Mesmo esta espécie de guarda sendo aplicada pode aparecer alguns problemas que podem ser necessárias ocorre mudança pró no interesse na criança.

a) Novas núpcias dos pais. [...] as novas núpcias por si só não alteram o arranjo de guarda. Contudo, um novo casamento poderá afetar as decisões tomadas em conjunto. [...] em certos casos não há como manter o padrasto ou madrasta afastados da decisão, pois dão suporte aos pais e de maneira informal participam delas, [...] b) Mudanças de pontos de vista dos pais. [...] mudança de religião, crenças sobre o que seria melhor para a criança podem causar alguns problemas [...] nesses casos, devem recorrer a justiça, [...] c) Mudança de

residência dos pais. [...] Nesse caso, a distância só deverá afetar a guarda compartilhada no tocante á alternância de residências. (QUINTAS. 2009 P. 74-76)

Nem sempre acontecer mudanças, mais muita das vezes vai ocorrer e inevitável na família. Seja qual for a categoria da guarda compartilhada, possuirá mais êxito se os pais forem mais produtivos e maleáveis enfrentar com estas circunstâncias.

Para finalizar em relação às vantagens e desvantagens da Guarda Compartilhada poderão está na compreensão da modificação ao tempo duradouro. Depende da competência do diálogo dos pais e suas opiniões do que é obrigação das crianças e da família que teve modificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico como pode ver o seu estudo sobre a guarda compartilhada: a busca no melhor interesse do menor buscando entender a história como surgiu a guarda compartilhada, as espécies e também o princípio do melhor interesse no menor.

Entretanto, nos últimos anos tivemos algumas evoluções no poder familiar, também teve algumas mudanças na guarda para atender o melhor para a criança, quando os genitores se separarem ou quando os pais não são cansados.

Entretanto o poder familiar teve uma mudança radical, antigamente o pai tinha o poder sobre o filho e a mãe eram uma ajudante, agora hoje em dia tanto o pai como a mãe têm este poder de formar igual, e nas maiorias nas vezes quem ficar com a guarda e a mãe.

Assim sendo quando era o pátrio poder o pai que decidia tudo sobre o filho e sempre a vontade do pai era o que prevalecia, o pai mandava em todos e a mãe era como se fosse uma auxiliar caso o pai não tivesse a mãe substituíra, em tempo atual ambos têm responsabilidade igual, tanto o pai ou a mãe manda e tem obrigações sobre as crianças.

Considerando a guarda compartilhada tem várias modalidades de guarda, e o juiz vai estudar qual vai ser a melhor para atender que vai mais chegar perto no melhor interesse para a criança, pois o que mais se importa na guarda compartilhada e a buscar no melhor interesse para o menor.

Sendo assim, a pesquisa mostra nem sempre a vontade no filho ou nos genitores vai ser o que o juiz vai escolher, e sim quem o magistrado analisar e ver quem tem mais condições financeiras, emocionais para cuidar no menor, podendo não ser nem a mãe e nem o pai, sendo até terceiros.

Por fim, o guarda compartilhada: a busca do melhor interesse para o menor, se trata no melhor para o filho, quem vai ficar com a guarda na criança quando os pais se separam ou quando os pais não tem nenhum vínculo ao não ser a criança. Muitas das vezes a guarda não ficam com os genitores, podendo ficar com terceiros na família, depende muito de como e a convivência dos pais com a filhos, se de condições, se vai ter tempo para cuidar do menor.

Por isso tem a lei que pode ajudar a dá a guarda, por que o que mais importa na guarda compartilhada e o melhor para o menor, então tudo isso que a gente vimos aqui tudo conta para o juiz decidir quem vai ficar com a guarda na criança.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL, **lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. Revogada pela lei n° 10.406 de 10.1.2002**. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em 12 mar. 2021.

BRASIL, **lei n° 10. 406 de janeiro de 2002. Institui o código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 12 mar. 2021.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (Coord.). **Guarda compartilhada**: Visão em razão dos princípios fundamentais do direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. Compartilhando o amor. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (Coord). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 5.ed. São Paulo:RT, 2008

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. Sao Paulo: Pensamentos e Letras, 2009.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e a guarda de filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

RABELO, Sofia Miranda. **APASE - Associação de pais e mães separados**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>>. Acesso em: 02. mar. 2021.

NIGRO, Karina **Guarda compartilhada**. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/70206781/guarda-compartilhada/2>> Acesso em: 15 mar. 2021.

STACCIARINI, Alessandra. **Poder familiar: evolução histórica legislativa**. Disponível em: <<https://alestacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/190133523/poder-familiar-evolucao-historica-e-legislativa>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

O instituto do poder familiar: uma breve análise. Âmbito jurídico. 1 de maio de 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/o-instituto-do-poder-familiar-uma-breve-analise/>>. Acesso em 10 mar. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6 v. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

