**O PAPAEL DOS PAIS E A GUARDA COMPARTILHADA**

                                                                                                           Janimara Mauro Melo

                                                                                                           Marlânia Costa Rodrigues

**1 INTRODUÇAO**

Este trabalho visa analisar as mudanças ocorridas em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei 11.698 de 2008, que alterou a redação dos artigos do Código Civil Brasileiro com a introdução da guarda compartilhada.

Abordarei também os aspectos relevantes que esse instituto trás e a responsabilidade dos pais, que devem acima de tudo preservar o bem-estar dos filhos, mantendo a harmonia no ambiente familiar.

O tema escolhido para este projeto aprofundará um assunto bastante discutido atualmente, com vertentes controversas e divergentes. Considerando um lado, é notória a evolução do instituto da família no decorrer dos anos e o direito também evoluiu, vindo cada vez mais garantir a manutenção dos laços afetivos.

Num outro contexto, com o advento da Constituição Federal de 1988, mudou-se o entendimento sobre o conceito de família, onde foi possível reconhecer uma pluralidade de entidades familiares.

A Lei 11.698 de 2008, trouxe novos conceitos, com o objetivo maior de trazer benefícios tanto para os pais quantos para os filhos. Mostrando ainda como é a sua aplicação no caso concreto, com relação a prestação de alimentos, as visitas e a residência da criança.

Portanto, este trabalho tem como objetivo primordial mostrar as efetivas mudanças ocorridas em decorrência dessa nova lei que introduziu a guarda compartilhada no direito brasileiro.

**2 O PODER FAMILIAR**

2.1 CONCEITO

No antigo Código Civil de 1916, o poder familiar era conhecido de Pátrio Poder onde quem exercia o poder sobre os filhos era o pai, com o advento do novo Código Civil de 2002 houve a mudança na nomenclatura que passou de “pátrio poder” para “poder familiar”.

Na concepção de Gonçalves (2008, p 367) “ poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa e aos bens dos filhos menores”. Conforme Maria Helena Diniz ( 2005, p.513) a “proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens”.

São os filhos menores resultantes de casamento ou fora dele ou união estável, os adotivos e não emancipados, estão subordinados ao poder familiar atribuído em igualdade de condições aos pais. O estado impõe obrigações que deverão ser respeitas pelos pais. O estado impõe obrigações que deverão ser respeitadas pelos pais. Ainda neste sentido Akel (2010, p.11) afirma:

Para diversos doutrinadores, o poder familiar, nos tempos atuais, constitui uma gama de obrigações dos pais, sem qualquer preocupação de incluir em definição direitos a eles inerentes. Assim, poder familiar é menos poder e mais dever, exteriorizando através de um *múnus*, ou seja, um encargo legal atribuído aos pais, em virtude de certas circunstâncias, o qual não se pode contestar.

 Dispõe o art. 229, CF, na primeira parte. “ Os pais têm o dever de assistir , criar e educar os filhos menores [...]”, traz expressamente no texto constitucional as obrigações advinhas do poder familiar, traduzidas de forma geral nos cuidados necessários para garantir o desenvolvimento físico, psicológico, social, afetivo, dentro outros, dos filhos

**2.2 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR**

Segundo ensina de Gonçalves (2008, p.369), poder familiar é um poder dever incomunicável, onde os pais não poderão renunciá-lo e nem transferi-lo. .A exceção é a colocação do menor em família substituta, prevista no artigo 166  do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

É imprescindível, pois não caduca pelo fato de não ser exercido pelos genitores, podendo decair apenas nos casos previstos em lei. É incompatível com a tutela, enquanto os genitores não forem destituídos ou suspensos do poder familiar, não poderá nomear um tutor. É um múnus público, onde o Estado impõe as normas que deverão ser observadas pelos genitores. No caso de inobservâncias normas, os genitores poderão sofrer punição do Estado como, por exemplo, uma suspensão ou perda do poder familiar.

                        Aborda Diniz (2005, p. 514) que ainda existe uma relação de autoridade, pela existência de subordinação em pais e filhos, onde os genitores têm o poder de exigir obediência dos filhos, conforme dispõe o art. 1.634, VII, do Código Civil Brasileiro, art.1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”. Mas segundo entendimento de Venosa (2010, p.311), “ os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos. Não há, contudo, uma subordinação hierárquica. O respeito deve ser reciproco”.

**3 GUARDA**

3.1 DEFINIÇÃO

O vocábulo guarda, de acordo com De Plácio e Silva ( apud, AKEL, 2008, p.73) “ é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos conjugues, de ter em sua companhia ou de protege-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E “ guarda” neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais”.

 Diniz (apud,  AKEL, 2008, P.75) também conceitua guarda, vejamos:

Um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-se junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou frequência a determinados lugares por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

3.2 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A guarda, conforme dispõe o art.28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma das modalidades de colocação da criança em família substituta, na qual o detentor se obriga à assistência material moral e educacional da criança ou do adolescente, podendo opor-se a terceiro e não aos genitores, diferentemente da previsão no Código Civil que é a decorrente do divórcio entre o marido e a mulher.

A colocação da criança em família substituta é medida excepcional, pois a regra é que permaneça no seio de sua família natural, que é a formada pelos genitores biológicos. Vejamos no art. 19 do ECA.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em uma família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes

            É uma medida de proteção à criança a sua colocação em família substituta, segundo Marçura, Cury e Garrido de Paula (apud ISHIDA, p. 30) “ somente na hipótese de direitos fundamentais ameaçados ou violados do menor, permite-se a colocação em família substituta”.

1. **GUARDA COMPARTILHADA**

4.1 LEI 11.698 DE 2008

            A guarda compartilhada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, na qual mudou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, onde definiu a guarda unilateral e compartilhada e deixou claro que deve dar preferência a guarda compartilhada, pois garante uma maior participação dos genitores na vida da criança. Vejamos a nova redação dos artigos do código civil:

Artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

* 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua (art. 1584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não viviam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

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

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

* 1o Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
* 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
* 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
* 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
* 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
* 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
* 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
* 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
* 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
* 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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

            Mesmo antes do advento da Lei, o compartilhamento já era uma opção de guarda admitida por muitos juízes, com base na igualdade dos genitores e no bem estar da criança.

            Dispõe Akel (2010, p.103) “ guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento”. No compartilhamento, akdo cotidiano do filho, sem precisar de regulamentação de dia e hora para vê-los. Existe posicionamento diferente entre os doutrinadores, que entende ser necessário a regulamentação de conivência.

4.2. CONCEITO E OBJETIVO

            A guarda compartilhada busca assegurar uma maior participação de ambos os genitores na educação   e convivência com o filho mesmo após o divórcio, onde na modalidade de guarda unilateral, é atribuído apenas o direito de visitas que ocasionava a quebra dos vínculos afetivos, pois essas visitas tinham a tendência de se tornar cada vez mais escassas.

            O compartilhamento da guarda após a ruptura busca manter a convivência de pai e filho, mantendo a corresponsabilidade parental.

            Leciona Netto Lobo (2003, p.122-123):

 A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais que devem assumir em caráter permanente, os deveres próprios de pai e de mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do laser e do sustento material e moral.

Como guarda compartilhada, tenta minimizar os efeitos da dissolução da sociedade conjugal, fazendo que permaneça a convivência como forma de manter os laços conjugal, onde são conferidos aos pais poderes e deveres iguais em relação ao exercício do poder parental. Assim destaca Dias (2010, p.436):

 A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferir 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.

A permanência dos laços de afeto e convivência entre pai e filho após a ruptura conjugal é um dos principais objetos desde novo modelo de guarda, pois os desentendimentos entre os pais não pode atingir o afeto e relacionamento com os filhos. Neste sentido, o magistrado Ronaldo Martins (apud, Akel, 2010, p.104), dispõe em seu parecer:

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e fato de viverem estes separados não pode retirar esse direito, como fazem alguns, causando-lhes traumas, sofrimento e angustia pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é o responsável por sua existência em um certo fim de semana [...]. O convívio do filho com o pai ou a mãe pode ser esporádico como o adotando-se o sistema padrão.[..] mesmo separados, os pais devem permanecer unidos quanto aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar.

A dissolução conjugal entre o marido e a mulher é legalmente reconhecida, e independentemente desta situação, a relação com os filhos deverá ser preservada, não se pode admitir limitação em decorrência dos problemas conjugais.

**5.CONCLUSÃO**

O presente estudo verificou os aspectos gerais do papel dos pais e a guarda compartilhada, com o enfoque na legitimidade e seus limites legais. O compartilhamento proporciona direitos e deveres iguais aos pais, ou seja, atribui uma responsabilização conjunta.

Mesmo com todos os benefícios trazidos com sua edição, a Lei 12.318/10 se mostrou insuficiente para coibir a prática da alienação parental, por este motivo a edição da Lei 13.058/14 que trata do novo regime de guarda compartilhada, trouxe em seu bojo uma nova perspectiva ao tema. Esta lei inovou ao tornar regra o regime de guarda compartilhada, possibilitando uma criação e uma educação mais participativa por ambos os pais. Isto, a nosso ver, trará o benefício de minorar paulatinamente os casos de alienação parental.

 Assim, a aplicação conjunta dos dois dispositivos tratados no presente artigo traz um sopro de esta esperança àqueles que são ou serão vítimas desta prática tão perversa, que traz tantos prejuízos à sociedade, que é a síndrome de alienação parental.

**REFERÊNCIAS**

VENOSA, Silvio de Salvo**: Direito Civil: direito de família**. 10ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 20ª Ed. São Paulo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. 5ª Ed. Ver e atual-São Paulo: Saraiva, 2008.

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