

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

GIOVANNA DA CUNHA RODRIGUES

**A GUARDA COMPARTILHADA E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Análise a partir das alterações pela Lei nº 13.058/14

São Paulo

2020

GIOVANNA DA CUNHA RODRIGUES

**A GUARDA COMPARTILHADA E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE
DA CRINAÇA E DO ADOLESCENTE**

Análise a partir das alterações pela Lei nº 13.058/14

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

ORIENTADORA: Prof^ª. Dra. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

São Paulo

2020

GIOVANNA DA CUNHA RODRIGUES

**A GUARDA COMPARTILHADA E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Análise a partir das alterações pela Lei nº 13.058/14

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^ª. Michelle Asato Junqueira

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Felipe Rebelo

Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, que me deu o dom da vida e me abençoa todos os dias com o seu amor infinito.

À minha querida orientadora, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci por todo carinho, apoio e aprendizado durante a elaboração desta monografia.

Aos meus pais, Francisco e Silene, minha madrastra, Sandra, e meus irmãos, Guilherme e Gabrielle, pelo apoio, pela paciência, pelo amor incondicional e por todo incentivo sempre.

Aos meus avós, Irene, Silvio, Creusa e Irineu, por serem meu exemplo de luta e determinação em todos os momentos.

Aos meus tios, Regina, Rose, Silvia, Célia, Fernando e Marco, que apesar da distância, sempre apoiaram e compartilharam momentos inesquecíveis comigo.

Aos meus amigos, em especial, Fabiana Sallum, Isadora Moreira, Letícia Campi, Carolina Xande, Carolina Saory e Julia Gentil por dividirem e se fazerem tão presentes durante essa extraordinária trajetória.

Aos meus chefes e colegas de trabalho, Carla Maluf Elias, Mariana Ambrósio e Rodrigo Lima, por toda experiência e aprendizado adquiridos.

Aos professores e funcionários da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que tornaram esses anos inesquecíveis.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como a evolução legislativa da guarda compartilhada influenciou na prática do melhor interesse da criança e do adolescente. Neste seguimento, o poder familiar sofreu uma grande modificação, motivado pelo exercício isonômico dos pais. O tema ainda, aborda o princípio da guarda, conceituando a mesma, elencando assim as espécies de guardas existentes no ordenamento brasileiro, quais sejam a unilateral, alternada, compartilhada e de nidação. Evidenciando a guarda compartilhada, o desenvolvimento dessa categoria e seu propósito de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, ao definir que as deliberações devem ser feitas, tanto pelo pai quanto pela mãe, afastando o individualismo das referidas partes, retratando a criança ou adolescente como um sujeito, e não um objeto, indicando, portanto, os seus direitos e deveres.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The present work aims to exhibit how the legislative evolution of shared custody has influenced in the best interest of the child. Follow this idea, the family power has suffered a big modification, motivated by the parents' isonomic exercise. The theme approaches the principle of shared custody, conceptualizing this, and enumerating the existing kinds of the guards in the Brazilian legal order, them being sole custody, shared custody, joint custody and nesting custody. Pointing the shared custody and the development of this class, moreover the intention of preserve the best interest of the child when the decisions are implemented by the father and the mother, taking away the individualism of the two, bringing the idea that the child is a individual, and not an object, appoint that he has rights and duties.

Keywords: Family Power. Custody. Shared Custody. Best Interest Of The Child.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I – PODER FAMILIAR.....	10
1.1 Aspectos históricos	10
1.2 Conceito.....	11
1.3 Ordenamento Jurídico do Poder Familiar.....	13
1.4 Direitos e Deveres do Poder Familiar.....	14
1.5 Extinção, Suspensão e Perda do Poder Familiar.....	18
CAPÍTULO II – GUARDA DOS FILHOS.....	21
2.1 Conceito.....	21
2.2 Evolução na legislação brasileira.....	22
2.3 A Guarda na separação consensual e litigiosa.....	23
2.4 Espécies de guarda	24
2.4.1 Guarda Unilateral.....	24
2.4.2. Guarda Alternada	25
2.4.3 Guarda por Nidação.....	26
2.4.4 Guarda Compartilhada	27
CAPÍTULO III – GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTRESSE DO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	28
3.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	28
3.2 Modificações da Guarda Compartilhada com a Lei n. 13.058 de 2014.....	29
3.3 Aspectos psicológicos da Guarda Compartilhada	31
3.4 Guarda Compartilhada no Âmbito do Litígio.....	32
5. CONCLUSÃO.....	35
6. REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

As relações familiares estão submetidas a constantes transformações, dentre estas o crescimento dos casamentos que resultam em separação, inúmeras vezes conflituosas. Com esse rompimento, são gerados diversos efeitos aos ex-cônjuges e aos filhos derivados desta união, tais como a existência desse vínculo, devendo ser estabelecida uma espécie de guarda, qual seja o mais favorável possível a criança e ao adolescente, buscando assim o melhor interesse da criança.

Originalmente, o instituto familiar era regido pela figura paterna, sendo caracterizado como soberano em relação à sua esposa e filhos. Essa característica evidencia-se devido a estreita relação, do então pátrio poder com o direito de propriedade sob seus subordinados, revelando a influência da religião na evolução deste poder.

Nesta perspectiva, aborda-se a influência do princípio da igualdade advindo da Constituição Federal de 1988¹ e as normas consequentes desta, sendo então, possível uma dissolução conjugal de forma que a prioridade se dá no melhor interesse da criança e do adolescente, demonstrando assim que o poder familiar é caracterizado por deveres e direitos, visando a proteção do daqueles.

Derivada dessas modificações matrimoniais, o Poder Judiciário estabelece a guarda dos descendentes, classificando estas em guarda unilateral, alternada, compartilhada e por nidação. Abrange a diferença custódia na separação consensual e litigiosa, demonstrando os diferentes efeitos sobre essa tutela.

Com o intuito de persistir na relação isonômica dos responsáveis após essa desunião, deu-se evidência a guarda compartilhada, a qual além de conservar esse relacionamento igualitário, beneficia as crianças e adolescentes, uma vez que tem o intuito de desvalorizar os impactos negativos dessa dissolução.

A referida guarda foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 11.698/08,² instituindo esse compartilhamento apenas em casos de divórcios consensuais, tendo

¹ BRASIL. Constituição Federal. Brasília: 1988.

² Id. Lei da Guarda Compartilhada. Brasília: 2008

em vista a preservação do vínculo e de modo a frustrar o estímulo do litígio. Outrossim, era predominante o entendimento de que caso não houvesse uma dissolução equilibrada, não haveria uma decisão simétrica na busca do melhor interesse para seus sucessores.

Com o desenvolvimento da sociedade, foi necessária a alteração da norma, sendo estabelecida a Lei nº 13.058/14,³ uma vez vigente, esta determina a guarda compartilhada como regra geral, diferenciando-se da legislação anterior ao ser aplicada extensivamente, inclusive nos casos litigiosos, sendo requisito que os genitores estejam propícios para desempenhar essa custódia.

Assim, o trabalho busca demonstrar os efeitos trazidos pela nova legislação, apresentando as evoluções decorrentes do instituto familiar e suas consequências. Isto posto, analisa a guarda compartilhada como sendo a alternativa preferida em relação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, revelando ainda que esta é uma opção que fortalece o vínculo entre os pais e filhos, tendo em vista que estabelece a criança e o adolescente como um sujeito, e não como um objeto.

³ BRASIL. Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória. Brasília: 2014

CAPÍTULO I – PODER FAMILIAR

1.1 Aspectos históricos

Com o passar do tempo algumas alterações foram adotadas pelo Código Civil de 2002.⁴ Este segmento jurídico trouxe à atualidade brasileira significativas modificações no que diz respeito ao Direito de Família. Uma delas trata-se da substituição do termo Pátrio Poder, vigente no Código Civil de 1916, pelo termo Poder Familiar.

A inspiração do pátrio poder originou-se na Roma Antiga, nesta a constituição de família era determinada com base nas relações de poder, decorrendo em desigualdades entre os cidadãos, uma vez que à época a figura do *pater familias* era exaltada, visando o pai como autoridade, vez que este era detentor de domínio em relação aos filhos e à esposa.⁵

Ainda neste sentido, o autor Waldyr Grisard Filho⁶ ao relacionar o tema, traz também a tradição romana com o pai sendo soberano em relação aos descendentes. O escritor verifica que a autoridade era ilimitada e de predominância exclusiva do pai, associando assim esse poder ao direito de propriedade.

Rolf Madaleno⁷ ao observar o pátrio poder e o princípio de autoridade, verificou que este atrela-se de maneira clara com o princípio de autoridade, vez que o comandante da família possui um domínio absoluto, sem nenhum impedimento e com duração indeterminada. Para tanto, destaca alguns dos direitos deste pai, como matar o filho (*ius vitae et necis*), vendê-lo (*ius vendendi*) ou até mesmo, abandoná-lo (*ius exponendi*).

Ainda na concepção do autor, a expansão do Cristianismo demonstrou-se essencial para a modificação desse Poder, uma vez que a religião possuía como base os princípios do direito protetivo, identificando assim o dever moral dos pais na educação dos filhos. Ainda, a ideologia deste deixa evidente a necessidade de evolução desse poder, uma vez que tanto as

⁴ BRASIL. Novo Código Civil. Brasília: 2002

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 276

⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 41

⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 861

obrigações pessoais quanto as patrimoniais dos filhos, são de responsabilidade dos pais, e não apenas do chefe de família.⁸

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva⁹ destacam que diversas foram as causas dessa mutação. Cita, além da influência da religião cristã, a instituição do princípio da igualdade entre os pais ao exercer a função de poder familiar, e ainda, a função de fiscalização complementar exercida pelo Poder Público. Aponta estes, como pontos essenciais para que a transformação ocorresse.

Como resultado dessa difusão, ocorreu a evolução da concepção de família, uma vez que houve a consolidação dos elos sentimentais entre os familiares, e a ultrapassagem das leis despóticas, as quais garantiam ao *pater familias* o poder de domínio sobre a vida, morte ou até mesmo qualquer ato de transferência em relação aos seus sujeitos.

As transformações desse cenário resultaram em uma realidade harmônica ao direito de igualdade entre a paternidade e maternidade, não sendo conveniente assim a permanência da nomenclatura anteriormente adotada, verificando assim que a terminologia apropriada seria Poder Familiar.¹⁰

1.2 Conceito

Conceitua-se o poder familiar, como a soma de deveres e direitos atribuídos aos pais, sobre seus filhos e seus respectivos bens, durante a vigência da menoridade destes. Com essa concepção, demonstra-se uma aplicabilidade do poder-função ou direito-dever, caracterizando uma reunião de relações jurídicas advindas da filiação.¹¹

Neste sentido, Maria Helena Diniz descreve o poder familiar como sendo “O conjunto de direitos e obrigações, quanto à 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 a proteção do filho”.¹²

⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 861

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 543

¹⁰ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 295

¹¹ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 221

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 571

No mesmo viés, o poder absoluto evolui e adotou um caráter protetivo, assim ultrapassou o âmbito do direito privado e adentrou o direito público, uma vez que o Estado visa proteção da criança e do adolescente, restando a referida como benefício em relação ao futuro da sociedade do país.¹³

A evolução deste instituto traz à tona diversas características que alteram o espírito do pátrio poder ao poder familiar. Assim, detalha-se algumas das principais características que esta entidade detém.

Ao adotar a característica de *múnus*¹⁴ público, traz a ideia de “uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um dever.” Expondo assim, a competência do Estado de atribuir obrigações aos pais.¹⁵

Seguindo este conceito, afirma que a irrenunciabilidade traz à tona que não consiste como faculdade dos pais a renúncia deste encargo. Não sendo ainda alienável, consistindo em indisponibilidade, uma vez que não é direito dos pais transferir a outrem, seja onerosa ou gratuitamente, com exceção de uma circunstância que possa vir a ser irregular ou prejudicial a criança e ao adolescente, devendo os responsáveis agir como forma de prevenção.¹⁶

Ainda, traz a ideologia de ser imprescritível, ao dispor de característica definitiva, não destituindo do poder os genitores que deixarem de exercer o cargo, sendo afastado apenas nos casos previstos na legislação. Além disso, ao ser incompatível com a tutela, demonstra que não se pode nomear tutor a criança e o adolescente, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar.¹⁷

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 338

¹⁴ *Múnus*, em latim, significa encargo, dever, ônus. Trata-se de obrigação decorrente de acordo ou lei, sendo que, neste último caso, se denomina *múnus público*. O dever de prestar depoimento como testemunha, por exemplo, é considerado um *múnus público*, assim como o dever de votar. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/919/Munus> >. Acesso em: 05.mai.2020.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.p. 539

¹⁶ *Ibidem*. P. 539

¹⁷ *Ibidem*. P. 539

Por fim, a mesma autora refere-se à prevalência da característica da natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência.¹⁸

Com essas características, é visível ver que o enfoque desse instituto trata-se de primordial a proteção da criança e do adolescente, e a permanência deste no seio familiar, sendo de responsabilidade dos genitores assegurar a criança, essencialmente, à vida.

1.3 Ordenamento Jurídico do Poder Familiar

Originalmente, o poder familiar baseia-se na proteção e cuidados dos pais com seus ascendentes, sendo esses cessados apenas quando as crianças e os adolescentes adquirem a maioridade civil ou ainda, através da emancipação, a qual pode ser concedida por meio dos responsáveis ou pelo magistrado, devendo neste ser ouvido o tutor.¹⁹

A evolução legislativa foi fundamental para o surgimento deste instituto, uma vez que à luz do Código Civil de 1916,²⁰ era taxativa em referência a atuação exclusiva do pai, restringindo assim a atividade materna. Esse avanço foi introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62),²¹ incentivando o exercício da mãe na criação de seus filhos. Corroborando com o referido Estatuto, a Constituição Federal de 1988 consagrou a necessidade de igualdade dessa relação, instituindo idênticas condições aos pais, para assim efetivar todos os requisitos de autoridade da relação paterno-filial.²²

Posteriormente, a reafirmação dessa isonomia se deu com a instituição de algumas normas infraconstitucionais, entre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),²³ o qual dispõe em seus artigos 21 e 22:

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.p. 539

¹⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 863

²⁰ BRASIL. Código Civil. Rio de Janeiro: 1916

²¹ Id. Estatuto da Mulher Casada. Brasília: 1962

²² RAMOS, Patricia de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 45

²³BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Similarmente, a ratificação do princípio da igualdade ocorreu no Código Civil de 2002, ao verificar a competência de ambos os genitores para exercer a autoridade sobre seus filhos, sendo esta determinada em seu artigo 1.631: “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Neste sentido, destaca-se ainda o artigo 1.632, o qual expressa a inalterabilidade do vínculo entre os pais e seus filhos diante da dissolução do casamento.²⁴

Com a progressão dos deveres e direitos desse poder familiar, é essencial esclarecer que as crianças e os adolescentes são sujeitos dessa relação, sendo então receptores do exercício atribuído aos ascendentes, deste modo torna-se um vínculo duplo, uma vez que tanto o filho quanto os pais, possuem interesses nessa relação.²⁵

Em suma, a autoridade parental é um dever antes de ser um poder, verificando assim sua natureza jurídica a partir de uma visão binômica entre o exercício regular e o desenvolvimento integral, aspectos resultantes da persistência da obrigação.²⁶

1.4 Direitos e Deveres do Poder Familiar

Como amplamente discutido, os pais possuem responsabilidades em relação aos seus sucessores, estas subdivididas em deveres e direitos dos pais quanto à pessoa dos filhos, bem

²⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 279

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 223.

²⁶ DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2018. p. 45

como deveres e direitos dos pais quanto aos bens dos filhos. Sendo assim, classificadas, respectivamente, como relações pessoais e relações patrimoniais.²⁷

O vínculo pessoal é regido pelo artigo 1.634 do Código Civil,²⁸ destacando três aspectos, sendo eles a guarda, a educação e a correição, adotando, simultaneamente um direito e um dever. Já o elo patrimonial é instituído pelo artigo 1.689 da mesma legislação, abrangendo, fundamentalmente, a administração e usufruto dos bens dos filhos.²⁹ *In verbis*:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
 I - dirigir-lhes a criação e a educação;
 II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ;
 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
 V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
 VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar
 VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

No entendimento da escritora Ana Carolina Brochado³⁰, esses encargos são regidos pelo princípio da solidariedade, uma vez que atribui responsabilidades de zelo dos ascendentes com seus descendentes, visto que o discernimento ocorre cronologicamente, sendo assim necessário o auxílio dos pais, para que assim os filhos possam constituir uma vida estruturada.

A base para a execução dessa relação pessoal é constituída na orientação à criação e educação de seus descendentes, instituindo assim, que os pais devem ser cautelosos em relação ao sustento e formação de seus filhos, uma vez que estes devem se tornar úteis, tanto para si quanto para a família e a sociedade. Indicando ainda, a responsabilidade quanto a moralidade da criança, devendo o seu espírito e caráter serem formados a partir da educação.³¹

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 546

²⁸ BRASIL. Novo Código Civil. Brasília: 2002

²⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 110

³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010. p. 211

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 341

A escala mais ampla se ampara na educação, uma vez que desta sobrevém a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica, sendo estas derivadas da família e de seu ciclo social, formando assim o indivíduo. Demonstra-se essencial, para que o filho compreenda a vida em sociedade e forme obtenha uma consciência elevada diretamente ligada aos valores corretos.³²

Os deveres e direitos são assegurados pelo Código Penal, uma vez que o descumprimento dos primeiros sujeitam-se a uma punição. A inexecução da criação, configura crime de abandono material (art. 244, CP), sendo ainda o responsável destituído do poder familiar (art. 1.638, II do CC) e ao não proporcionar ao menos a educação primária, caracterizar-se-á o crime de abandono intelectual (art. 246, CP).

Uma vez que o poder familiar é considerado personalíssimo, este pode ser dividido, didaticamente, em tutela de criação, tutela de representação, tutela de proteção.³³

A tutela de criação é vinculada aos incisos I e II do artigo 1.634 do Código Civil,³⁴ estabelecendo ainda um elo estreito com o ECA,³⁵ tendo em vista os institutos da convivência familiar e comunitária. Já a tutela de representação, foi instaurada pelos incisos III ao VII do CC, uma vez que estes deveres possuem uma estreita relação com as atividades da vida civil, podendo ainda serem nulos ou anulados. Finalmente, a tutela de proteção, a qual abrange os demais incisos trazendo à tona a o exercício regular e desenvolvimento integral.³⁶

A relação quanto aos bens dos filhos surge quando os pais entendem que possuem a autoridade para exercer o poder familiar, assim é visível a dependência da administração e o usufruto em relação a esse instituto.

A posição de administrador tem como objeto a tutela desses bens, uma vez que os genitores não podem alienar, direta ou indiretamente estes. Esta alienação só poderá vir a ocorrer nos casos de necessidade ou interesse da família, possuindo ainda a autorização judicial

³² LOBO, Paulo. **Direito Civil: família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 303

³³ DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2018. p. 49

³⁴ BRASIL. Código Civil. Brasília: 2002

³⁵ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990

³⁶ Ibidem.

prévia do proprietário do imóvel. Ocorrendo este sem esta licença, este tornar-se-á nulo, ação a qual prosseguirá se for pleiteada pelos filhos, herdeiros ou representante legal.³⁷

As posições das partes nem sempre são semelhantes, de forma que caso haja divergência no interesse do genitor e seu descendente, o Poder Judiciário institui que será cedido curador especial para a criança e para o adolescente, não havendo a necessidade de comprovar prejuízo, bastando apenas o desencontro das opiniões.³⁸

O usufruto é um dos direitos advindos dessa autoridade parental, visto como uma retribuição pelos deveres da sua criação e educação, classificado como usufruto legal, uma vez que não há necessidade de prestação de contas e da caução, ainda que a renda proveniente dos bens, interessa ao administrador.³⁹

Silvio Rodrigues conclui assim que nos casos em que os descendentes possuem bens, e com a renda proveniente destes, detenham a capacidade de criar-se e educar-se, é estabelecida uma relação justa, pois aos pais atribui-se a responsabilidade sob as despesas dos filhos, quando estes não possuem meios de quitá-las.⁴⁰

Finalmente, há de se destacar os bens excluídos dessa relação patrimonial, tais como os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento, tendo em vista o vínculo da filiação, uma vez que o pai é caracterizado apenas após o reconhecer o seu descendente. Os patrimônios obtidos pelo filho com mais de 18 anos, em virtude da capacidade de administrar, vez que este exerce já explora de maneira direta a atividade econômica. Detalhando a prática dos negócios jurídicos, as quais necessitam da assistência dos pais.⁴¹

Ainda nesse sentido, os bens derivados de documentos que possuem a cláusula de exclusão acerca da administração e usufruto das autoridades do poder familiar, tendo em vista que o doador ou legatário possui o direito de estipular, conforme lhe convém, o afastamento dos responsáveis no que diz respeito à administração e ao usufruto do bem. Ainda são excluídos

³⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 282

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 346

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, v. 6**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 364

⁴¹ COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito civil, família e sucessões, vol. 5**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 405

os patrimônios da administração e usufruto, daqueles pais que foram excluídos da sucessão, seja por indignidade ou por deserdação.⁴²

1.5 Extinção, Suspensão e Perda do Poder Familiar

De acordo com o explanado, o *mínus* público é uma das principais características do poder familiar, ou seja, o Estado tem o direito de intervir nessa relação. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro aponta três formas de possível perda do exercício do poder familiar, sendo elas a extinção, a suspensão e a destituição do poder familiar.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, a extinção desse instituto ocorre por motivos naturais, quais sejam de pleno direito, ou por decisão judicial. O artigo 1.635 do Código Civil elenca essas causas, sendo elas, a morte dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade, a adoção ou a decisão judicial, advinda de circunstâncias específicas.⁴³

A extinção do poder familiar só se dá com a morte do pai e da mãe, uma vez que caso apenas um deles vir à óbito, o instituto prevalecerá sob o genitor sobrevivente. Sendo ainda estabelecido na legislação, que mesmo com uma nova união, os direitos do responsável persistem em relação ao filho da relação anterior, sendo exercido da mesma maneira, sem intervenção do novo parceiro.⁴⁴

Seguindo a ideia, a emancipação se dá quando os pais atribuem integral capacidade ao seu filho. Já a maioridade, ocorre de forma natural, sendo extinta assim que a criança e o adolescente atingem os 18 anos de idade. Ademais, o exercício da adoção cessa o poder familiar da família original, sendo este apenas transferido ao adotante, cabendo a estes a prática desse instituto. Por fim, a decisão judicial é especificada no artigo 1.638 do Código Civil, o qual elenca os fatores, quais sejam incompatíveis com a autoridade parental.⁴⁵

A configuração da suspensão é feita através do abuso de autoridade parental, o qual caracterizado a partir do descumprimento de deveres semelhantes a sua posição ou a

⁴² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil, família e sucessões, vol. 5.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 405

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 346

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões.** São Paulo: Ed. Atlas, 2019. p. 358

⁴⁵ *Ibidem.* p. 358

deterioração dos patrimônios de seus descendentes. Ademais, os responsáveis condenados através de sentença transitada em julgado, por crime que ultrapasse dois anos de prisão, também estarão sujeitos à esta punição.⁴⁶

Este persistirá a todos os pais que permitem uma vida de maneira inadequada aos as crianças e aos adolescentes, arriscando ainda sua existência ou até mesmo degradando os seus bens, exercendo, conseqüentemente, o abuso de poder, sendo assim possível um requerimento de algum parente ou do Ministério Público ao Poder Judiciário, podendo assim ser suspensa, sem restrição de tempo, a autoridade parental.⁴⁷

As determinações dessa privação estão previstas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorrendo de forma temporária e devendo ser decretada judicialmente, caracterizando-se como total ou parcial, uma vez que a última é determinada a partir de um aspecto específico.

Finalmente, a punição mais grave imposta aqueles que descumprirem os seus deveres parentais é a destituição dessa autoridade. Esta é perda é permanente, podendo serem atingidos ambos genitores ou apenas um deles, uma vez que atinja os dois, deve-se então ser nomeado tutor a criança e ao adolescente. Exposto assim no artigo 1.638 do Código Civil:⁴⁸

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção;

Ao serem verificados os incisos citados, é visto que o primeiro, traz á tona a destituição aqueles que ultrapassam os limites no momento de corrigir as atitudes de seus filhos. Em segundo lugar, o abandono, seja moral ou material, quais sejam a negligência no que diz respeito à educação, moralidade, saúde e sobrevivência da criança e do adolescente. Já em terceiro, as constantes práticas inadequadas, quais sejam condutas reprováveis socialmente

⁴⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 881

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 629

⁴⁸ BRASIL. Novo Código Civil. Brasília: 2002

resultam nessa perda. Sendo ainda determinado que os pais que, de forma irregular, concederem seu filho à adoção, perderão este poder.⁴⁹

Importante destacar que por tratar-se de ocorrências complexas, estas devem ser analisadas detalhadamente, sendo ainda estabelecido o melhor a criança e ao adolescente, tendo em vista este, há a possibilidade da restituição do poder familiar por meio de decisão judicial.

Concluindo que, deve-se evitar à perda deste poder, tendo em vista que o convívio com os pais difere na rotina da criança e do adolescente, sendo assim, a legislação aliada no sentido de estabelecer a suspensão, como um método para atividades não gravosas.

⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 285

CAPÍTULO II – GUARDA DOS FILHOS

2.1 Conceito

Derivada do poder familiar, a guarda é, nas palavras de Caetano Lagrasta Neto⁵⁰: “Guardar é, antes de tudo, Amar; estar presente, na medida do possível, comparecer a atos e festividades escolares, religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, cultura, esporte, política”.

Todavia, para Waldyr Grisard Filho⁵¹ “a guarda é um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com os filhos” e “é o pressuposto que possibilita todas as funções paternas”.

Com essa mesma perspectiva, Strenger⁵² ensina “o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Similarmente, Casabona⁵³ define “pode se definir a guarda como conjunto de direitos e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando a seu desenvolvimento pessoal e integração social”

A guarda consuma-se assim, literalmente, no ato de proteger e de cuidar.⁵⁴ Este instituto então, deriva-se de uma obrigação, devendo ser executado por aquele que detém o poder familiar e possui a responsabilidade de vigiar a criança e o adolescente, buscando sempre sua proteção, mantendo ainda um vínculo direto com a conservação física e moral do indivíduo. Demonstra-se, dessa maneira, o principal efeito desse instituto, qual seja a dependência da criança e do adolescente em relação ao seu guardião.

⁵⁰ NETO, Caetano Lagrasta. **Processo de família 5. Direito de família, com outros autores**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011. p. 84.

⁵¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas: novas relações depois das separações**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 2007. p. 255

⁵² STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo. Ed. LTr, 1998. p. 32

⁵³ CASABONA, M. B. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 103

2.2 Evolução na legislação brasileira

A entidade familiar vem sofrendo diversas progressões no ordenamento jurídico brasileiro, buscando o vigiar o melhor interesse da criança e do adolescente. Deste modo, introduziu estas transformações, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.021/62),⁵⁵ em seguida foi instituída a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77),⁵⁶ a Constituição Federal de 1988,⁵⁷ o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90),⁵⁸ admitindo ainda, os procedimentos extrajudiciais de divórcio (Lei n. 11.441/07),⁵⁹ reconhecendo, posteriormente, o instituto da guarda compartilhada (Lei n. 11.698/08 e 13.058/2014)⁶⁰ e por fim, adotando os novos procedimentos nas ações de família (Lei 13.105/15).⁶¹

Originalmente, a guarda constituía um direito subjetivo, o qual era destinado a apenas um dos pais no momento da dissolução conjugal, tornando assim o instituto da guarda um benefício em relação ao ex-cônjuge. Dessa maneira, era evidente a objetificação da criança e do adolescente, e conseqüentemente um dos princípios norteadores deste direito, qual seja do melhor interesse da criança, foi banalizado. Levava-se em consideração, apenas o comportamento do descendente.

O caminho dos filhos após o fim do matrimônio foi, primeiramente, determinado com o Decreto 181, de 1890,⁶² o qual determinava a conservação da custódia do cônjuge inocente, estipulando ainda que a parte condenada deveria contribuir na educação do filho e sustento da mulher, caso esta viesse a ser desafortunada.⁶³

A instituição do Código Civil de 1916 influenciou e discriminou a separação amigável e a separação judicial. A primeira baseava-se na harmonia encontra entre os cônjuges acerca da guarda dos seus descendentes. Todavia, a segunda, no primeiro momento, determinava qual dos pais era culpado, ou até mesmo se ambos, sendo ainda considerados o sexo e a idade dos filhos, para que fosse cedido o direito.⁶⁴

⁵⁵ BRASIL. Estatuto da Mulher Casada. Brasília: 1962

⁵⁶ Id. Lei do Divórcio. Brasília: 1977

⁵⁷ Id. Constituição Federal. Brasília: 1988

⁵⁸ Id. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990

⁵⁹ Id. Lei 11.441/07. Introduz os procedimentos extrajudiciais de divórcio. Brasília: 2007.

⁶⁰ Id. Lei n. 11.698/08 e 13.058/2014. Brasília: 2015.

⁶¹ Id. Lei 13.105/15. Introduz o Código de Processo Civil. Brasília: 2015.

⁶² Id. Decreto 181. Introduz o Casamento Civil. 1890.

⁶³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 66

⁶⁴ Ibidem. p. 67

Posteriormente, com a instauração do Estatuto da Mulher Casada, a avaliação de inocência dos pais permaneceu vigente, contudo, conquistou e afastou a influência da idade e sexo dos filhos perante esta conferência.

Ademais, a Lei do Divórcio⁶⁵ buscou adequar a legislação ao melhor interesse do da criança e do adolescente, extraindo o critério de determinação de culpa de determinado cônjuge no momento da dissolução conjugal e afastado, nos casos de culpa recíproca, a prevalência do direito da mãe. Assim, a guarda tornou-se um instituto determinado pelo magistrado, buscando este o maior benefício à criança.

2.3 A Guarda na separação consensual e litigiosa

Tendo em vista a natureza jurídica das separações, que nem sempre essas ocorrem de forma harmônica e compatível, estabeleceu-se assim a separação consensual e a separação litigiosa.

No primeiro momento, deve-se ressaltar que a legislação estabelece que o genitor ao se divorciar e um obter um novo companheiro, não perderá o direito da guarda.

Nas separações consensuais, como proveniente do termo, a guarda é instituída através de um acordo estabelecido entre seus pais, aquele deve ser homologado pelo juiz, tendo em vista o cuidado com as crianças e adolescentes. Uma vez que detém essa capacidade, este pode alterar a guarda da criança e do adolescente, determinando um novo responsável.

Todavia, nos casos litigiosos, nos quais, majoritariamente, ocorre a competição pela custódia, a incumbência é do Poder Judiciário, o qual deve preservar e proteger a criança e do adolescente, sendo ainda detentor do *múnus* público, sendo assim a guarda fiscalizada pelo Estado.

Independente da dissolução, o princípio que deve reger a determinação da guarda deve ser o do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que este deverá ser considerado como sujeito, atribuindo o direito de oitiva deles, sempre que for possível, uma vez que o indivíduo que mais suportará os efeitos dessa separação é a criança.

⁶⁵ BRASIL. Lei do Divórcio. Brasília: 1977

2.4 Espécies de guarda

Como já conceituado neste trabalho, como consequência da dissolução conjugal, surge o instituto da guarda, este por sua vez visando o bem-estar da criança e do adolescente. O ordenamento jurídico classifica esse direito de acordo com o caso concreto, devendo ser utilizado a maneira mais adequada à criança.

Em regra, essa tutela é exercida de maneira conjunta pelos genitores, dessa maneira deverá ocorrer a divisão dessas responsabilidades, uma vez que os pais já não residem no mesmo local e o exercício dos direitos é devido a ambos.

Neste contexto, será exposto quais as modalidades previstas no Brasil, com o intuito de evitar um desarranjo quando a guarda é determinada, prevalecendo a espécie que melhor se adapta no caso, devendo transformar-se de acordo com cada família

2.4.1 Guarda Unilateral

A guarda unilateral é conceituada pelo artigo 1.583, § 1º do Código Civil, retratando a ideia desta espécie ser atribuída a um dos pais, ou ainda à algum responsável que o substitua, levando em consideração o grau de parentesco e afetividade com a criança. Esta ainda é estabelecida quando os genitores entram em um consenso, ou ainda um destes não se interessa pela custódia compartilhada. Tartuce e Simão definem “uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas”.⁶⁶

Após a cisão desta tutela, há de se destacar que o qual venha a ser o não guardião, nada é prejudicado em relação ao seu direito de fiscalização e comunicação com o filho, uma vez que a perda da guarda não decorre na destituição do poder familiar, no momento da sua decretação.

Essa modalidade é vista, doutrinariamente, como limitadora da convivência dos genitores com seus filhos, pois nas situações em que ambos os pais são aptos a exercer a função,

⁶⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v.5: Direito de Família**. São Paulo: Ed. Método, 2013. p. 207

esta é determinada a apenas uma das partes, implicando na degradação da educação da criança e do adolescente.⁶⁷ Considerando ainda, que o convívio passa a ocorrer com datas e horários estipulados pelo juiz ou acordados entre os ex-cônjuges, afastando a autenticidade da relação.

Frisa-se a permanência dos direitos e dos deveres em relação ao não guardião, uma vez que apesar de não dispor dessa tutela, tem a obrigação de proteger os interesses do descendente, possuindo o privilégio de informações e prestação de contas sobre a vida e a educação desse.

Para o estabelecimento dessa custódia é necessário o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam zelar pelo afeto, saúde, segurança e educação da criança e do adolescente, não prevalecendo um sobre o outro.⁶⁸

Ao citarmos essa tutela é impreterível a relação com o afastamento do não guardião com seu filho, assim o Poder Judiciário não dá preferência a esta modalidade, prevalecendo sobre esta a guarda compartilhada. Entretanto, conforme explanado há momentos em que a adoção deste método é inevitável.

2.4.2. Guarda Alternada

A guarda alternada é configurada pela possibilidade de os genitores deterem a guarda do filho, por um determinado período, seja por um ano escolar ou até mesmo uma repartição organizada dia a dia. Esta ocorre de forma exclusiva e decorre da totalidade dos direitos e deveres constituídos pelos pais, sendo invertidos os papéis entre os pais nesse lapso de tempo.⁶⁹

Esta modalidade não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, e é declinada por diversos doutrinados, os quais entendem que este método causa diversos prejuízos a criança e ao adolescente e não preenche todos os requisitos devidos, tais como o da preservação dos hábitos familiares.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado. v. 3.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492

⁶⁸ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família.** Caxias do Sul, RS: Ed. Educus, 2015. p.282

⁶⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada.** Leme: Ed. J.H. Mizuno, 2015. p. 58

É apresentada a resistência dessa guarda, que apesar de ser passível de aplicação em alguns momentos, traz à tona a exaltação do egoísmo dos pais, observando seus filhos como objetos, os quais são passíveis viver em uma constante alternância de espaço e tempo.⁷⁰

O termo mudança é o mais apropriado a esta tutela, uma vez que as crianças possuem uma constante alteração nos seus hábitos, sendo necessário a alternância de residências, as quais ocorrem em horários distintos e afetam diretamente no comportamento da criança e do adolescente ao serem feitas exigências de maneiras diferentes em um curto período de tempo, ocorrendo ainda o confronto entre as disciplinas adotadas pelos pais.

Conclui-se assim, que essa modalidade compromete diretamente a educação do indivíduo, causando danos, os quais podem vir a ser irreparáveis e ainda, prejudicando seu desenvolvimento como pessoa. Dessa maneira, o entendimento que prevalece é que mesmo que não seja adotada rotineiramente, esta não deve ser a prioridade, uma vez que prejudica a concepção da criança referente a sua realidade.

2.4.3 Guarda por Nidação

O aninhamento, ou guarda por nidação como também denominado, é conceituado pelo deslocamento, de forma alternada, dos pais para casa onde os filhos residem. Isto é, há a fixação de uma residência para a criança, e duas restantes para os genitores, devendo estes conforme determinado pelo juiz, residirem com o filho durante um lapso de tempo.

Todavia, corroborando com a necessidade de capacidade financeira favorável, esta guarda não está estipulada no ordenamento jurídico e assemelha-se com a guarda alternada no sentido de não haver uma constância na convivência com os pais, podendo assim prejudicar a educação da criança.

Apesar de ser revestido de aspectos positivos, quais sejam a sua estrutura e correspondência direta com os genitores, a dinamicidade dos vínculos e a os custos envolvidos, desincentivam a adoção desta modalidade.⁷¹

⁷⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

⁷¹ ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 60

2.4.4 Guarda Compartilhada

Finalmente, retrata a modalidade mais utilizada e flexível do ordenamento jurídico, qual seja a guarda compartilhada.

Esse método consiste na permanência da execução da autoridade parental, mesmo após a ruptura conjugal, sendo ainda um meio dos pais atuarem conjuntamente, como era desempenhado anteriormente.⁷²

Essa modalidade foi estabelecida pela Lei n. 11.698/08, adequando a legislação acerca da sincronia do convívio dos pais, com os pais, devendo ocorrer de forma equilibrada entre os genitores, visando os casos concretos e os benefícios dos filhos. Trazendo à tona, vários privilégios as partes no que diz respeito ao fato e até mesmo melhorando o desenvolvimento dos descendentes.

Com essa transformação, concretizou-se a participação dos pais no cotidiano dos filhos, buscando uma relação equilibrada, ao verificar que as decisões do trajeto das crianças e dos adolescentes são de responsabilidade de ambos.

Atualmente, a guarda compartilhada tornou-se regra, sendo esta independente da escolha dos pais, uma vez que é determinada pelo juiz e imposta aqueles genitores que possuem condições de manter uma boa educação ao filho.

Contrariamente a guarda unilateral, esse método foi acolhido pelos doutrinadores, entendendo que ao instituir esta guarda, o legislador traz uma percepção da importância existente nos laços afetivos e tenta ainda, diminuir os efeitos negativos trazidos pela separação.

Em seguida será verificado os efeitos e a importância desse instituto na relação com os filhos, observando que essa foi a modalidade que mais se adequa ao interesse da criança e do adolescente, trazendo à tona os princípios necessários na relação familiar.

⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 135

CAPÍTULO III – GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A guarda tem como principal objeto o melhor interesse da criança e do adolescente. Sendo irrefutável, a prevalência da proteção integral sobre o poder familiar, uma vez que a última rege prática do interesse da criança.

Originalmente, pode-se dizer um dos documentos norteadores desse princípio foi a Declaração de Genebra de 1924,⁷³ a qual estabelecia a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”, aparecendo ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948,⁷⁴ privilégios para a criança, eis como “o direito a cuidados e assistência especiais”, surgindo ainda Tratados direcionados, essencialmente, às crianças, quais sejam a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959⁷⁵ e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança,⁷⁶ sendo ainda em 1989, adequada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 99.710/90,⁷⁷ o qual visa essencialmente o princípio em questão.

O estabelecimento da guarda não extingue a vontade da criança e do adolescente, pelo contrário, este instituto só é cedido aquele responsável que visar o zelo da criança. Este por sua vez foi consagrado com as normas da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio discutido em questão, traz à tona a prevalência dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja no âmbito familiar, seja no social e até mesmo no contexto estatal, aqueles devem ser supridos e ainda, precisam formar a criança em um indivíduo capaz de se desenvolver, individualmente, na sociedade.⁷⁸

Neste sentido, Paulo Lôbo define:

⁷³ Organização das Nações Unidas. Declaração de Genebra. 1924.

⁷⁴ Id. Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas. 1948.

⁷⁵ Id. Declaração Universal dos Direitos da Criança. 1959.

⁷⁶ Id. Convenção Internacional dos Direitos da Criança. 1989.

⁷⁷ BRASIL Decreto n. 99.710. Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: 1990

⁷⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. Porto Alegre: Ed. ArtMed, 2013. p. 66.

O princípio do melhor interesse significa que a criança incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.⁷⁹

A criança e o adolescente são vistos como sujeitos, quando após a dissolução conjugal, o direito de comunicação direta e permanente com a mãe e o pai, prevalece. Sendo ainda, possível que a criança se posicione nos processos litigiosos, quando sua guarda é discutida. Assim, é função do juiz o zelo pelo máximo grau da otimização do princípio do melhor interesse da criança. Esse princípio ainda, é regido pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo ter preferência dos direitos e interesses da criança e do adolescente.⁸⁰

Dessa maneira, é incontestável que o princípio aqui discutido é um dos instrumentos regentes na determinação da guarda, verificando o melhor desenvolvimento a criança.

3.2 Modificações da Guarda Compartilhada com a Lei n. 13.058 de 2014

A guarda compartilhada foi instituída com a Lei n. 11.698 de 2008,⁸¹ incluindo esta modalidade como um dos institutos possíveis de serem atribuídos aos genitores, afastando assim a ideia na relação de guarda e culpa, estabelecendo uma custódia que visa, essencialmente, a criança.

Com a evolução da legislação brasileira, surgiu a Lei n. 13.058/14,⁸² tornando assim, o instituto aqui discutido, regra. Essa ainda estipula, que em nada deve interferir a separação dos pais, quando se trata de exercício da autoridade familiar.

Conforme o próprio artigo 1.584, §2º do Código Civil estipula, a convivência entre os pais com seus filhos, deve se dar de forma equilibrada, diante dos preceitos fáticos e ainda das vontades das crianças.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 75.

⁸⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2009. p. 67

⁸¹ BRASIL. Lei da Guarda Compartilhada. Brasília: 2008

⁸² Id. Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória. Brasília: 2014

A Lei nº 13.058/2014⁸³ ratifica a modalidade da guarda compartilhada, estipulando que mesmo que os pais não estejam em harmonia no que diz respeito a suas decisões, o compartilhamento poderá ser determinado, modificando assim o imposto anterior que previa o método apenas nos casos em que houvesse uma sintonia entre os pais.

Importante ainda, destacar que com ECA (art. 2º;15;16, incisos I e II; 28, § 1º e 2º; e 83),⁸⁴ as crianças e os adolescentes foram vistos mais como sujeitos, ao passo que ressalta que sempre que for viável a vontade da criança deve ser considerada, buscando ainda um estado de desenvolvimento da mesma e o grau de afinidade entre as partes.

Os efeitos do divórcio são inevitáveis, sendo assim redefinida as funções parentais, causando uma divisão de deveres em relação aos seus descendentes. Assim, o aprofundamento neste tema, fez com que o ordenamento jurídico assegure aos pais um vínculo maior com seus filhos, mesmo com a cessação do matrimônio.⁸⁵

A adequação da legislação se deu com o objetivo de aproximar os pais dos filhos, não permitindo que a influência de uma relação danificada entre os ex-companheiros, afeta-se diretamente a determinação da guarda. Trazendo ainda, inúmeros benefícios, quais sejam a igualdade entre os pais, o afastamento daqueles responsáveis que efetivamente não possuem interesse na relação, somando-se a redução dos conflitos psicológicos.

Ademais, deve ser observado que o artigo 1.584, §3º do Código Civil,⁸⁶ recomenda que uma avaliação por meio de equipe interdisciplinar deve ser realizada quando a guarda é definida através do Poder Judiciário, determinando assim, os períodos de convivência adequados.

Assim, mais uma vez manifesta-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo de competência do magistrado determinar o melhor a este, seja através dos pais ou até mesmo de terceiros, que resguardem os requisitos necessários.

⁸³ BRASIL. Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória. Brasília: 2014

⁸⁴ Id. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 395

⁸⁶ BRASIL. Novo Código Civil. Brasília: 2002

3.3 Aspectos psicológicos da Guarda Compartilhada

Como toda ruptura, o divórcio também possui alguns impactos, afetando de forma direta os fenômenos sentimentais dos indivíduos. Desta separação, todos os envolvidos são prejudicados, uma vez que esta trata-se de uma transição dolorosa, tendo em vista a presença de ex-companheiros se desvinculam e não ultrapassam suas adversidades, conseqüentemente seus filhos reagem de forma negativa, trazendo até mesmo a depressão e culpa.⁸⁷

Assim sendo, as dissoluções conjugais, principalmente, as quais não cessam de forma amigável, causam diversos os prejuízos e danos ao desenvolvimento dos filhos, resultando em indivíduos que não possuem equilíbrio ou até mesmo que não são saudáveis.

Os infantes necessitam de um suporte seguro e de um apoio social, assim a legislação foi prudente ao adotar a guarda compartilhada até mesmo nos momentos em que não há um consenso entre os pais, pretendendo assim um estímulo na convivência dos pais em todos os momentos da vida dos filhos, aspirando atenuar as conseqüências negativas do divórcio.

A guarda compartilha destaca-se ao apresentar maiores vantagens em relação aos filhos, devido ao usufruto de tempo com ambos os pais, sendo assim limitado o sentimento de remorso ou até mesmo desordem na vida dos filhos, quando os genitores se reinventam. Somando a isso, está a posição daquele que não é guardião, pois a situação de “visitante”, para a sua derivada posição, qual seja a de pai, possuindo obrigações e vantagens em relação ao desenvolvimento de seu descendente.

Ademais, a rotina, quando ambos os genitores estão presentes, é notável, uma vez que a dificuldade de enfrentar as conseqüências da separação é facilitada, devido há um convívio de forma heterogênea, diminuindo assim os impactos desse rompimento.

Após demonstrados as vantagens psicológicas derivadas da guarda compartilhada a separação, importante frisar, que os infantes provenientes de rupturas são indicados como sendo

⁸⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 177

os mais propícios a desenvolver alterações em suas condutas, assim sendo, são responsáveis por protagonizar as desvantagens desse instituto.

O divórcio conflituoso causa diversos prejuízos a relação entre os ex-companheiros, essencialmente, nos casos onde a vontade de vingança prevalece, visto ainda, que há pais que transferem esse rancor aos seus filhos, causando a estes uma violência psicológica.

Essa transmissão de sentimentos causa o desenvolvimento de atritos psicológicos na criança, pois o intuito do genitor é degradar a imagem do outro, fazendo com que seu filho atue como coadjuvante, por tempo indeterminado.

Desse sofrimento é desenvolvido o “conflito de lealdades”, sendo que no entendimento da criança e do adolescente, ser leal a um dos genitores, consiste em ser desleal ao outro, essa errônea percepção causa o sofrimento dos descendentes, sendo ainda agravada nos momentos em que um dos pais, ou ambos, exige a lealdade exclusiva.⁸⁸

Como forma de adaptar o elenco às normas, a medição demonstrou-se como sendo o instrumento mais eficaz na resolução dos problemas decorrentes das crises familiares. Esse método tem sucesso quando ocorre um consenso no que concerne aos pontos divergentes dos pais, possuindo o intuito de restabelecer a comunicação e o diálogo entre os pais, visando ainda uma permanência ou até mesmo reconstrução das relações.⁸⁹

3.4 Guarda Compartilhada no Âmbito do Litígio

Ao citarmos os casos discutidos no âmbito familiar, nestes são utilizadas técnicas da ciência psicológica, as quais são baseadas no princípio do melhor interesse do infante, objetivando a compreensão das ações dos indivíduos.

Com a ocorrência do litígio e frustrada a tentativa de conciliação, durante o processo, é determinada a prova pericial, a qual deverá valer-se da expertise do perito, o qual deve levar

⁸⁸ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 2016. p. 101

⁸⁹ Ibidem. p. 101

em consideração a forma mais benéfica a criança e ao adolescente, e os pleitos jurídicos discutidos.⁹⁰

De acordo com o que já apresentado, a conjugalidade não se confunde com a parentalidade, ou sejam, estes são institutos independentes. Com o objetivo de valorizar essa segunda esfera, ao aprofundar os vínculos afetivos e equilibrar os direitos, a guarda compartilhada é proposta, uma vez que não há outros mecanismos jurídicos seguros, os quais garantam aos genitores um bom convívio com seus filhos, quando do rompimento da relação matrimonial.

O instituto da guarda compartilhada, no âmbito legal, é imposto nos casos em que os pais possuem um relacionamento harmônico e nos casos litigiosos, em que os pais têm discordâncias derivadas do seu casamento, as quais interferem no exercício da autoridade familiar.

A legislação desse instituto ratifica a importância da atuação do pai e da mãe na vida de seus filhos. Sendo fundamental destacar que situações como frustração pessoal com a separação, novas núpcias do ex-cônjuge, divergência em relação a pensão alimentícia e ainda a partilha de bens, não ensejam a inviabilização da guarda compartilhada, sendo ainda, estes os principais objetos dos litígios desse instituto.

É fato que o impasse para aplicação da guarda compartilhada consiste nos interesses conflitantes, sendo a guarda determinada por uma alçada que transcende os limites da família, devendo ocorrer a interferência de terceiros, seja ele o conciliador, o mediador, os quais não constituem a família, o que, a princípio, pode parecer negativo e pouco satisfatório.

Todavia, nos momentos em que os dois genitores solicitam a guarda unilateralmente, portanto cabendo ao Judiciário a decisão que melhor contemple os interesses da criança.

Uma das principais vantagens da guarda compartilhada é o convívio habitual dos pais com os filhos, consistindo no desenvolvimento da criança, ratificando assim a afetividade entre as partes. Somando-se a este, os conflitos de lealdade afastados, e ainda, contrariamente ao sentimento de exclusão do pai ou da mãe, quando na guarda unilateral, a custódia compartilhada

⁹⁰ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 2016. p. 267

instiga a intimidade entre as partes, uma rotina mais estável para criança, não dando viés as adversidades do casal.

Tendo em vista que o rompimento conflituoso está diretamente ligado a aspectos negativos, tais como mágoas e sentimentos de rancor, as famílias levam ao Poder Judiciário todas as oposições que resultam em uma realidade distorcida.

Essa distorção, e consequente inflexibilidade das partes, formam o litígio. Em seu teor, este impõe que uma parte deve vir a ser bem-sucedida, todavia quando há uma criança e um adolescente envolvido, não há em se falar em perda ou ganho, resultando apenas em danos aos descendentes, que sofrem efeitos negativos dessa disputa.

A prova pericial deve demonstrar a possibilidade da guarda compartilhada, devendo esta ser possível de forma fática e psicológica, sendo seu atributo de dividir, a principal capacidade analisada.

Conclui-se que a guarda compartilhada será determinada no âmbito do litígio, quando analisadas as circunstâncias necessárias e estas sobrevierem positivas nos aspectos psicológicos e fáticos.

5. CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, ocorreu a substituição do poder pátrio para o poder familiar, consistindo esta na transformação do modelo patriarcal e hierarquizado para uma forma protetora e construtiva.

Com a concepção de uma “nova” autoridade parental, os homens e as mulheres tiveram seus direitos e deveres equiparados, rompendo uma barreira existente entre os gêneros.

A dissolução conjugal, essencialmente, aquela que possui um vínculo entre o casal, qual seja o filho, deve ser realizada de forma cautelosa. Tendo em vista que com o rompimento dessa relação, são trazidos à tona todos os atributos dos pais.

Sobrevindo assim, a guarda da criança e do adolescente, a qual deve ser analisada minuciosamente, pois o infante não pode ser tratado com um objeto de “vingança” entre os pais, e deve ser protegido, sendo tratado, essencialmente, como um sujeito, devido ao fato do melhor interesse dessa criança prevalecer.

Considerando este princípio, o ordenamento jurídico traz à tona diversas modalidades de guarda, quais sejam a guarda unilateral, guarda alternada, guarda por nidação e finalmente, a guarda compartilhada.

A partir do instituto da guarda unilateral é possível a atribuição a apenas um dos pais, sendo assim este o genitor guardião, detendo o outro do direito às visitas. A guarda alternada por sua vez, define-se como uma alternância entre o exercício da guarda jurídica e material. Ademais, a guarda por nidação, ou aninhamento, é a estipulação de uma residência a criança e ao adolescente, devendo os pais exercerem o revezamento, morando periodicamente na residência do filho

Finalmente elenca-se a guarda compartilhada, a qual surge com a necessidade de estabelecer um convívio e uma maior afetividade dos pais com os filhos, o qual era deteriorado com o rompimento matrimonial.

A modalidade acima citada, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, pois esta é custódia que causa menos impactos na vida da criança, mantendo os princípios básicos deste, assegurando seus direitos e aproximando a proteção integral.

A tutela compartilhada é a mais adequada pelas suas vantagens prevalecerem sobre suas desvantagens, conseguindo ainda estabelecer um desenvolvimento integral da criança e do adolescente, com o ampliamto da afetividade.

É fato que para que esta prevalecesse, esta deveria ser regida do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual se faz indispensável. Somando-se a isto, o desenvolvimento legislativo, traz à tona que seja com o consenso ou não dos genitores, a guarda compartilhada deve predominar, mas ressalta que apesar disto, cada caso deve ser analisado cautelosamente.

Conclui-se que visando o melhor interesse da criança e do adolescente e tendo em vista os advenos oferecidos pela guarda compartilhada, este torna-se a custódia deve ser instaurada, para que seja garantido o tratamento do filho como sujeito, e não como um objeto de interesse.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família.** São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** Porto Alegre: Ed. ArtMed, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família.** São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL Decreto n. 99.710. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Brasília: 1990

____. **Constituição Federal.** Brasília: 1988

____. **Código Civil.** Rio de Janeiro: 1916

____. **Decreto 181.** Introdúz o Casamento Civil 1890.

____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília: 1990

____. **Estatuto da Mulher Casada.** Brasília: 1962

____. **Lei 11.441.** Introdúz os procedimentos extrajudiciais de divórcio. Brasília: 2007.

____. **Lei 13.105.** Introdúz o Código de Processo Civil. Brasília: 2015.

____. **Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória.** Brasília: 2014

____. **Lei da Guarda Compartilhada.** Brasília: 2008

____. **Lei do Divórcio.** Brasília: 1977

____. **Lei n. 11.698/08 e 13.058/2014.** Brasília: 2015.

____. **Novo Código Civil.** Brasília: 2002

____. **Lei do Divórcio.** Brasília: 1977

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

CASABONA, M. B. **Guarda compartilhada.** São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2006.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica.** Porto Alegre: Ed. Artmed, 2016.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito civil, família e sucessões, vol. 5.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2018.

- DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.
- FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul, RS: Ed. Educ, 2015.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas: novas relações depois das separações**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.
- LOBO, Paulo. **Direito Civil: família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2: direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.
- NETO, Caetano Lagrasta. **Processo de família 5. Direito de família, com outros autores**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.
- Organização das Nações Unidas Convenção Internacional dos Direitos da Criança. 1989.
- Organização das Nações Unidas. Declaração de Genebra. 1924.
- Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas. 1948.
- Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos da Criança. 1959.
- RAMOS, Patricia de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. v. 6**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

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

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. Leme: Ed. J.H. Mizuno, 2015.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo. Ed. LTr, 1998.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v.5: Direito de Família**. São Paulo: Ed. Método, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. São Paulo: Ed. Atlas, 2019.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Giovanna da Cunha Rodrigues

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 4154256-8, Período Manhã, Turma 10ºD ,

tendo realizado o TCC com o título: A GUARDA COMPARTILHADA E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

sob a orientação do(a) professor(a): Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

Giovanna C. Rodrigues
Assinatura do discente