

GUARDA COMPARTILHADA DOS PADRASTOS E MADRASTAS: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MAIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

STEPPARENTS' SHARED CUSTODY: EFFECTIVENESS OF THE YOUNGSTER GREATER INTEREST PRINCIPLE

Guilherme Domingos de Luca¹
Danilo Rinaldi dos Santos Jr.²

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o instituto jurídico da guarda compartilhada, e o seu cabimento quanto aos padrastos/madrastas e os seus enteados, a partir da ótica do princípio do maior interesse da criança e do adolescente. A ruptura do vínculo conjugal traz diversas consequências nas relações familiares, não se falando apenas entre homem e mulher, mas sim entre genitores e prole. Isto também ocorre quando há bom relacionamento entre o genitor e o padrasto/madrasta. Muitas vezes, em decorrência de interesses individuais, pais acabam utilizando seus filhos como objeto de disputa. Todavia, pensando no maior interesse da criança e objetivando o fim das disputas, tem o direito inovado e imposto novos modelos de guardas, sendo ela compartilhada entre ambos os pais e até mesmo nos padrastos e madrastras, conforme será demonstrado. Para se chegar ao resultado esperado, adotou-se o método de investigação dedutivo, valendo-se de comparadas bibliográficas e análises jurisprudenciais.

Palavras-Chave: Guarda Compartilhada. Maior interesse da Criança. Padrasto/ Madrasta.

ABSTRACT

The present study scopes to analyze a legal institute known as shared custody, and its application on stepparents and stepsons, treading from the youngster greater interest principle. When a marital bond breaks it brings many consequences into a familiar relationship, not just between the wife and husband but among parents and their children. This also occurs when there are a good relationship between the genitor and its stepparents. Many times, owing to individual interests, the parents end up using their children as a contention object. However, thinking about a greater interest of a child and seeking the end of parents' contentions, the law has been innovating and presenting new models of custody, being shared between both parents and stepparents, as this study shows along. To reach the main result, the deductive method of investigation is applied by bibliographic comparisons and analyzing court decisions.

Keywords: Shared Custody. Youngster Greater interest. Stepfather / Stepmother

¹ Advogado. Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC – Minas Gerais. Membro dos Grupos de Pesquisas NEPI – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet e Ética do Afeto, ambos cadastrados no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. E-mail: guilherme.luca@uol.com.br.

² Advogado. Auditor do tribunal desportivo da FEBRASA. Professor da Faculdade Evangélica de Brasília – DF. Vice-presidente da Sociedade Esportiva do Gama. Mestrando no Programa de Mestrado em Direito da UNIVEM. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior. E-mail: danilorinaldi@gmail.com.

1. Introdução

O desenvolvimento da personalidade do menor ou adolescente está diretamente relacionado à forma pela qual foi criado por seus genitores ou responsáveis, atrelando-se com a respectiva participação em toda a vida e desenvolvimento.

Esta participação dos pais no desenvolvimento dos filhos refere-se aos laços adquiridos com a convivência e os sentimentos diários.

Este fato também se repete na ausência de um dos genitores, onde há substituição pela figura de um padrasto ou madrasta, muitas vezes.

Assim o término do relacionamento entre os pais e até mesmo com os padrastos e madrastas, pode se tornar motivo para inúmeros problemas e angústias do menor, visto que a sensação de distanciamento ou de perda de um membro tão importante em razão da “separação” gera diferentes tipos de abalos psíquicos e emocionais.

Atualmente, tem se tornado cada vez mais comum à ruptura do vínculo conjugal. As consequências de tais atos flexionam-se na aplicação dos institutos de direito de família, principalmente nas relações em que há prole originada pelos genitores, devendo-se decidir sobre a guarda dos filhos a partir do “maior interesse da criança”.

O “maior interesse da criança e do adolescente” é o princípio jurídico positivado que dispõe sobre a tutela dos interesses do menor, e não dos genitores, em que havendo divergências sobre a guarda da prole, caberá ao Poder Judiciário através da figura do Magistrado, se pautar nas questões que flexionam para as maiores vantagens que os filhos terão a partir desta separação, ressaltando que a escolha não interfira no relacionamento pai-filho, ou mãe-filho.

Mas com a evolução dos conceitos de família, percebe-se que muitas vezes os vínculos de afeto passam a existir também entre os enteados, pais e padrastos, não se restringindo apenas aos genitores. Quando há o término do relacionamento conjugal entre pais e padrastos ou madrastas, os mesmo efeitos que o término do relacionamento entre genitores se repetem, havendo um efetivo sentimento de perda que deve ser suprido, para não se gerar traumas futuros.

Assim, existindo a afetividade entre o menor enteado com seus padrastos ou madrastas, há também o interesse da guarda compartilhada para que se mantenham os vínculos adquiridos ao longo do tempo.

A partir de tais aspectos, o artigo em suma, analisará ainda o instituto jurídico da “guarda”, a partir da ótica do Direito Brasileiro. Deste modo, apresentado os tipos de guarda, será destacada a “guarda compartilhada”, e suas implicações vislumbradas em face da norma jurídica, doutrinária e jurisprudencial.

Dada à relevância do instituto da guarda compartilhada nas relações, após a ruptura dos laços conjugais entre os pais, será apresentada ainda a análise dos benefícios ou não que tal instituto dispõe e oferece, ressaltando-se sempre a efetividade do “maior interesse da criança e do adolescente”.

Por fim, será ainda apresentado o entendimento acerca do direito da guarda compartilhada requerida pelo padrasto ou madrasta que possui interesse e afeto pelo menor enteado, para que se efetive o princípio do “menor interesse da criança e do adolescente”.

É certo que o objetivo central do presente estudo é de levantar o panorama atual da guarda compartilhada no Direito positivado Brasileiro, e entender o cabimento do referido instituto nos casos em que padrasto ou madrasta requerem a guarda em face do seu enteado, dado o vínculo firmado pela relação afetiva desenvolvida ao longo do tempo.

O método de investigação adotado se pautou no dedutivo, valendo-se o trabalho em comparadas bibliográficas e análises de artigos e jurisprudências.

2. Da Ruptura do vínculo conjugal e consequências nas relações familiares

O término de um relacionamento sempre foi motivo de inúmeras controversas e temor ao longo da história.

Registros apontam para inúmeros julgamentos e até mesmo reprovação social daquelas pessoas que em determinado momento desconstituíram o laço matrimonial.

Mesmo na atualidade, perante a Bíblia ou qualquer outro livro Sagrado, o rompimento dos laços conjugais equivale-se a um grave pecado, considerando como impuros os membros deste antigo relacionamento. "Todo o que abandonar sua mulher e casar com outra, comete adultério; e quem se casar com a mulher rejeitada, comete adultério também" (BÍBLIA, 2006, p. 1370).

Por outro lado, tendo em vista a evolução social, aumento das tecnologias, e também as mudanças de comportamento adotadas pelas pessoas, o rompimento de uma união deixou de ser visto como algo impuro, e passou ser aceito cada vez mais perante as pessoas. Tanto que apenas no ano de 2012 foram registrados no Brasil o número de 341.600 divórcios

concedidos em primeira instâncias, sem recursos ou por escrituras extrajudiciais, segundo levantamentos aferidos pelo IBGE (BRASIL, 2014).

Muito além que uma questão cultural, a ruptura do vínculo conjugal ocorre em razão de inúmeros fatores, de modo que a ausência de paciência e tolerância dificulta a união e enfraquece os elos de afetividade, ocasionando consecutivamente no seu término.

Não só havendo o desfecho de uma relação entre um casal, aponta-se para a problemática que se cria nas relações paterno-filiais, vez que além da decadência ocorrida entre os genitores, reflexos imediatos são direcionados a toda a prole, já que em inúmeros casos uma nova rotina acaba se criando.

Havendo a manutenção do liame familiar, onde há uma convivência unida sob a mesma residência, a prole acaba tendo o acompanhamento físico e psicológico de ambos os genitores, fato que não ocorre nas situações onde o casal extingue a sua convivência (AKEL, 2010, p. 57).

Contudo, tal fato não ocorre quando há problemas entre os membros da família, de modo que a relação entre ambos os genitores se tornam conflituosas e decadentes, tornando-se constante as brigas e disputas de proveito e vantagem, deixando os interesses dos filhos de lado, e afastando qualquer hipótese de solução, pacificação e acordo.

Inegavelmente, o término de uma relação não constitui o fim da autoridade parental, visto que a mesma não se extingue, ocorrendo apenas à alteração de suas práticas. Todavia, acontecendo o rompimento de forma conflituosa, inúmeros são os reflexos psicológicos que poderão ser desencadeados nos filhos, principalmente nas situações em que estes são utilizados como “objeto de negociação”, além de também dificultar o livre exercício do poder familiar.

A utilização do menor como centro dos problemas conjugais e a exposição daquele, a sentimentos de vingança, deixa-o refém das mais violentas formas de alienação. Na verdade, a vulnerabilidade emocional dos pais e sua incapacidade de proteger os filhos dos problemas conjugais, acaba por ocasionar também a desestruturação emocional de sua prole (MONTEIRO, 2011, p. 03).

Este abalo emocional ocasionado em razão do conflito emerge-se também pelo simples fato de se pleitear a tutela jurisdicional do Estado, em que se cria uma batalha incansável, onde cada parte tenta demonstrar que é melhor na criação de seus filhos, e que o outro não é um bom genitor, esquecendo-se que o que está sendo discutido é a vida de um menor que possui sentimentos, e que na maioria das vezes está presente e entendendo toda a

problemática suscitada. Em razão da “guerra então declarada”, muitas vezes o menor deixa de respeitar o genitor pelo qual não habita.

Considera que a criança está sendo alienada, a partir do momento em que expõe sentimentos negativos em relação ao genitor ausente, sem razão alguma:

Para identificar uma criança alienada, é mostrado como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “*folie a deux*”. Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio (PODEVYN, 2001).

Este sentimento negativo também é chamado de alienação parental, onde a criança “é programada para odiar um de seus pais, sem justificativa” (GRISARD FILHO, 1999, p. 10).

Assim, tem se tornado cada vez mais comum os casos onde o detentor da guarda tenta se vingar do antigo cônjuge, refletindo este sentimento em sua prole. O menor se torna um instrumento de agressão.

Dentre inúmeras jurisprudências a respeito da temática, destacam-se os esclarecimentos de Dias:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte (BRASIL, 2006).

O referido acórdão foi considerado o posicionamento mais celebre e inovador dentre as demais jurisprudências a respeito da temática. Trata-se de uma decisão até então inovadora e que retrata bem os danos causados pela chamada “síndrome da alienação parental”.

Em muitos casos, o genitor causador age de forma sutil ao público, praticando dentro de sua residência e longe de qualquer testemunha. Em situações mais graves, desenvolve-se no imaginário infantil uma situação praticada pelo genitor ausente, que na aferição da primazia da realidade, jamais existiu.

De forma que tais conflitos se extinguem, o direito positivo inseriu a possibilidade de guarda conjunta, havendo divisão das responsabilidades, e reaproximação dos genitores em face de suas proles, de modo que o maior interesse da criança e do adolescente seja preservado.

3. O Princípio do maior interesse da criança e do adolescente como instrumento da guarda

A Declaração Universal dos Direitos da Criança foi proferida no ano de 1959, na ONU, consagrando direitos próprios dos menores no âmbito internacional, tornando-os como membros individualizados da família humana.

Referida Declaração alçou a criança ao patamar de sujeito de direitos, dando início à aplicação do princípio do melhor interesse da criança (MONACO, 2009. p. 445-446).

A Constituição Federal Brasileira consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, nos termos do artigo 1º, III, de modo que à criança também é estendido à referida tutela, conforme artigo 227, também da Carta Magna.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Por vez, o artigo 3º do ECA (BRASIL, 1990), assegura que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral (...)”.

Referido princípio também é chamado de “*best interest of the child*”, já que sua origem é inglesa, se tratando de uma prerrogativa que era dada ao rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria (AKEL, 2010, p. 60).

Na prática, o princípio do maior interesse da criança relaciona-se com os sentimentos que o menor despertará no processo de separação de seus genitores.

Muitas vezes, o sentimento de perda ou de remota perda pela criança, além de ansiedades e angústia que o rompimento do vínculo conjugal ocasiona nos filhos, o princípio em síntese aparece como instrumento conscientizador de que aquela ruptura não afetará o vínculo afetivo entre pais e prole. Cabe aos genitores o dever de respeitar os direitos de visitas e alimentos, independentemente de quem esteja com a guarda do menor.

Na maioria dos casos, é natural que os filhos não queiram a separação de seus pais. Assim, podem os genitores que estão se divorciando aproximarem para manter e nutrir o ambiente sadio e minimizar os traumas que tal fato ocasiona. O menor interesse da criança tange-se a partir da visão que os filhos possuem sobre a união de seus pais, de modo que possam visualizar a união no sentido de respeito, mesmo separados.

Conforme visto, as pesquisas demonstram que maior parte das consequências negativas da separação pode ser minorada através da manutenção e do reforço de uma relação contínua e próxima com ambos os pais, contribuindo para um melhor ajuste à transformação da família, bem como para uma recuperação mais eficaz do trauma emocional que possa ter resultado da desunião (AKEL, 2010, p. 60).

A aplicabilidade do princípio do “maior interesse da criança e do adolescente” muitas vezes se depara com inúmeras barreiras, já que a vontade do menor há de se prevalecer diante do rompimento do vínculo conjugal dos genitores.

No âmbito jurisdicional, cabe ao Poder Judiciário, através da figura do magistrado, fazer valer tais garantias legais, consolidando decisões afirmativas quanto à garantia de direitos e interesses do menor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. 1. CONFERE-SE O DIREITO DE GUARDA A QUEM MELHOR ATENDER AOS INTERESSES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OS INTERESSES DO MENOR HÃO DE SEMPRE SE SOBREPOR AOS DOS PAIS. 2. AGRAVO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 20120020297293 DF 0030992-55.2012.8.07.0000/ DF. Relator: Antoninho Lopes. Brasília, 17 de abril de 2013) (BRASIL, 2013).

Tendo em vista a moderna jurisprudência, e a legislação pertinente quanto o “maior interesse da criança e do adolescente”, percebe-se que não há dúvidas que os direitos fundamentais do menor devem ser preservados, independente da existência ou não do vínculo afetivo entre os genitores.

Em razão da aplicação do princípio em suma, a legislação tem permitido a utilização da “guarda compartilhada”, onde “de toda sorte, haverá um lar único, não se admitindo, *a priori*, a guarda alternada ou fracionada, em que o filho fica um tempo com um genitor e um tempo com o outro de forma sucessiva” (TARTUCE, 2012, p. 1042).

Assim, diante de tais posicionamentos acerca do direito positivo, importante se faz destacar o estudo da guarda compartilhada, mas diferenciando-o do instituto da guarda monoparental.

4. Da Guarda

A guarda se refere à competência dada aos pais ou determinado cônjuge para cuidar e proteger um filho. Silva classifica o vocábulo guarda, como sendo “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil” (SILVA, 1990, p. 365-366).

Ela não se confunde com a posse, ora que no âmbito do direito civil, em especial nas relações de família, a guarda significa estar com a pessoa, acompanhando o seu desenvolvimento, ajudando-a, contribuindo para sua formação, e vigiando. Segundo Diniz, “constitui um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os 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 do menor (DINIZ, 2010, p. 444)”.

A guarda não se confunde também com o exercício do poder familiar, tendo em vista possuir natureza própria, decorrida da necessidade de proteção. Já a guarda é decorrente do exercício do poder familiar.

Independente da forma pela qual a guarda é exercida, o princípio do “maior interesse da criança e do adolescente” sempre será relevante nas ocasiões em que houver rompimento dos laços conjugais entre os pais, e consecutivamente “disputa” pelo direito de tutelar o menor.

Segundo a tradição jurídica brasileira, havendo a separação e divórcio do casal, cabe a um dos genitores a guarda exclusiva sobre o menor. Trata-se da guarda onde apenas um membro do casal detém direitos sobre a criança. Muitos a denominam como “uniparental”.

A criança é colocada sob a guarda de um dos pais, que exercerá uma relação contínua com o filho, enquanto o outro, adstrito apenas a visitas, mantém relações mais restritas, descontínuas e esporádicas com o/a filho/a, propiciando o afastamento entre eles. Percebe-se, assim, que no regime tradicional de guarda, ocorre efetiva quebra dos vínculos de intimidade, bem como de continuidade na relação entre pai e filho (AKEL, 2010, p. 91).

O modelo de guarda em questão é responsável por inúmeros debates, já que a exclusividade da guarda perante um dos genitores contribui para o rompimento dos vínculos emocionais entre os filhos e genitor não guardião. Assim, muitas vezes o maior interesse do menor é deixado de lado, ora que a presença de ambos os pais se apresenta de forma necessária para o desenvolvimento do filho, e a eventual ausência de um deles cria a chamada perda de referencial familiar, o que ao longo dos anos pode acarretar problemas psicológicos e transtornos imensuráveis.

Independentemente do rompimento do vínculo conjugal, o menor possui o direito ao trato constante familiar, mesmo que acontecem mudanças na estruturação do lar (pai ou mãe que deixam de residir naquele lar).

Visando reparar tais equívocos, na atualidade a jurisprudência tem se pacificado no sentido de garantir a efetividade dos interesses do menor, valendo-se da guarda alternada e compartilhada.

A guarda alternada é aquela em que cada um dos pais detém a guarda do filho alternadamente, segundo seu ritmo temporal, e dentro deste período possui de forma exclusiva a totalidade dos poderes e deveres que integram o poder paternal (AMARAL, 1997, p. 168).

Muitos defendem tal modalidade de guarda sob argumentação de que há o estreitamento da relação entre os pais com a prole, não se falando em possível distanciamento. Em sentido contrário, muitos classificam como modalidade de guarda “pingue-pongue”, tendo em vista que impede que o menor crie laços afetivos aos seus pais, uma vez que sempre que se adaptar a uma rotina, a guarda se transfere para o outro, “passando-se de mão em mão”.

Quanto à modalidade da guarda compartilhada, esta exerce importante papel dentro do ordenamento jurídico positivo. Nela, os pais dividem as atribuições e responsabilidades em relação aos filhos, deliberando sobre a rotina do menor, que será tomada em conjunto.

Referido instituto passou a vigorar a partir do advento da lei nº11.698, de 13 de Junho de 2008 (BRASIL, 2008), que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil Brasileiro, inserindo a possibilidade da guarda compartilhada e da unilateral.

Na guarda compartilhada, a criança ou adolescente mora com um dos pais, mas não há imposição de visitas e limite de acesso a prole. Ressalta-se que as decisões tomadas referente a criação dos filhos ocorre conjuntamente.

Nesta modalidade de guarda, há igualdade nos poderes (similitude de deveres e direitos) exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito

embora morem em casas separadas, e até mesmo em localidades diferentes (MESSIAS NETO, 2009).

Não se confunde a guarda compartilhada com a guarda alternada. Na primeira, segundo exposição do Código Civil (BRASIL, 2002), artigo 1589, “o filho continua a residir somente com um dos pais, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita”.

Esta modalidade de guarda surgiu a partir da necessidade de se obter um meio capaz de fazer com que os genitores que mesmo não estando juntos, se mantivessem ligados aos filhos mesmo após o término da relação. Este modelo “mantém o exercício em comum da autoridade parental e reserva a cada um dos pais o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança” (LEITE, 2003, p. 261).

Dentre os principais elogios feitos a esta sistemática de guarda, ressalta-se a maior permanência dos laços de união entre pais e filhos mesmo diante da ruptura do relacionamento conjugal. Assim, muito embora possa existir desentendimento entre pais e filhos, estes fatos não atingem o relacionamento decorrente da filiação.

A guarda compartilhada ainda se apresenta como um novo instituto jurídico, muito embora a sua lei seja do ano de 2008. Ela é responsável pela promoção de uma nova forma de exercício do poder familiar, diferenciando-a do poder e da posse que os outros tipos de guarda remetem, e ainda prevalece a presença efetiva dos pais no convívio dos filhos.

5. Vantagens e desvantagens acerca da guarda compartilhada no Direito Brasileiro

A característica mais marcante do instituto da guarda compartilhada é a sua total flexibilidade, onde os pais convivem de forma livre com os filhos.

Todavia, o convívio contínuo de ambos os genitores em muitos casos acaba desencadeando problemas e desentendimentos naturais, tornando algo que era amistoso em conflituoso.

Diante de tais problemas, cabe ao Poder Judiciário, através da figura do juiz, fazer valer o maior interesse da criança, caso haja necessidade de prestação da tutela jurisdicional em razão de conflitos originados da guarda compartilhada. Verificado o cerne dos conflitos, o magistrado decidirá na manutenção ou não deste modelo de guarda, podendo converter em guarda uniparental, se assim for mais benéfico para o menor.

Também não há que se falar em aplicação do instituto da guarda compartilhada nas situações onde um dos genitores não aceita o convívio com o outro, ora que se trata de uma relação contínua. A eventual concessão dentro de uma situação como esta, poderá ser

prejudicial ao menor, tendo em vista que se aponta como indícios de brigas e inimizades. A relação entre os genitores tem que ser amistosa desde o rompimento do vínculo afetivo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. PRETENSÃO PATERNA DE GUARDA COMPARTILHADA. GUARDA UNILATERAL EXERCIDA DEFERIDA À GENITORA. AUSÊNCIA DE CONSENSO. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. A guarda compartilhada não deve ser fruto de imposição do juízo, mas uma decorrência de acordo entre as partes. Logo, se a genitora não concorda com a guarda compartilhada, não se deve alterar a situação atual, em observância ao melhor interesse do infante (Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70057505596/RS. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2014) (BRASIL, 2014).

A guarda aqui estudada almeja garantir os interesses do menor, protegendo-o, e permitindo seu desenvolvimento. Assim, não há que se falar em guarda compartilhada na presença de conflitos entre os pais.

Dentre as principais vantagens oferecidas por este modelo apresentado, se deve a não imposição de escolha do filho por um dos genitores na função de seu guardião. Assim, evita-se a angústia e frustração que muitas vezes ocorre nos casos em que este tem que optar por um dos pais. Ambos os pais são privilegiados igualmente, podendo fortalecer as suas relações com a criança ou adolescente.

No que tange a responsabilidade, havendo o compartilhamento da guarda, esta acontecerá de forma solidária no caso de prejuízos gerados pelo menor, o que assim evita o conflito característico da guarda alternada, onde o responsável é acusado pelo outro de não zelar e cuidar do filho de maneira devida.

Muitos são os benefícios gerados pela guarda compartilhada. Dentre eles, há a inibição do sentimento gerado pelo divórcio, em que os pais são capazes de conviver independentemente das diferenças contraídas com o final de sua relação.

A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade e, quando os pais são capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade, a complexa situação dos filhos instaurada pelo divórcio encontra resposta na guarda conjunta, ressaltando, mais uma vez, que a guarda compartilhada só funciona da forma como deve funcionar quando se estabelece a harmonia entre os genitores (AKEL, 2010, p. 109).

A guarda compartilhada não permite a privação do menor da convivência no grupo familiar e na sociedade que já estava acostumado anterior ao término da relação dos seus genitores.

Ademais, muitos consideram que a prole deve possuir faixa etária superior a quatro ou cinco anos de idade, para que seja deferida a guarda compartilhada, já que anterior a isso, o convívio em ambientes diferentes requer uma capacidade de adaptação que só é possível em crianças mais desenvolvidas (RIBERTI, 1997, p. 83).

Por fim, ressalta-se que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada. O menor não reside em cada semana num determinado lar. Tal distinção deve ser estabelecida e entendida pelos genitores desde o término do relacionamento entre ambos. Deve haver a residência habitual da prole, sendo a verdadeira referência do menor, onde cumprirá suas obrigações, cabendo ao genitor não residente o livre acesso, e a mais perfeita harmonia com o outro, nunca deixando de se ressaltar, que a prevalência dos interesses do menor deve ser preservado em todo instante.

6. A guarda compartilhada na relação entre padrasto/ madrasta e enteado

O senso comum remete muitas vezes a ideia de que a guarda compartilhada só ocorre na relação entre pai, mãe e filho.

Todavia, o entendimento jurisprudencial tem se manifestado de forma diferenciada, de modo que o referido instituto jurídico não se limita apenas aos laços sanguíneos. Assim, a partir da inovação dos entendimentos dos tribunais, e em consonância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, cada vez mais tem se tornado comum o deferimento de pedidos judiciais de padrastos e madrastas, que ao longo da relação com seu antigo cônjuge, criou vínculos afetivos com o então enteado.

É certo que na legislação vigente, não há nenhum disposto que permite o padrasto ou madrasta exercer qualquer poder sobre o seu enteado, sendo que a única forma de se relacionarem dentro da esfera legiferante é através de adoção unilateral nas hipóteses de pai ou mãe ausente ou falecido; requisição de guarda nas hipóteses em que o outro pai é relapso, omissivo ou que violou o dever de cuidado;

Por outro lado, tem o legislador se deparado com as situações onde o menor, há anos, vive na companhia de um de seus genitores, e respectivamente na companhia de um padrasto ou madrasta, e que muitas vezes acaba desenvolvendo forte relação de afeto. Em muitos casos, a criança ou adolescente acabam chamando o companheiro (a) de seus pais, de "pai ou

mãe", tamanho o grau de relacionamento de ambos, em decorrência do convívio e do afeto que se estabeleceu.

O grau de afinidade não pode ser estabelecido simplesmente em decorrência da vontade unilateral dos pais. Muitas vezes o bom relacionamento decorrente do respeito, e da evolução do afeto acaba gerando o amor, que se evolui ao longo do tempo simplesmente pela existência do amor humano:

Quase o mesmo se pode dizer do amor e da morte. Parentesco, afinidade, elos causais são traços da individualidade e/ou do convívio humanos. O amor e a morte não têm história própria. São eventos que ocorrem no tempo humano - eventos distintos, não conectados (muito menos de modo causal) com eventos “similares”, a não ser na visão de instituições ávidas por identificar - (por inventar) - retrospectivamente essas conexões e compreender o incompreensível (BAUMAN, 2004, p. 10).

O amor surge a partir do relacionamento contínuo que se dá através do convívio humano. Conforme demonstrado pelo autor, o referido sentimento, da mesma forma como ocorre com a morte, tem histórias próprias e que só acontecem com o tempo humano. Neste aspecto, nas relações entre enteado, padrasto e madrasta, é natural que a partir dos laços afetivos, cria-se uma relação de amor e respeito, até mais forte do que ocorre com os próprios pais, o que de certa forma pode ser entendido como uma relação familiar.

Ademais, a finalidade da família é o amor, afetividade, e o exercício do direito à felicidade e de ser feliz. Assim, nestas relações que surgem, há outro aspecto familiar emergido:

E porque na família os laços de AMOR e/ou afetividade pontuam uma das formas, ou, quem sabe, a única, de concretização da busca do bem maior da trajetória da pessoa humana, qual seja, a FELICIDADE, ou se quiser, no linguajar jurídico, o magno Princípio Constitucional implícito do DIREITO de SER FELIZ, nada mais recomendável que o entrelaçamento entre o viver Familiar conjugado a o respeito e proteção aos Direitos da Personalidade, na sua projeção bivalente nas esferas Pessoal /Individual e Social (TOLEDO, 2011, p. 2400).

É cediço que a convivência harmônica desencadeia a felicidade, sendo este um direito fundamental do homem. Neste passo, a partir do momento em que há uma boa relação entre enteado, padrasto e/ou madrasta, no eventual rompimento ou término da relação entre pai/mãe com o padrasto/madrasta, surge a iminência de um dano e abalo psicológico pro menor, que terá seu interesse ofendido.

Neste sentido, visando preservar sempre os interesses do menor, respeitando os ideais de família, efetivando o direito a felicidade, e entendendo que muitas vezes o afeto deve ser preservado, a jurisprudência tem inovado no sentido de garantir à madrasta ou padrasto a guarda compartilhada dos filhos do ex-marido ou esposa do antigo relacionamento, conforme posicionamento da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba.

APELAÇÕES. GUARDA DE MENOR. DIREITO DE FAMÍLIA. MÃE AFETIVA E PAI BIOLÓGICO. LITÍGIO. INTERESSE E VONTADE DO ADOLESCENTE EM PERMANECER COM A MÃE AFETIVA. PREVALÊNCIA. DIREITO PATERNO DE VISITAS. SEMANAL E EM PERÍODO DE FÉRIAS. FIXAÇÃO. NECESSIDADE. LAÇOS AFETIVOS QUE DEVEM SER MANTIDOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DE AMBOS RECURSOS. - O juiz ao interpretar as leis deve buscar sempre a realização do justo, distanciando-se do rigorismo na sua exegese, a fim de não se cometer injustiças, sobretudo, em casos como este, em que deve prevalecer o interesse e a vontade do menor. - Muito embora o menor não tenha sido gerado pela requerente, inexistindo, portanto, cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, afetiva e efetivamente, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, verdadeiro amor maternal, assistindo razão ao Juiz, ao conceder a guarda pleiteada à autora. - Existindo laços de afeto entre o menor e o genitor, não é justo e nem adequado impedir ou dificultar a este o direito de visitas, devendo ser mantida a decisão recorrida, neste ponto. VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDA a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, desprover os recursos (Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 200.2010.003876-5/001 PB. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012) (BRASIL, 2012).

Referido posicionamento jurisprudencial foi considerado um grande marco e avanço no estudo e interpretação do Direito de Família. A égide discorrida sem dúvida alguma se refere na efetivação do princípio do “menor interesse da criança e do adolescente”, sendo certo que o rompimento afetivo entre pais e padrastos, não significa o rompimento dos laços de afetos contraído entre filhos e padrastos e/ou madrastas.

O posicionamento aplicado pelo referido Tribunal, refere-se à clara efetivação do artigo 1584 do Código Civil, que prevê a necessidade de inserir critérios que oriente o Poder Judiciário na fixação da guarda. Neste caso, o critério a ser observado é a clara afinidade entre o menor e a madrasta.

Se não bastasse, a tendência jurisprudencial aponta para a clara necessidade da parentalidade socioafetiva ser preservada, podendo se exercer a maternidade sem a necessidade dos vínculos biológicos, podendo tanto os pais, como a madrasta exercer o seu papel fundamental na educação do menor. Tal posicionamento está em consonância inclusive com os novos modelos de família adotados na esfera social, que a cada dia tem se alterado.

A flexibilização do direito positivo, na verdade, veio para regulamentar as situações que já ocorriam normalmente na vida em sociedade, visto que as famílias se constituíam pela união entre homem e mulheres com ou sem casamento. Essa flexibilização trouxe como consequências entre tantas outras, não somente a possibilidade de se constituir e desconstituir família seguidamente, mas também de se constituir família por diversos modos (SANTOS, 2011, p. 227-228).

Diante dos novos modelos familiares, é tendente que a jurisprudência e até mesmo o direito positivo se readéquem quanto às formas de constituição da família, e até mesmo o direito a guarda.

O princípio do “menor interesse da criança e do adolescente” deve ser preservado mesmo nas hipóteses onde o laço sanguíneo não existe.

As palavras padrasto e madrasta, muitas vezes trazem consigo o sinônimo de algo ruim, fato este que nem sempre se perpetua.

A relação de afeto existente com os enteados deve permanecer mesmo com o término da relação existente entre pais/padrastos. Se há um vínculo afetivo com o menor, deve-se respeitar sempre, sendo inclusive cabível a guarda compartilhada, conforme entendimento da jurisprudência, uma vez que em muitos casos, esses pais socioafetivos, substituem os pais sanguíneos.

Por fim, cumpre observar que os mesmos critérios adotados na guarda compartilhada entre pais, deve haver também a total aplicação nos casos em que há concessão para o padrasto ou madrasta.

A criança ou adolescente não pode ser utilizada como instrumento ou ferramenta de interesse dos seus genitores e até mesmo dos padrastos e madrastas. O maior interesse deve ser preservado.

Assim, só é cabível a concessão desde que haja um forte vínculo afetivo, e convivência harmônica entre todas as partes envolvidas na referida relação contraída.

7. Considerações Finais

Diante de todo o exposto, observa-se que o ordenamento jurídico tem se atentado em assegurar o "maior interesse da criança", dada tamanha a sua hipossuficiência perante os conflitos que se originam nas relações rompidas entre os seus genitores.

Tendo em vista o número cada vez mais crescente de casais que terminam suas relações e, consecutivamente o número de conflitos ocasionados pela disputa da guarda da criança, é possível de se averiguar que a Lei 11698/2008 inovou no sentido de possibilitar a guarda do menor na forma compartilhada.

Tal modelo prevê a igualdade de poderes exercidos pelos pais em relação aos filhos, cabendo a ambos os genitores compartilharem das mesmas obrigações e decisões relativas ao filho, se tornando referências à prole, mesmo residindo em localidades diferentes.

A guarda compartilhada visa preservar os laços afetivos de união entre ambos os pais e filhos nas situações em que seus antecedentes romperão o liame do relacionamento conjugal. Trata-se de uma nova forma de exercício do poder familiar.

Mesmo se tratando de um instituto novo, a sua aplicação merece ser mais bem difundida no direito Brasileiro. Não se confunde com a guarda alternada e nem a uniparental.

Embora correntes sejam críticas a tal modelo, é inegável que este tipo de guarda permite a aproximação da prole com os seus genitores.

Por outro lado, havendo qualquer tipo de conflito entre os pais, este tipo de guarda não se aplica, já que o "maior interesse da criança deve ser preservado", e as brigas ocasionariam em transtornos e malefícios ao menor.

Referidos posicionamentos dá ênfase para o novo entendimento da jurisprudência quanto o cabimento da guarda compartilhada para padrastos e madrastas em face de seus enteados.

Primeiramente, a guarda compartilhada acima levantada só é possível quando há vínculo de afeto entre a criança ou adolescente diante do padrasto ou madrasta. Claro que se o menor não possui boa relação com o seu parente não sanguíneo, não há que se falar em guarda compartilhada, ora que seria um grande dano e início de diversos conflitos e traumas.

Mas havendo o vínculo afetivo perdurado ao longo do tempo, e sendo demonstrada a presença do interesse do menor, bem como há consentimento dos pais sanguíneos, é altamente cabível a guarda compartilhada aos padrastos e madrastas. Estes muitas vezes exercem a função de pais e mães afetivos, e que cabe ao magistrado observar este vínculo, de modo que

se mantenham a relação independentemente do término da relação conjugal entre pais e padrastos.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a guarda compartilhada concedida para padrastos e madrastas é a melhor medida adotada pela jurisprudência, para preservar os interesses do menor, sendo inclusive tendência para futuras alterações legislativas, e que gera precedentes para casos parecidos para outros tipos de famílias modernas, tais como homoafetivas, simultâneas, solidárias, anaparentais, mosaicas, uniparentais, estáveis ou tradicional.

8. Referências

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BÍBLIA. Lucas. Português. **Bíblia Sagrada**. Reed. Versão Clarentiana. São Paulo: Ave Maria, 2006. Cap. 16, vers. 18.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. Lei n. 11.698, de 13 de Junho de 2008. **Altera os arts. 1583 e 1584 do Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 20120020297293 DF 0030992-55.2012.8.07.0000/ DF**. Relator: Antoninho Lopes. Brasília, 17 de abril de 2013. Disponível em: <www.tjdf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70016276735/RS**. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 18 de outubro de 2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70057505596/RS**. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2014. Disponível em:<www.tjdf.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 200.2010.003876-5/001 PB**. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012. Disponível em: <www.tjpb.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatística de Registro Civil 2012**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2011/default.shtm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: repertório de doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MESSIAS NETO, Francisco. **Aspectos pontuais da Guarda Compartilhada**. In: Emerj. Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_131.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: AMARAL Jr., Alberto do. JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MONTEIRO, Wesley. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas**: ensaio sobre alienação parental. *Âmbito Jurídico*, v. 93, 2011.

PODEVYN, François. **Síndrome da Alienação Parental**. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 15 jun. 2014.

RIBERTI, Eliana Nazareth. **Com quem fico, com papai ou com mamãe?** Considerações sobre a guarda compartilhada: contribuições da psicanálise ao direito de família. In: *Cadernos de Estudos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2012.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Os direitos da personalidade**: um olhar à família constitucionalizada. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2011, Uberlândia. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.