

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST  
CURSO DE DIREITO  
DEISE CAROLINE DA SILVA

**GUARDA COMPARTILHADA: OS PRINCÍPIOS NORTEADORES  
PARA O SEU DEFERIMENTO**

LAGES  
2019

DEISE CAROLINE DA SILVA

**GUARDA COMPARTILHADA: OS PRINCÍPIOS NORTEADORES  
PARA O SEU DEFERIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação  
apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST  
como parte dos requisitos para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Prof. Me. Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

LAGES

2019

DEISE CAROLINE DA SILVA

**GUARDA COMPARTILHADA: OS PRINCÍPIOS NORTEADORES  
PARA O SEU DEFERIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação  
apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST  
como parte dos requisitos para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Prof. Me. Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

Lages,SC \_\_\_\_/\_\_\_\_/2019. Nota \_\_\_\_\_

Prof. Me. Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

---

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

Destino esta obra,

Aos meus pais Ana e Clodo, que nunca mediram esforços para que eu pudesse chegar até aqui, por acreditarem nos meus sonhos e tornar tudo isso possível.

Ao meu filho Enzo, meu presente no 4º semestre, foi por ele que nunca desisti e criei forças que não imaginava ter.

Amo vocês imensamente, essa conquista é por vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, base pra todos os anos de estudo. Nunca mediram esforços para ajudar em qualquer situação.

Aos meus amigos, por todo apoio que consegui a cada etapa vencida, sem eles não teria chegado até aqui.

Ainda e de suma importância à minha orientadora Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi, por me ajudar com todo apoio e suporte para realização desse trabalho, colocando-se à disposição para correções, ideias e novas sugestões que foram surgindo durante a realização do devido trabalho.

Ainda, a todos os professores, mestres que encontrei ao longo do curso, por serem mais de cinco anos tive o prazer de conviver com grandes nomes, sem eles nada seria possível. Aos meus colegas que a cada turma nova ia tendo o prazer de conviver e aprender um pouco com cada um.

Por fim, para todos que de alguma forma acreditaram em meu potencial.

Aqui meus mais sinceros agradecimentos, sem vocês nada disso seria possível.

**OBRIGADA!**

# **GUARDA COMPARTILHADA: OS PRINCÍPIOS NORTEADORES PARA O SEU DEFERIMENTO**

Deise Caroline da Silva  
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso traz como objetivo um estudo sobre a guarda compartilhada e os avanços dentro da história, as inovações que a lei 13.058/2014. Os três capítulos que serão apresentados estarão divididos da seguinte forma, no primeiro aborda o poder familiar com sua análise histórica, as mudanças que ocorreram no ambiente familiar e sua evolução até os dias de hoje. Já no segundo capítulo, trará uma análise mais complexa em relação a guarda sua origem, bem como as modalidades de guarda que existem no Brasil, ainda a responsabilidade parental, dentro desse mesmo contexto, a visão na doutrina sobre a alienação parental. Por fim, o terceiro capítulo será aprofundado o estudo sobre a guarda compartilhada, as espécies de guarda existentes, bem como suas características positivas, priorizando sempre o bem estar da criança e do adolescente, assim com a intenção de responder o problema de pesquisa do presente trabalho, será aprofundado quais princípios estão sendo analisados quando o deferimento da guarda compartilhada no poder judiciário, através de jurisprudências, pontuando as principais decisões referente a guarda compartilhada.

Palavras chave: Família. Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Princípios.

# **JOINT CUSTODY: THE GUIDING PRINCIPLES FOR ITS GRANTING**

Deise Caroline da Silva  
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

## **ABSTRACT**

The present undergraduate thesis seeks to approach a study about the joint custody and its advances within history, and the innovations brought by the Law No. 13.058/2014. The three chapters presented in this study will be divided as follows: The first one discusses family power with its historical analysis, the changes that have occurred in the family environment and its evolution to this day. In the second chapter, it will bring a more complex analysis in relation to custody and its origin, as well the modalities of custody that exist in Brazil, and also the parental responsibility and within the same context, the understanding of the doctrine about parental alienation. Lastly, the third chapter will deepen the study on joint custody, existing custody schemes, as well its positive characteristics, always prioritizing the welfare of children and adolescents, and therefore the intention to answer the research problem of the present thesis, it will deepen which principles are being analyzed when granting the joint custody in the judiciary, through jurisprudence, punctuating the main decisions regarding joint custody.

Keyword: Family. Familiar Power. Joint Custody. Principles.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 07 de dezembro de 2019

---

DEISE CAROLINE DA SILVA

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 DA FAMÍLIA.....</b>	<b>11</b>
2.1 Evolução histórica da família e seu conceito.....	11
2.2 Do pátrio poder após a Constituição Federal de 1988.....	16
2.3 Do exercício do poder familiar.....	17
2.4 Da extinção do poder familiar.....	19
2.5 Da suspensão do poder familiar.....	20
2.6 Da perda do poder familiar.....	22
<b>3 GUARDA.....</b>	<b>22</b>
3.1 Origem da guarda.....	22
3.2 Modelos de guarda existentes no Brasil.....	25
3.3 Responsabilidade parental.....	27
3.4 Visão doutrinária sobre a alienação parental.....	29
<b>4 GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>31</b>
4.1 Conceito do novo modelo de guarda compartilhada.....	31
4.2 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.....	32
4.3 Princípios norteadores para o deferimento da guarda compartilhada.....	34
4.3.1 Princípio do melhor interesse do menor.....	34
4.3.2 Princípio da convivência familiar.....	36
4.3.3 Princípio da dignidade humana.....	37
4.3.4 Princípio da igualdade entre os cônjuges e filhos.....	38
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>42</b>

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho de conclusão de curso tem por escopo estudar a guarda compartilhada como um modelo para a guarda dos filhos aos genitores, fazendo uma análise dos princípios utilizados pelo judiciário ao deferir a guarda, tendo como prioridade o bem-estar da criança e do adolescente.

A importância do presente estudo, tem como base a criança e o adolescente que sofrem pelas consequências do fim de um relacionamento, a guarda compartilhada vai trazer de forma equilibrada a vida dos genitores com os filhos, não pesando a responsabilidade em apenas um dos pais.

Inicialmente, o ordenamento jurídico, trazia como regra o deferimento da guarda unilateral, nessa a criança ficava sob a guarda de apenas um dos genitores, detendo o outro apenas o direito de visitas e o dever de prestar alimentos e ajuda financeira para o sustento do filho, isto é, os devidos alimentos que são previstos na legislação, cabendo salientar que o valor se altera a cada caso, como base a possibilidade do genitor e a necessidade do menor.

Entretanto, conforme essas mudanças, é necessário também as transformações no âmbito de guardas, procurando atender as necessidades das famílias da melhor forma. Foi então que a partir de 2008, uma nova modalidade de guarda é adotada no Brasil, que possibilita a participação de ambos os pais na educação, cuidado e sustento dos filhos, essa denominada guarda compartilhada, tendo como objetivo suprir as deficiências das demais guardas já usadas pelo ordenamento jurídico.

A guarda compartilhada entrou em vigor no Código Civil Brasileiro pela lei 11.698/2008, a qual modificou a redação dos artigos 1.583 e 1.584, e foi alcançada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse viés, havendo conflito, o juiz na posição de mediador, intervém para que sejam analisados os princípios, buscando averiguar se há possibilidade ou não da guarda compartilhada em cada caso específico, e, assim, surge o problema da pesquisa do presente trabalho científico, na procura de esclarecer os principais pontos da guarda compartilhada e buscar identificar se ao deferi-la o juiz está intervindo aos princípios elencados pela Constituição e pelo ECA, os quais dão total amparo a criança e ao adolescente.

Importante frisar que o assunto é de grande relevância, tendo em vista que toda criança e adolescente tem o direito de crescer em um seio familiar, onde a convivência deve ser harmônica, a fim de garantir seu desenvolvimento. A guarda compartilhada traz benefícios as famílias, fazendo com que os filhos tenham convivência com ambos os genitores, ainda que não haja mais uma relação conjugal, pois o poder familiar não se suspende com o término do casamento.

No tocante a abordagem, empregou-se o método dedutivo, através da construção de uma problemática, com o intuito de se aprofundar o estudo com elementos gerais para a específica. Listou-se como referências, pesquisas bibliográficas, alcançadas por intermédio de doutrinas, artigos, jurisprudências e informações periódicas.

Assim, surge a problemática: qual a importância do deferimento da guarda compartilhada para o menor e quais benefícios terão os pais? Na busca por respostas, importante o entendimento de renomados autores e o Código Civil, dentre outras leis e jurisprudências.

Contudo, o estudo do título I, se faz através de uma apreciação do poder familiar, considerando que este tema se encontra profundamente relacionado com o instituto da guarda, esta é responsável pelos direitos e deveres atribuídos aos pais, que buscam manter laços afetivos com sua prole. No seu contexto geral, se fará uma análise na Constituição Federal de 1988, bem como no Código Civil de 2002, que regula a suspensão e extinção do poder familiar e para complementar, com o estudo de uma jurisprudência do Tribunal Catarinense.

Com o intuito de aperfeiçoamento, em seu título 3, no segundo capítulo, trará uma análise mais complexa em relação a guarda sua origem, bem como as modalidades de guarda que existem no Brasil, ainda a responsabilidade parental, dentro desse mesmo contexto, a visão na doutrina sobre a alienação parental.

E por fim, o terceiro capítulo será um estudo através de doutrinas e jurisprudências, verificando se o deferimento da guarda compartilhada está sendo fundamentado com base nos princípios constitucionais do direito de família e nos demais direitos amparados pelas legislações específicas.

O trabalho limita-se a pesquisa em conclusões acerca da temática, evidenciando-se que os menores tem merecido grande atenção aos seus direitos ao decorrer dos anos, tendo como reflexo toda uma política inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e aperfeiçoada pelas leis que as seguem.

## **2 DA FAMÍLIA**

Tendo em vista que a família é onde começa a história do ser humano, nesse primeiro capítulo observar-se-á suas características e evoluções que se passaram ao longo dos anos.

Logo, será analisado as espécies de família que surgiram com o passar do tempo, e com o intuito de adaptação à nova realidade que se adequa as famílias brasileiras. Um dos avanços é o pátrio poder hoje denominado como poder familiar, o qual se verá nos tópicos que seguem.

### **2.1 Evolução histórica da família e seu conceito**

A origem de família em Roma como também na Grécia, tem como base a forma patriarcal, trazendo como líder sempre o pai, considerado o chefe da família, ficando assim, como a pessoa a qual dava as ordens dentro da casa.

O termo família originou-se na Roma Antiga, e destinava-se a criação de um novo grupo social, e na tradição romana foi criado o termo pátrio poder por ser exercido apenas pelo pater famílias, o chefe da família, o que detinha o poder, tomando as decisões que eram convenientes para toda sua família, causando assim uma desigualdade maior ainda entre o pai e a mãe, tendo dessa forma, a estrutura de forma patriarcal, conforme pontua Palloma Cunha Camacho e Anny Ramos Viana (2014).

Assim, no que se refere a origem da família, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p.16), colaboram com as seguintes considerações:

Na Roma antiga, após o homem dominar a ordem jurídica e a propriedade privada, vigorava o modelo de família patriarcal, com a reunião de pessoas sob o poder familiar do ascendente mais velho do sexo masculino, ainda vivo, o pater famílias. A ele submetiam-se todos os integrantes daquele organismo social: a mulher, os filhos, os netos, bisnetos e seus respectivos bens.

Denota-se da colocação dos renomados autores, que com o surgimento da denominação pater famílias, seu conceito estava na forma de liderança que era apenas da figura masculina, não somente no que se referia dentro da família, mas esse poderia responder também nas decisões que regessem sobre o patrimônio dos mesmos. A esse chefe de família ficavam submetidos todos os que faziam parte daquele grupo social.

Com o passar do tempo, as mudanças foram acontecendo, e a família patriarcal foi ficando no passado, passando assim as mães de famílias ter autoridade no âmbito

familiar. Para essas mudanças ocorrerem foram importantes alguns aspectos que contribuíram diretamente dentro da estrutura familiar, uma delas foi o Estatuto da mulher casada.

Logo, a definição de família não se baseia apenas em um conjunto de parentes, pais e filhos, que moram em um mesmo lugar, ligados pela mesma corrente sanguínea. Essa é muito mais ampla, tendo em vista que se trata de um fenômeno natural da humanidade, que foi sofrendo alterações ao longo da história, passando assim por variadas modificações.

Entretanto, o Código Civil de 1916 definia a família sendo aquela constituída através do casamento, como analisa Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo (2016, p.44) pontuando: “O Código Civil de 1916 previa uma só forma de família: a constituída pelo casamento. Era, portanto, conceito singular, que permaneceu até a diferentes formas de família, chamadas de entidades familiares, provavelmente por questão de cautela”.

Denota-se do entendimento dos autores que essa forma da constituição da família era um aspecto de cautela. Até acontecer novas formas de família essa predominou por um tempo, com o surgimento das novas modalidades denominadas como entidades familiares. Nessa esteira a Família é a base do conhecimento, educação construindo assim o caráter e os valores como cidadãos.

Desse modo observa Edson Pires da Fonseca e Paulo Hermano Soares Ribeiro (2012, p.31):

A família é a primeira instituição do ser humano repleta de significados e projeções da pessoa adulta. Somos o que aprendemos ser dentro da família, cuja preponderância sobre todos os demais grupos sociais domina boa parte da vida do ser humano em construção, e exercerá fundamental influência em suas escolhas ao longo da vida. O poder de conformação que a família exerce sobre seus membros define a identidade social dela e deles.

Nesse viés, em conformidade com os autores, a base é ter uma família com objetivos e ensinamentos que trarão benefícios na vida adulta desse ser humano. Cada um vai oferecer o que aprendeu em seu grupo social, aquilo que foi construído dentro de casa obtendo influências em suas escolhas.

Cumprir destacar, que hoje em dia, o afeto toma espaço e vai se desfazendo o vínculo biológico, esse era considerado com maior significado no elo de ligação entre as pessoas da família.

Logo, igualmente e atualmente o afeto é o vínculo mais significativo visto também como um princípio no Direito de Família, como aponta Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p.27):

Esse princípio é deveras importante para compreender a atual família, uma vez que o determinismo biológico não é mais suficiente para definir o conceito de família ou filiação, a genética não substitui a convivência nem a construção dos laços afetivos; como nos casos de adoção ou da posse de estado de filho em relação a pai socio afetivo.

Como citam os renomados autores, não basta apenas os laços de sangue, esse não é mais essencial para definição de uma família, a genética por si só, não acarreta na troca por uma convivência familiar ou laços afetivos que se criaram. Citando como exemplo os casos de adoção ou a posse do filho em relação ao pai sócio afetivo.

No que trata a relação entre os pais e filhos, denota-se uma evolução considerável. O Código Civil de 1916 artigo 380, nos traz a idealização desse poder visto ao poder familiar, descrito a seguir:

Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Consoante ao supra entendimento, traz o artigo que a função da mulher era ser uma colaboradora, sua obrigação era cumprir com as tarefas da casa, obedecer e servir ao marido da maneira que esse a ordenasse, com o dever dos cuidados e criação dos filhos, não podendo exercer qualquer ato da vida civil, diferente essa da figura masculina, os denominados chefes de família, os quais possuíam total poder, e tomavam decisões de modo individual, Marília Nadir de Albuquerque Cordeiro (2016).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, tratou de dar tratamento específico a família, trazendo como família qualquer um dos pais e seus descendentes, como elenca o artigo 226 § 4º: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

O artigo específico 226§ 4º da Constituição Federal, demonstra que a base de uma sociedade é a família, essa traz total proteção do estado, com direitos a educação, saúde etc. A Constituição elenca também que essa entidade familiar é formada por pais e seus filhos, os seus ascendentes.

Com as mudanças no desenvolvimento da história do ser humano o poder familiar também passou por profundas modificações, antes o homem que era o Pai

exercia todo o papel na sua família, uma espécie de domínio, por ser ele quem colocava a comida na mesa, tinha uma autoridade sobre tudo e sobre todos. Porém, com o passar dos anos isso foi se restringindo as leis e o papel passou de poder para dever, isto é o dever de educar seus filhos, além de contribuir para seu sustento e colaborar para que este tenha um futuro.

Ao decorrer dos anos, a figura feminina foi tendo voz na sociedade e tomaram espaço dentro dessa, passaram a adquirir seus direitos no meio social, representando assim o fim da desigualdade entre homem e mulher, dentro do poder familiar.

Isso se deve a Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, Estatuto da Mulher Casada, que teve como marco inicial direitos até então inexistentes:

Artigo 248: A mulher casada pode livremente:

I - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393); II – Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1); III – Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285; IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177). Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato; V – Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis; VI – Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem; VII – Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei. VIII- Propor a separação judicial e o divórcio.

Denota-se do referido artigo, as grandes conquistas que a mulher conseguiu com a referida lei. Essas mudanças trouxeram a mulher o direito de poder ter voz ativa dentro do casamento, não ficando a decisão somente pelo pai, considerando a sua evolução dentro do convívio familiar, e podendo agir de maneira igualitária com os deveres e obrigações perante a sociedade.

Ainda, sobre o artigo, importante ressaltar o posicionamento de Maria Berenice Dias Berenice Dias, (2015, p.460), discorre sobre o pátrio poder e o Estatuto da Mulher Casada:

O Código Civil de 1.916, assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, que assumia o exercício do poder familiar em relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo à viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade dos mesmos. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder. O Estatuto da Mulher Casada (L 4.121, de 1.962), ao alterar o Código Civil de 1.916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, que era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

Compreende-se através do posicionamento, que com o estatuto trouxe para ambos o poder de exercer em igualdade o poder. Mas ainda, era considerada maior a vontade do pai, se a mãe não concordasse poderia utilizar a justiça para tais diligências.

Com toda a evolução, por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou definido como um princípio constitucional, a igualdade entre homens e mulheres, conforme dispõe o artigo 226 §5º CF: Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Nesse viés, o artigo traz com clareza que todos os direitos podem ser exercidos de forma conjunta por homem ou mulher, não aceitando discriminação, ambos sendo amparados pelo Estado. A base da sociedade é família, trazendo de forma igualitária todos os meios para que não ocorra a discriminação.

Ao passar por essas transformações e evoluções nos países, o Brasil foi aderindo e complementando em suas legislações, onde a figura do Pai vai se amenizando e a da mãe assim vai criando voz com igualdade.

Desta forma, o pátrio poder é modificado para poder familiar, atribuindo aos pais uma gama de obrigações, tendo como intuito garantir o respeito aos direitos dos filhos menores de idade, conforme mencionam Anny Ramos Viana e Palloma Cunha Camacho (2014, n.p.):

O poder familiar, outrora denominado de pátrio poder pelo Ordenamento Pátrio, estrutura-se em uma gama de direitos e obrigações, atribuídos aos pais, visando assegurar o cumprimento dos direitos garantidos aos filhos menores, ainda não emancipados, sendo assim exercido em paridade de condições, por ambos os genitores, tendo em vista precipuamente, o interesse e a proteção do filho. Esse dever de cuidado é o que a legislação denomina como poder familiar, constante no Capítulo V do Código Civil. Cabe ressaltar que, não há no ordenamento vigente uma definição pura e taxativa de poder familiar, e sim regulamentação de situações e incidências do mesmo.

Nesse objeto de estudo acima citado, constata-se que com as mudanças já ocorrem uma série de deveres e obrigações que são atribuídas aos pais, que ficam obrigados a cumprir os direitos dando garantia aos filhos. Sendo denominado assim, pela legislação todo esse cuidado, o poder familiar. Ainda que seja pequeno, denota-se essas transformações que passaram a ter voz no cotidiano das famílias somente após a instituição do primeiro Código Civil no Brasil, em 1916, aonde mudou a concepção de propriedade para necessidade de proteção aos filhos.

No que se refere a mulher, o Código Civil de 1916, não fez muita diferença em relação a hierarquia familiar, o artigo 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe de família, e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Denota-se, que a condição jurídica da esposa permaneceu inferior por longo tempo, foi então em 1962 que se criou o Estatuto da mulher casada. Ainda em 1977 a lei do divórcio. E por fim e sem dúvidas a mais importante, em 05 de outubro 1988 a Constituição Federativa do Brasil, que traz inovações dentro de todo o contexto familiar.

## **2.2 Do pátrio poder após a Constituição Federal de 1988**

Entre o Código Civil de 1916 e a vigência da Constituição Federal de 1988, o poder familiar era exercido pelo pai, por isso a expressão legal era "pátrio poder", mas, com a igualdade entre homens e mulheres especificado no artigo 5º da CF/88, se fez necessária uma mudança de interpretação e nomenclaturas da referida lei Civil, somente com a oficialização do Código Civil de 2002 que a expressão "pátrio poder" passou para "poder familiar".

Logo, com o surgimento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança da mesma natureza no direito de família, pois o princípio da igualdade entre homem e mulher mudou as relações familiares, veja-se o que diz o artigo 226 da CF/88:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Conforme o supra disposto constitucional, nota-se a plena igualdade entre homem e mulher, pois estes exercem em conjunto e na mesma proporção o poder familiar sendo eles casados ou não.

Logo, atual código de 2002, em seu artigo 1.630 traz que: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores", ainda a nossa Carta Magna traz os deveres que são atribuídos não só aqueles que detém o poder familiar, mas ao Estado e a sociedade, observa-se o caput do artigo 227 da CF/88.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Contextualizando, o poder familiar não está inserido apenas nos artigos mencionados, traz o artigo 229 da CF/88 "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

Tendo em vista o entendimento do preceito constitucional, não cabe somente aos pais o dever com os filhos, mas também o dever dos filhos maiores ajudar estes quando impossibilitados.

Em especial, no que trata a guarda dos filhos o artigo 1.583 do Código Civil diz que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

Cumprido registrar, segundo o disposto legal a igualdade e proteção que foram mencionados pelos textos da lei citada acima, também encontramos uma série de

institutos no Estatuto da Criança e Adolescente, reforçado ainda pela Lei da Alienação Parental.

Em conformidade, pontua Diniz: (2007, p.515): "O poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas".

Compreende-se dessa forma que as conclusões exibidas nessa pesquisa, correspondem a uma função básica da família atual, onde as formas do poder familiar podem ser confiadas a outras pessoas que não sejam os pais, mas o poder familiar é irrenunciável, pois o estado de filiação também é imprescritível.

À vista do exposto, denota-se que o poder familiar se tornou uns dos mais solenes institutos na Constituição Federal, pois este regula as relações familiares através de direitos e deveres dos pais de forma igualitária e conjunta, garantindo aos menores proteção especial.

### **2.3 Do exercício do poder familiar**

Ao se falar em poder familiar, cabe lembrar quais são os deveres e direitos que os pais exercem em relação a pessoa e aos bens dos seus filhos. Ainda, para que esse cumprir suas tarefas com coragem e amor, existe um tratamento jurídico no Código Civil, em seu artigo 1634 aonde dispõe que:

Artigo 1634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - Dirigir-lhes a criação e educação; II - Tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - 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; V - Representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nota-se do referido artigo, que os deveres passados aos pais pelo legislador são essenciais para a dignidade e formação dos filhos, pois esse se atribui primeiramente aos pais adequar o caráter e o entendimento dos seus filhos.

Em outras palavras, o primeiro inciso trata de um dos deveres mais importantes que os pais têm com os filhos, que é esses educar e criar, que com essas condições se tornaram em uma sociedade bom cidadão. Denota-se também que os principais atributos do poder familiar são a guarda, educação, assistência e representação, ainda a vigilância e fiscalização.

Ao que se refere a guarda e a educação, geralmente os filhos devem permanecer na família, ligado aos pais, conforme elenca o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

Nos termos da lei a família que não cumprir com seus deveres, estarão sujeitas as sanções penais e civis, e o Estado pode intervir, obrigando estes ao exercício desse dever.

Corroborando, cita-se, o artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente que vai trazer em seu texto que:

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. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Em comento ao disposto artigo em questão o inciso V do 1634, fala sobre a assistência e representação, isso é enquanto os filhos forem menores, estão proibidos de atuarem no meio jurídico e tomar decisões, por ter pouca experiência e não ter idade.

Nesse entendimento, entende-se que o Estado impede atos ruinosos a si mesmos e ao seu patrimônio, por isso que existe a lei para proteção e orientação por seus pais. Como dispõe o Código Civil os pais representam seus filhos desde a concepção até os dezesseis anos em todos os atos jurídicos que devam praticar e os assistem dos dezesseis até completar dezoito anos.

Ao falar em vigilância e fiscalização, fica destinado o dever de dirigir a criação/guarda do menor com atenção e cuidado no seu desenvolvimento integral. Ainda nos ensinamentos do doutrinador Grisard Filho (2010. p.50), ele fala sobre o dever de vigilância e fiscalização:

O dever de fiscalização, como algo a mais que a guarda, traduz-se no cuidado e na diligência dos pais ao absoluto desenvolvimento dos filhos. Por isso eles estão autorizados a proibir que os filhos mantenham relações com determinadas pessoas, que frequentem certos ambientes, que participem de espetáculos inadequados, que tenham acesso à leitura imprópria à sua idade. Decorre do dever de vigilância e fiscalização os pais vigiar a correspondência do menor, conforme o respeito devido ao filho e seu grau de maturidade, fixar-lhes horários para estudos, trabalho e lazer, bem como zelar por sua saúde.

Logo, parafraseando, sobre o ensinamento acima citado, denota-se que o dever de vigilância e fiscalização, devem ser exercidos em prol do melhor interesse da criança e do adolescente, juntamente com o dever de guarda, criação e educação, tendo cumprimento dos deveres apoio jurídico e sendo supervisionado pelo Estado.

## **2.4 Da extinção do poder familiar**

Toda criança tem direito de ter um convívio familiar, respeitando seus direitos, mas nem sempre isso ocorre. Até os que têm o dever de passar proteção, não respeitam os ordenamentos. A perda do poder familiar é a forma mais severa dentro das normas, esse se dá por ato judicial, quando a criança for abandonada, sofrer abusos ou não receber de quem deveria proteger, os devidos cuidados.

No que se refere a extinção do poder familiar, o tratamento jurídico está elencado nos artigos 1.635 e 1.638 do Código Civil, elucida-se:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - Pela morte dos pais ou do filho; II - Pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - Pela maioridade; IV - Pela adoção; V- Por decisão judicial.

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.

Conforme o que dispõe os artigos acima citados e uma vez que a responsabilidade parental está ligada ao melhor interesse da criança, o Estado conferiu a extinção do poder familiar por fatos naturais, como citado a morte por exemplo, assim se qualquer um da relação parental vier a falecer será extinto o poder familiar, tendo em vista que com a morte cessa a personalidade da pessoa.

Ainda, uma outra maneira que se extingue o poder familiar é pela emancipação do adolescente, a qual está de acordo com o artigo 5º parágrafo único, inciso I do Código Civil, assim quando os pais concedem a emancipação mediante instrumento público, para o filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade dispensando-se a homologação judicial.

Com fulcro no artigo 1.638 do Código Civil, observa-se as hipóteses de perda/destituição do poder familiar, onde o doutrinador pensando no filho menor especificou algumas hipóteses no que tange á má administração e zelo com os filhos como: castigo imoderado, abandono, práticas de atos contrários à moral e os bons costumes; reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

Ainda, o artigo 437, parágrafo único, da CLT frisa uma situação para a destituição da autoridade parental: o caso dos pais permitirem o trabalho dos filhos em locais nocivos à saúde ou em condições contrárias e atentatórias à moral e aos bons costumes.

Conforme disposto legal, no caso dos genitores permitirem o trabalho do filho em lugares prejudiciais que danifiquem a sua saúde, ou ainda vão contra e que atentam a sua condição moral e os bons costumes, pode ocorrer também a destituição do poder familiar

## **2.5 Da suspensão do poder familiar**

A suspensão do poder familiar se dá quando há uma decisão decidindo por isso. Pode ocorrer, quando o pai ou a mãe forem condenados criminalmente e não podem recorrer, por crime que exceda 02 (dois) anos de prisão, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil. Ocorrendo isso, a criança/adolescente fica sobre a guarda do genitor que está em liberdade, esse possuindo condições ou uma pessoa da família designada pelo próprio juiz. Outro caso que pode haver a suspensão é quando a criança está sendo submetida a trabalhos que ofendem a moral e os bons costumes.

O artigo 1637 do Código Civil dispõe que:

A suspensão do poder familiar ocorre quando o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando os deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, ou pai ou à mãe forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Denota-se do disposto legal, que para ocorrer a suspensão do poder familiar é preciso que os genitores deixem de cumprir com suas obrigações ou acabe prejudicando os filhos em relação aos seus bens. Ainda, sendo os pais condenados com pena superior a 2 anos de prisão pode ser suspenso o poder familiar desses genitores.

Importante frisar que a Lei da Alienação parental também traz em seu dispositivo legal, hipóteses da suspensão do poder familiar: Conforme dispõe o art. 2º da aludida norma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Conforme disposto legal, a interferência que um dos genitores induz ao menor em relação ao cônjuge alienado é ato de alienação parental, dificultando a convivência e os vínculos do genitor com a criança/adolescente.

A lei da alienação parental é uma forma de prevenir que os filhos sofram pelo fim de um casamento, interferindo para que essa criança ou adolescente não passe a sofrer danos na infância ou tenha consequências na vida adulta. Se constatada a alienação, a suspensão do poder familiar pode ser aplicada.

No segundo capítulo, observar-se-á a Guarda por meio de seus conceitos, sua evolução jurídica, da origem e do direito comparado. Das modalidades existentes de guarda e como ela é resolvida.

## **2.6 Da perda do poder familiar**

Partindo dessa ideia, a perda do poder familiar vai funcionar como uma punição aos pais em relação a sua prole, mas sim de preservar estes de possíveis condutas que os pais ou responsáveis possam cometer, sendo decretada a perda do poder somente em caso de risco, a segurança ou a dignidade do menor, buscando afastar esse das condutas de seus genitores ou responsáveis, que venham a colocar assim a criança ou adolescente em risco eminente, fazendo-se necessário o afastamento.

Ainda na mesma esteira Silvio Salvo Venosa (2012, p.318) leciona:

O poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar. A lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

Nessa grande corrente, entende-se que o poder familiar poderá ser suspenso, durante um determinado tempo ou definitivo, em casos que afetam o seio da família prejudicando o menor, ainda em casos de quebra do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

### 3 A GUARDA

A guarda dos filhos passou a ser um assunto a ser resolvido pelos pais quando da separação ou divórcio, precisam decidir sobre o destino dos filhos e a nova adaptação.

Ao que se refere a palavra guarda, envolve o ato de cuidar, amar, respeitar, transmitir carinho e atenção à aqueles que precisam de um amparo, um ato de afeto, cabendo aos pais o dever de preservar e cuidar do futuro dos seus filhos. É de grande importância, verificar as obrigações do guardião em relação ao filho e o significado que a legislação traz em relação a guarda.

Em vista de melhor entendimento cita-se o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente assinala:

Artigo 33: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009)  
Vigência

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)  
Vigência.

Consoante ao supra disposto legal, as obrigações do guardião são de suma importância, e devem ser cumpridas para que não venha a ocorrer a perda do direito desse, prevalecendo buscar garantir os direitos da criança, sem prejudicar as visitas do genitor que não detém a guarda.

Nessa vertente, a guarda no âmbito familiar é ampla responsabilidade dos pais, se individualizando com a separação de fato ou de direito, porém a guarda poderá ser de uma pessoa que possa se responsabilizar pelo menor, no impedimento dos pais exercerem sua função.

### 3.1 Origem da guarda

Ter conhecimento da origem da guarda é de suma importância, levando em conta que o entendimento dos quesitos é primordial ao entendimento das partes. Em qualquer ciência, principalmente no Direito, deve-se perceber ainda que todas as coisas vêm de uma origem, como observamos a seguir.

Desta feita, no ordenamento jurídico viu-se que o tema da guarda mereceu relevância em duas hipóteses distintas e sujeitas, cada qual, a um ordenamento jurídico peculiar: na dissolução da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união, e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em linhas gerais, percorreu esse caminho legislativo.

Conforme o Decreto de nº 181 de 1890, em seu artigo 90, determinava: A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Diante do referido artigo, constata-se que o destino dos filhos de pais separados, não existiam regras que lhes dessem amparo ou algum ordenamento, até seu surgimento em 1890, do Decreto 181 que, em seu artigo 90, trazia que a sentença do divórcio mandava entregar os filhos em comuns e menores ao cônjuge considerado inocente e fixará a cota em que o culpado deverá concorrer para a educação. Registrando, ainda, em 1961 entra em vigor o Código Civil, que traz em seu artigo 325 que na ocorrência de término amigável de um casamento se respeitasse o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos e em seu artigo 326, estipulava que fosse observado, com vigor, se o término teria sido gerado por apenas um ou por ambos os cônjuges.

Logo, foi em 1941 que surgiu o Decreto-Lei nº 3200 e, regulou em seu artigo 16 a guarda de filho natural, estabelecendo que o filho ficasse com o genitor reconhecido e se fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o magistrado entendesse de modo contrário, atendendo ao interesse do menor.

O decreto teve seu artigo 16 modificado pela Lei nº 5.582/70, que determinou que o filho natural, quando reconhecido pelos pais, ficasse sob a guarda da mãe e não mais do pai, a não ser que fosse prejudicial ao menor, ou caso necessário, deveria ocorrer a colocação do menor sob a guarda de alguma pessoa da família de ambos os pais. O interesse do menor sempre deveria ser base na decisão judicial.

Com o surgimento de novas regras, se deu um novo enfoque para um modelo de família, pois a emancipação da mulher e por consequência a nova visão que o homem precisou ter com elas, mudou assim a forma de pensar dentro das famílias e isto influenciou na criação e relação entre pais e filhos.

Concomitante a essa corrente, colabora a teórica Dias, (2010, p.98):

A presença da mulher é a história de uma ausência. Era subordinada ao marido, a quem devia obediência. Sempre esteve excluída do poder e dos negócios jurídicos, econômicos e científicos. O lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos, mas felizmente, um novo caminho foi trilhado para o estabelecimento de igualdade de direitos entre homens e mulheres, fato que exige um novo tipo de contrato conjugal, pois hoje as mulheres não são mais esposas sem voz e voto.

Vislumbra-se o que descreve a autora, que com os avanços que a mulher conseguiu dentro do poder familiar, já não se subordina ao marido e já tem voz, não existe um contrato conjugal abusivo, ganhou igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Ao longo dos anos, a mulher foi ocupando seu espaço, tanto na vida profissional, como na vida familiar. Antes existia aquela imagem da mulher servil que aos poucos foi dando espaço a outras, que possuíam direitos e vontade, que passaram a ser respeitadas, ainda não comparada ao homem, mas com lugar suficiente para interferir na criação dos filhos. A mudança na sociedade foi dando a ela seu espaço, e isso refletiu com grande significância na família. A visão machista era opressora, a educação reprimia tanto os filhos como a mãe.

Neste espaço, registram que todas as mudanças de valores no século XXI, o lado paterno começou a reassumir gradativamente responsabilidade diante do lar, com o desejo de melhor se relacionar com seus filhos, desejando urgentemente por uma nova mudança no instituto da guarda, onde tanto a mãe quanto o pai possam se relacionar com seus filhos, e com as modificações, nasce um desejo maior por modificações, em virtude principalmente do nítido desequilíbrio que existe em relações parentais, em consequência da maioria dos casos de término conjugal era a figura materna que permanecia com a guarda dos filhos, permanecendo o princípio da igualdade.

Diferente do que era visto, não existe mais a figura do pai ser o chefe da família, advindo das novas mudanças que foram surgindo, o companheirismo tornou-se objeto principal nas relações entre os casais após o término da união, em busca sempre do melhor para sua prole. Considerando que a mulher precisou colaborar com as

despesas da família, fez-se necessário também o companheirismo. Assim, passou a ser a parceira e colaboradora do seu esposo, e não apenas a figura da mãe mulher criada, sempre junto das determinações do seu parceiro.

### **3.2 Modelos de guarda existentes no Brasil**

São diversos os modelos de guarda que existem no Brasil. Apenas algumas são amparadas pela Constituição Federal, ou legislação específica, e outras que possuem apenas amparos doutrinários, mas são muito utilizadas pelas famílias.

A primeira modalidade de guarda trazida pela doutrina, que não está na legislação, é a nidação, esse modelo é pouco usado diante de possuir características próprias. Tem seu deferimento pelo Poder Judiciário de forma muito rara, pois nela o menor deve ter sua própria residência, onde alternativamente o seu genitor e genitora vão ficar com ele, causando, uma certa instabilidade na vida da criança ou do adolescente, através desse revezamento dos pais, Francinária Santiago Ferreira (2017).

Registrando que, igualmente existe a guarda alternada, essa possui características semelhantes a nidação, não está prevista no ordenamento jurídico. Esse modelo de guarda só ocorre o deferimento em casos específicos. Nessa modalidade, o menor é quem muda de residência, pode ir pra casa do pai ou da mãe, conforme for acordado pelas partes e pelo judiciário.

No que se refere a essa modalidade de guarda importante observar os ensinamentos doutrinários das autoras Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo (2016, p.89):

Essa modalidade de guarda é, ao nosso ver, a menos indicada, por várias razões: uma delas, de caráter macrossocial, é o fato de o Brasil ser um país de dimensões continentais, tanto em área e extensão quanto em população, e ter costumes regionais bem característicos e subculturas específicas. Outra razão a ser considerada inclusive da mesma cidade, e até com residências paterna e materna próximas, é o fato de as crianças e os adolescentes ficarem sem referencial de domicílio para os atos mais mezinhos da vida, como ter endereço postal, dar seu endereço para os amigos, ter telefone residencial, entre outros, além de afetar aspectos importantes do desenvolvimento biopsicossocial e psicoemocional e sua segurança, como receber orientações distintas do país.

Denota-se da citação das renomadas autoras, que o desequilíbrio do filho, torna-se nítido, a criança ou adolescente não possuem residência fixa, levando em consideração que estarão sempre em mudança de uma residência para a outra.

Ainda, sobre essa guarda, há que se falar nas críticas que essa possui principalmente alternância de forma contínua do menor de uma casa para outra, podendo prejudicar o seu desenvolvimento humano, seus valores e sua educação, afetando diretamente em seu psicológico Flávia Wanzeler Carvalho (2017).

Neste íterim, a guarda mais utilizada pelas famílias ainda é a unilateral ou também chamada de uni parental, ela é marcada por conceder a guarda dos filhos a um dos genitores, passando a esse o dever de cuidado e criação e ao outro genitor o dever de alimentar e o direito à visitação.

Nesse viés, o doutrinador Alexandre Cortez Fernandes (2015, p.278), menciona que:

Considera-se, assim, guarda unilateral, aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que os substitua. Não resta dúvida de que está tem sido a maneira cediça de conferência de guarda no direito brasileiro – um dos cônjuges tem a guarda, e o filho tem, em relação ao outro cônjuge, o respectivo direito de visita.

Conforme entendimento do doutrinador, essa guarda é passada a um dos genitores ou a alguém que os substitua, uma maneira mais eficaz no direito brasileiro, assim um dos cônjuges detém a guarda, dando ao outro cônjuge o direito de visita.

Ainda, é importante frisar as modalidades em que essas guardas poderão ser pleiteadas em juízo, conforme expressamente no artigo 1.584 do Código Civil de 2002:

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

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

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.058, de 2014).

Observa-se do referido artigo que esse traz os diversos aspectos em que podem ser requeridos esses modelos de guarda ao Poder Judiciário, ou ainda ser determinado por ele, em cada caso concreto sempre priorizando o bem do filho.

Como observado, esta modalidade de guarda está prevista no ordenamento jurídico, e pode ocorrer quando há acordo entre os pais, levando sempre em análise os dois guardiões, os quais terão obrigações que deverão ser cumpridas.

Denota-se dessa guarda um ponto negativo, o fato do genitor que não detém a guarda e possui apenas o direito de visitas, passar menos tempo de convívio com o filho. Mas ainda vale observar, que essa modalidade é a mais indicada, em contrapartida com a alternada e a nidação.

Assim, se provado que o detentor da guarda não está cumprindo com suas obrigações, o outro genitor poderá ir a juízo com provas necessárias, pleitear a alteração da guarda, levando em consideração sempre o bem-estar do menor.

Ainda, nas modalidades de guardas, há que se falar na mais discutida nesse trabalho, a guarda compartilhada, é uma opção recente. Ela entrou em vigor na legislação a partir do ano de 2008. Essa apareceu com o intuito de atender de melhor forma o princípio do melhor interesse do menor, pois a vontade do filho é de ficar com ambos os genitores, fazendo com que não ocorra conflito entre eles.

Sobre a introdução desse modelo de guarda o ordenamento jurídico, cabe ressaltar a obra de Ana Carolina Silveira Akel (2016, p.40):

Esse panorama foi alterado com a inserção da Guarda Compartilhada no nosso ordenamento jurídico em 2008 e, recentemente, com anova mudança legislativa, por meio da Lei 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil brasileiro.

Conforme disposto legal, esse novo modelo passou por mudanças, no início, essa modalidade não foi muito aceita. Não era utilizada pelas famílias, por ser uma novidade no ordenamento jurídico e possuir características próprias, havia receio ao optar por essa modalidade, que será tratada especificamente na íntegra no capítulo 3.

Visto os variados tipos de guarda, cada uma com suas peculiaridades, a escolha deve ocorrer de acordo com cada caso em concreto, verificando o que mais se adequa à situação familiar.

### **3.3 Responsabilidade parental**

A reponsabilidade está inclusa no poder familiar, parental é um direito-dever de ter os filhos em sua companhia, resguardando seus interesses, respeitando e suprindo as suas necessidades, para que desenvolva um crescimento com saúde e sua personalidade plena.

Diante de estudos sobre a responsabilidade parental, é de mera importância frisar a opinião de Dias (2010, p.422) cita que:

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que ali vierem. Assim, reserva-se direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integração física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afasta-los do convívio de seus pais.

Diante do exposto, denota-se que a união do Poder Público e o direito de família é fato indispensável no que tange atender e suprir as necessidades do menor, preservando sempre a integridade física e psíquica deste, o poder familiar é visto com um encargo público que protege os direitos e interesses do menor.

Logo, convém destacar que o estado age como órgão fiscalizador, podendo intervir a qualquer tempo, quando verificar que há algum comportamento pelos pais que possa vir a prejudicar o menor no momento ou em outro tempo. Dependendo da gravidade do que foi praticado pelos pais, esse poder pode ser suspenso ou até mesmo extinto.

Nesses termos, o Estado entendendo que o menor está em condições, que lhe fere os princípios de dignidade, ao respeito e liberdade, pode vir a intervir e até suspender o direito do poder familiar, de exercer a guarda da criança, tendo em vista os direitos a proteção que são elencados pelo ECA, e também na nossa Constituição Federativa do Brasil.

### **3.4 Visão doutrinária sobre a alienação parental**

Foi sancionada em 26 de agosto de 2010 a Lei 12.318/2010 que busca tratar de interesses de crianças e adolescentes, visando coibir abusos trazidos por seus genitores após a drástica separação, chamados estes de alienação parental.

Logo, a síndrome da alienação parental ainda é recente, mas é um acontecimento que tem grande frequência na sociedade atual. Registra-se que esta síndrome se manifesta principalmente no ambiente em que a mãe se sente de alguma forma traída pelo pai, tendo em vista que a mulher ainda é a mais indicada para exercer a guarda dos filhos, principalmente quando ainda são pequenos. Mas, a guarda ainda pode incidir em qualquer um dos genitores, tanto o pai como a mãe.

A síndrome da alienação parental pode trazer consequências drásticas para a família como um todo. Atinge o cônjuge alienado, bem como o próprio alienador e

principalmente a criança, que sempre vai ser a mais prejudicada no meio de todo esse transtorno.

Na visão da doutrinadora Dias, (2010, p.24):

A Síndrome de Alienação Parental é uma condição capaz de produzir diversas consequências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado como para o próprio alienador, mas seus efeitos mais dramáticos recaem sobre os filhos. Sem tratamento adequado, ela pode produzir sequelas que são capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe e cria imagens distorcidas das figuras paterna e materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral.

Conforme acima disposto, as consequências maiores, segundo a autora recaem sobre os filhos, causando traumas que passam a afetar a vida destes perante a sociedade, se não houver um tratamento adequado, ainda poderão desenvolver um dano psicológico, podendo causar sentimentos de raiva, tristeza, insegurança, medo, raiva, fatos esses que farão com que a criança não consiga ter vínculo afetivo sólidos, os quais dificultam a vida e a relação dela com a sociedade e até mesmo com as pessoas que estão a sua volta, prejudicando assim a sua vida emocional e social. (Dias, 2010)

Logo, a síndrome da alienação parental, além de ser discutida em doutrinas, também tem sua problemática regida pelos termos da lei 12.318 de 26 de agosto de 2010.

O art. 2º da referida lei afirma que: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este."

Denota-se do artigo que a alienação parental afeta a prole na sua formação psicológica, de modo que afasta o genitor do convívio e qualquer vínculo que possa ter com este.

Logo, a alienação parental deve ser tratada como uma moléstia. O magistrado poderá ordenar se necessário a realização de perícia psicológico ou biopsicossocial, conforme elenca o art. 5º da Lei 12.318/2010.

Diante do exposto, é necessário ressaltar que, cabe ao Juiz ou a requerimento, em ação autônoma ou incidentalmente, com participação do MP, determinar medidas urgentes, especificamente a Lei 12.318/2010 em seu artigo 6º traz, o rol do que pode ser adotado em hipóteses de indícios de práticas alienadoras. São elas:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

O referido artigo acima citado, traz as hipóteses que podem ser determinadas pelo juiz em caso de prática da alienação parental. O genitor alienador pode recorrer ao judiciário para que seus direitos em relação ao filho sejam revistos.

Nesse capítulo observou-se a origem da guarda dos filhos, com a modificação da família, onde, antes o pai era o chefe da família, a mulher passou a exercer poderes maiores sobre a estrutura familiar, conquistando um grau de igualdade perante toda a sociedade e convívio familiar, tendo o pai também a igualdade de ter a guarda dos filhos menores. Bem como as modalidades de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico. Abordado também o assunto responsabilidade parental e a visão doutrinária sobre o tema que é de supra importância, alienação parental, presente na maioria das vezes no término da união conjugal.

No próximo capítulo, abordar-se-á a lei que regula a guarda compartilhada, os princípios norteadores para seu deferimento, bem como os pontos positivos e negativos e a nova forma de convívio da prole em residências alternadas.

## **4 GUARDA COMPARTILHADA**

Frente ao âmbito familiar a sociedade brasileira passou por inúmeras transformações, torna-se cada vez mais comum um casal optar por não manter um casamento, através dessas mudanças passou a existir um novo e inédito significado ao instituto do poder familiar, esse surge para vincular a responsabilidade dos pais em relação as crianças no âmbito do convívio familiar, com essa nova modalidade de guarda é retirada a imagem da posse permanecer somente com um dos cônjuges. Sendo o principal foco, poder os dois compartilhar mais da vida dos filhos.

Compartilhar quer dizer participar, ser parte, podendo ser definida a guarda compartilhada como ambos os genitores responsáveis, esses compartilham e dividem as obrigações e decisões perante a criação, saúde, educação que exercem na função de genitores. Hoje esse modelo é apontado como o ideal e aplica-se até mesmo havendo litígio entre os pais, razão essa que o presente capítulo trará suas principais maneiras de se adequar a essa nova realidade.

### **4.1 Conceito do Novo Modelo de Guarda Compartilhada**

No mês de agosto do ano de 2008, entrou em vigor a Lei nº 11.698/08, que teve sua publicação em 13 de junho de 2008, a qual veio alterar os artigos 1583 e 1584 do Código Civil Brasileiro, acrescentando em nossa legislação a Guarda Compartilhada. Na sociedade atual, os pais querem que mesmo com o fim do relacionamento, possam participar da vida do filho, podendo ajudar na educação, lazer e acima de tudo ter um relacionamento adequado com seu filho.

Na visão doutrinária de Tartuce (2015, p.1231), esse pontua que:

Guarda compartilhada ou guarda conjunta: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com seus pais.

No entendimento do autor, essa modalidade de guarda, ambos os pais têm o direito de conviver com o menor, dividindo em igualdade as responsabilidades, mesmo que o filho tenha somente uma casa, a convivência com essa modalidade de guarda se torna mais eficaz na presença do genitor com o seu filho.

Nesse mesmo sentido Fujita, (2009, p.90), afirma:

A guarda compartilhada exige, antes de tudo, a compreensão e a boa vontade dos pais, objetivando a felicidade de seu filho, o que, convenhamos, após a separação entre eles, legal (judicial ou extrajudicial) ou de fato, ou divórcio, ou dissolução de união estável, são elementos de rara presença.

O Autor em seu entendimento, traz que após a ruptura da união conjugal, fica ainda mais distante a compreensão entre os ex-cônjuges, na modalidade da guarda compartilhada, é de extrema importância que o respeito permaneça entre os pais, para que possam juntos, ajudar o que é de alguma forma a parte mais prejudicada, ou seja o filho, para que na sua vida que está passando por uma transformação, possa ter base na sua educação e no caráter, sempre pensando em primeiro lugar, na felicidade da sua prole.

#### **4.2 Vantagens e Desvantagens da guarda compartilhada**

Na busca interminável de proteger o bem mais precioso dentro de um relacionamento que são os filhos, com a ruptura dessa união, no âmbito familiar, geram-se alguns danos, levando-se em consideração as diversificadas modalidades de guarda, tendo que verificar as vantagens e desvantagens para poder tomar algum caminho que seja mais favorável a criança/adolescente, estes são apontados pela doutrina em relação a guarda compartilhada.

Ainda que pequenos os filhos têm uma imagem formada de seus pais, que estão juntos, com a ruptura da união esse menor, sem muito entendimento da situação que está acontecendo, e pra ele é nova, se vê sem saber qual posição deve ficar, este se sentindo de certa forma, desprezado por um dos seus genitores, em um momento que para si é de extrema tristeza, ver duas pessoas que convivem tomando rumos diferentes, vai se criando uma angustia, sem ao menos saber o porquê e de que forma tudo aquilo está acontecendo, os medos vão se alastrando e os danos podem ser irreparáveis.

Nesse sentido, tornando-se viável essa modalidade da guarda compartilhada preserva esse sentimento de escolha, fazendo com que o término de uma relação seja menos traumático, para os genitores e mais importante para os filhos.

É mister destacar, que a ideia é sempre ter a criança como maior interesse, sendo a guarda compartilhada vista como diminuição dos traumas que podem causar ao menor, desde a ruptura da união conjugal, para que sendo possível possam ter uma vida em comum, preservando e buscando um relacionamento amigável, tentando resolver os

problemas que essa dissolução acarretou, para que nada do que está acontecendo na vida desse venha a prejudicá-lo no futuro nem no crescimento que está começando.

Logo, ainda e não menos importante, é possível levar em consideração que o vínculo entre pais e filhos está sempre em construção. Sendo assim a modalidade de guarda compartilhada possível, estando em comum acordo os ex-companheiros, em prol do bem-estar físico e mental dos filhos, buscando a harmonia para que juntos possam compartilhar momento de amor e alegria junto da sua prole. Nesse contexto a autora Dias, (2011, p.432), elucida que:

Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Na visão doutrinária acima explica-se que a modalidade de guarda compartilhada ainda tem a vantagem de ambos os pais poderem participar na criação e desenvolvimento de seus filhos, buscando o convívio intenso na vida do menor, e unificando os valores de pais e mães, mesmo que não possuam mais laços de afetividade o filho não pode sofrer as consequências disso.

É notável que os interesses por manter o vínculo afetivo, e suas responsabilidades como genitores, podendo ajudar na educação e desenvolvimento do seu filho, são características fundamentais de pais. Estes estão sempre preocupados com os menores que estão em constante desenvolvimento, e é nesse momento que os pais devem estar presentes e manifestarem em seu grau de proteção, passando a esse menor todas as condições que são necessárias para ter uma infância saudável e feliz.

Um aspecto relevante, onde o rancor e o ódio entre os ex-cônjuges sempre predominam, geralmente isso ocorre com a ruptura do laço conjugal, podendo afetar o menor com essa modalidade de guarda compartilhada, gerando futuramente problemas ainda maiores, como frustração e até mesmo desenvolvimento de problemas psicológicos, que são elucidados pelos genitores, onde estão disputando o amor dos próprios filhos.

Logo, o distúrbio que é inserido nas questões negativas do pedido de guarda, é visível ante a intenção da manutenção do convívio com o ex-parceiro ou ex-cônjuge, por meio do litígio. Nesse entendimento, denota-se que no direito de família, existem diversas regras, e essas regulamentam os direitos dos envolvidos, mas que elas só se tornam necessárias onde o amor prevalecer, que é o maior sentimento que o ser humano pode sentir, mesmo que o casamento ou a união do casal termine, os filhos serão sempre

filhos e por isso devem ser amados e cuidados até o final, por seus pais, que juntos devem exercer seus direitos e deveres colocando sempre em primeiro lugar os filhos entendendo que esses serão merecedores de amor pra vida toda.

#### **4.3 Princípios norteadores para o deferimento da guarda compartilhada**

O Estatuto da Criança e Adolescente e Constituição Federal, elencam uma série de princípios que apoiam as questões que envolvem o menor, levando em consideração sempre a proteção e garantindo-lhes direitos inerentes à sua estrutura de uma pessoa em desenvolvimento. Ao se aplicar esses princípios, para o deferimento da guarda compartilhada, importante frisar pesquisas de campo, com o foco de averiguar as decisões jurisprudenciais dos tribunais do Estado de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Minas Gerais de 2015 a 2018, o qual será tratado nos itens abaixo.

#### **4.4 Princípio do melhor interesse do menor**

É de suma importância ressaltar esse princípio, o qual está amparado pela Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois os menores são sujeitos e detêm o direito de exercê-los. Assim, deve ser levado em consideração o que melhor vai atender as necessidades dos filhos e seu bem-estar.

No recurso analisado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na qual a genitora solicita mudança da guarda compartilhada pela unilateral, esse foi indeferido, por base está o princípio do melhor interesse da criança, segue teor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARADA INTENTADA PELA GENITORA QUE PRETENDE EXERCER UNILATERALMENTE O ENCARGO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR. RECURSO DA DEMANDANTE. 1. GUARDA EXEGESE DO ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL, E 33 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS DE SITUAÇÃO DESABONADORA DA CONDUTA PATERNA OU DE QUE O AMBIENTE FORNECIDO PELO ASCENDENTE SEJA INAPTO PARA O DESENVOLVIMENTO, CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO DA PROLE, QUE CONTA 12 E 3 ANOS DE IDADE. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR QUE SE SOBREPÕE À VONTADE DOS PAIS. GUARDA COMPARTILHADA FIXADA EM ACORDO JUDICIAL CELEBRADO EM 20/7/2017. TOGADO SINGULAR QUE, NOS AUTOS DE ORIGEM, AINDA NÃO OUVIU A PARTE CONTRÁRIA. CONVÍVIO MATERNO, ADEMAIS, QUE SE DÁ DE FORMA REGULAR E CONSTANTE. 2. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento nº 4026767-71.2017.8.24.0000 de Rio do Sul. Desembargador Raulino Jacó Bruning, j. 22-02-2018).

Conforme elucidado no supra julgado, fica evidenciado a grande importância que o poder judiciário vai dando a este princípio, o qual prevalece, mesmo que a vontade dos pais seja diferente da dos filhos.

Ainda neste diapasão, importante ressaltar o voto do relator e desembargador, Raulino Jacó Bruning, que diz o seguinte:

[...] Pois bem. No caso em apreço, não verifico a presença de elementos que demandem, ao menos por ora, o deferimento da provisória unilateral dos menores à genitora. Isso porque os documentos que instruíram a peça inicial não evidenciam, em sede de cognição sumária, situação desabonadora a recomendar a alteração abrupta da rotina dos menores. Outrossim, não há a presença, também, dos requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil, uma vez que o indeferimento da guarda provisória pleiteada não ocasionará, ao que tudo indica, prejuízos aos menores (perigo de dano), porquanto ambos os genitores são detentores de sua guarda, que é exercida de forma compartilhada conforme os termos do acordo de fl. 113. [...]

Denota-se desse caso em espécie, com o voto do desembargador, que não obteve elementos para deferir a guarda provisória a mãe. Tendo em vista que ambos os genitores são detentores da guarda, e a exercem de maneira compartilhada, indeferindo assim, o pedido para não causar prejuízo aos menores.

O Tribunal do Estado de Santa Catarina poderá pela mesma linha de raciocínio, atendendo ao interesse do menor. Observa-se no recurso de agravo de instrumento abaixo citado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. RECURSO DO GENITOR. INCONFORMISMO COM A MUDANÇA DE DOMICÍLIO DA GENITORA. DESCABIMENTO. LAR REFERENCIAL MATERNO MANTIDO. GUARDA COMPARTILHADA REVERTIDA PARA UNILATERAL. ALTERAÇÃO DE RESIDÊNCIA, DENTRO DO MESMO ESTADO, EM RAZÃO DE PROPOSTA DE EMPREGO MAIS VANTAJOSA. CONVÍVIO ENTRE PAI E FILHO GARANTIDO PELO DIREITO DE VISITAS, QUE VEM SENDO CUMPRIDO. AUSÊNCIA DE FATOS QUE DESABONEM A CONDUTA DA GENITORA OU INDIQUEM SITUAÇÃO DE RISCO AO MENOR. MELHOR INTERESSE DO MENOR ATENDIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Agravo de Instrumento : AI 4020614-04.2018.8.24.0900 Biguaçu 4020614-04.2018.8.24.0900. Julgado em 06/12/2018.)

Nesse viés, na dissolução do casamento ou união, que havia um acordo, os pais chegavam a um entendimento entre eles mesmos, sobre a guarda dos filhos, visando sempre o bem estar do menor, dando a este condições dignas, garantindo um desenvolvimento saudável, tanto emocional como social, levando em consideração que o acordo entre os ex-cônjuges são eficazes na criação dos filhos menores que estão se desenvolvendo, para que assim a criança venha conviver normalmente com esse fim da

relação no núcleo familiar, quando existe conflitos, o menor fica em desfavor, pois está no meio como um objeto de disputa entre os próprios pais.

Nesse entendimento, ainda Tartuce, (2015, p.943-944), enfatiza:

Não havendo acordo entre os cônjuges, nos termos da redação original do CC/2002, a guarda seria atribuída a quem revelasse as melhores condições para exercê-las (art. 1.584 do CC). O parágrafo único deste comando legal enunciava que a guarda poderia ser atribuída a terceiros, se o pai ou a mãe não pudesse exercê-la, de preferência respeitada a ordem de parentesco e a relação de afetividade com a criança ou adolescente. A título de exemplo de aplicação do último dispositivo, a guarda poderia ser atribuída à avó paterna ou materna, desde que ela revelasse condições para tanto.

No supra entendimento do autor, entende-se que não obtendo consenso entre os pais separados, na guarda da criança ou do adolescente, esta era conferida em grande parte ao guardião que possuísse melhores condições de manter seus filhos, se ambos não tivessem condições a guarda poderia se estender aos avós se estes tivessem condições, prevalecendo sempre o grau de afetividade que exercem junto a criança.

Não há dúvidas de que essa modalidade de guarda veio para resolver os problemas advindos da dissolução da vida a dois, sendo que os filhos sempre serão os mais prejudicados, com o rompimento do laço conjugal.

Ademais a doutrina discorre sobre os interesses que se portam melhor em relação as crianças. Tendo um lar apenas, mas sempre que for possível convivendo de forma igualitária com ambos os pais, a modalidade de guarda compartilhada gera a possibilidade dos pais poderem compartilhar os interesses de seus filhos com igualdade, no núcleo familiar, mesmo que não estejam mais convivendo sobre o mesmo teto, inserido sempre o menor em outra união que venha de um dos seus genitores, com essa modalidade de guarda a aproximação do filho com seus genitores, é ainda mais intensa, pois permite estar mais presente na vida de ambos os pais, mesmo que estejam separados.

#### **4.5 Princípio da convivência familiar**

Esse princípio está garantido também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19: É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral

Encontra-se também na carta magna, visto que busca realçar os deveres dos pais, suas responsabilidades e obrigações, havendo uma relação conjugal ou não.

Nesse aparato corrobora o teórico Guilherme Calmon Nogueira da Gama, (2008, p.85), expõe que:

Ainda que fisicamente distantes, os membros da família mantêm a referência ao ambiente comum familiar e, assim, o local representa o refúgio seguro e privado, em que todos se sentem recíproca e solidariamente acolhidos e protegidos, notadamente as pessoas dos familiares vulneráveis, como as crianças e os idosos.

Denota-se da colocação do autor, que a família tem total amparo pela legislação especial, por se tratar de crianças e adolescentes que necessitam de apoio, uma proteção para se sentirem acolhidos e protegidos, as famílias vulneráveis, crianças e idosos.

#### **4.6 Princípio da dignidade humana**

Esse princípio tornou-se base para o princípio do melhor interesse do menor, oferecendo a eles o direito de exhibir suas opiniões. Nesse sentido, realçando os direitos das crianças e adolescentes, vale mencionar o artigo 3º do ECA, no qual diz que: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único.

Nessa ótica, os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 2016).

No tocante a família, tem total proteção do Estado, sendo prioridade para este, assim a Constituição Federal traz também proteção especial como princípio da tutela especial da família, diante das palavras do autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p.71-72), esse expõe que:

Se, em termos de inserção da pessoa em outras comunidades (que não a entidade familiar), a proteção não é especial, no campo do direito de família é fundamental a realização das dignidades de cada um dos integrantes, com respeito recíproco, cabendo ao Estado não apenas prevenir atentados e violações contra a coesão familiar, mas também promover medidas positivas de modo a proporcionar a tutela especial a todas as famílias.

Nesse viés, com o apontamento do autor, esse entende que a proteção do Estado para as famílias é fundamental, para a ação de dignidade de cada um dos integrantes dessa família, sendo devido ao estado a proteção e respeito, para que não aconteçam violações de direitos ou atentados contra os filhos.

Fica evidenciado a importância que o Estado dá para as famílias, e mais ainda para as crianças e adolescentes, direitos estes que sem dúvidas são resultantes da dignidade da pessoa humana, do direito a todos de ir e vir.

#### **4.7 Princípio da igualdade entre os cônjuges e filhos**

Esse princípio, que deve ser elencado, e também está disposto na Constituição Federal, é o princípio da igualdade entre os cônjuges ou companheiros. Este princípio trouxe muitos benefícios às mulheres brasileiras, nas palavras de Dias (2016, p.50):

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada a ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres da mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se a igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. De modo enfático e até repetitiva, afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF.5ºI). Destaca mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 § 5º). Ou seja, a carta constitucional é a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.

Conforme supra entendimento, a autora ressalta que todos são iguais e lhes é assegurado tratamento de forma igualitária. Como ideia principal as garantias de igualdade, o que leva a justiça que assegura esses direitos. A Constituição Federal é a lei principal para assegurar esses direitos dentro das famílias.

Ainda, o princípio da igualdade entre os filhos, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo assim que os filhos sendo ou não da relação conjugal devem ser tratados de maneira igualitária, tendo o mesmo sangue ou sendo por adoção, perante a lei são todos iguais e não devem sofrer distinção.

A Constituição também faz referência ao princípio da afetividade, que são vínculos de amor, carinho, respeito e afeto, que se torna felicidade dentro de um âmbito familiar, nesse viés importante ressaltar o apontamento de Rolf Madaleno (2015, p.105):

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido a dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente em sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.

Nesse entendimento, o autor traz que o afeto é o principal meio para dar razão a dignidade da existência humana. Esse deve estar sempre nos vínculos de filiação, não somente com filhos consanguíneos, mas também por aqueles de parentesco. Ainda, destaca que os vínculos consanguíneos não se impõem aos laços afetivos e podem prevalecer sobre estes.

Ainda, sobre a igualdade dos cônjuges na guarda compartilhada, vale ressaltar como isso vem afetando nos casos de alienação parental, que são quando os pais, denigrem a imagem do outro genitor, com o intuito de que a criança se afaste do mesmo.

Nesse entendimento vale mencionar o posicionamento de Rachel Ramos Ibañes (2016, n.p), que trata de como essa guarda da sendo útil no combate a alienação parental.

Neste contexto, a guarda compartilhada passa a ser instrumento essencial do judiciário no sentido de garantir a convivência familiar de forma equilibrada, com pais atuantes em uma convivência harmoniosa, objetivando pôr um fim na alienação parental. A Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008 define a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Dessa forma, evidencia-se a importância dos esforços dos genitores, familiares, bem como do judiciário e demais profissionais envolvidos no sentido de inibir a prática da alienação parental, resguardando assim o equilíbrio, a autoestima e a liberdade da criança ou adolescente de relacionar-se com quem deseja.

Entende o renomado autor, que a guarda compartilhada é essencial na garantia da convivência familiar, para que essa ocorra de maneira equilibrada, onde os pais participam em harmonia, para se pôr um fim na alienação parenta. Ainda, é evidente que haja esforço de ambos os lados, com familiares, bem como a justiça para um bom desenvolvimento dessa criança ou adolescente e assegurando-lhe o direito de conviver com sua família.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se o presente trabalho científico Guarda compartilhada e os princípios norteadores para o seu deferimento, em busca do conhecimento dos novos meios utilizados a nova modalidade de guarda e os princípios que são levados em consideração no momento do deferimento da guarda, o modo como essa se aplica quando se faz é necessária, tornou-se viável abranger alguns temas pra chegar em tal resolução.

A temática argumentada traz a evolução do poder familiar, a partir do momento em que a mulher, que era apenas vista como uma pessoa com deveres a cumprir dentro do próprio lar, passou a ter direitos, e possui capacidade e direito de opinar em todas as decisões que diz respeito aos filhos, acabando com as diferenças entre homem e mulher, o que ocorria, com o fim das desigualdade trouxe benefícios também aos filhos, passando a ser tratados como pessoas de direitos, direito à saúde, vida, educação e aos cuidados dos genitores, conforme a legislação mesmo nos traz.

No mesmo viés, os filhos eram considerados como propriedade apenas do pai, houve uma mudança significativa, podendo hoje ser reconhecido com sua condição de sujeito de direitos, levando em consideração de um sujeito em desenvolvimento.

A relação paterno-filial é de grande importância, nem mesmo o divórcio ou a dissolução da união estável são suficientes para romper essa relação. Para isso, os devidos processos requerem que os genitores estabeleçam a guarda dos filhos e o direito de visitas ao genitor não-guardião, não sendo aceito pelas partes, a decisão será decidida pelo judiciário, conforme o caso em concreto.

Antigamente, existia apenas a guarda unilateral, que era o direito de guarda a apenas um genitor, e o genitor não-guardião possuía direito de visitas e o dever de pagar alimentos ao filho, trazendo a desigualdade entre os pais, e um menor tempo de convívio do filho com o outro genitor.

Contudo, hoje em dia, outros modelos de guarda foram aceitos pelo direito, através das variadas mudanças pelas quais a sociedade vem passando, nada mais adequado que o instituto da guarda, se adequasse também a essa nova realidade, tendo como a principal delas a inserção da guarda compartilhada como um modelo melhor para manter o convívio entre os genitores e os filhos e a corresponsabilidade do genitor não-guardião na vida destes.

Na esfera jurisprudencial pode-se verificar, que o tribunal de Santa Catarina, o de Rio Grande do Sul, como também o Tribunal de Minas Gerais, vem fazendo relevantes considerações, quando se tratado do princípio do melhor interesse do menor, nos casos de guarda compartilhada, sobre esse princípio pode ser analisado que mesmo a vontade de um dos pais ser da guarda unilateral, será observado o interesse dos filhos e esse prevaleça.

Em consequência disso, foi verificado os julgados do Tribunal de Santa Catarina, e de Rio Grande do Sul, os quais destacaram que o direito de convivência dos filhos com os genitores, vem acompanhado do melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante dos pontos assim expostos, obtém-se que esse novo instituto, o modelo da guarda compartilhada traz consideráveis benefícios as famílias brasileiras, e mais importante ainda as crianças e adolescentes.

Assim, fica confirmada a hipótese do respectivo trabalho, observado através dos estudos que os tribunais estão utilizando dos princípios constitucionais e do ECA quando do deferimento da guarda compartilhada, tendo como foco principal, o princípio do melhor interesse do menor, desse modo, privilegiando o melhor convívio familiar, e pondo fim na desigualdade entre os homens e as mulheres.

## REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S.; COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. (Coord.). **Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: método, 2016.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**: Código Civil do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**: Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**: Estatuto da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**: Alienação Parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**: Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

CAMACHO, P. C.; VIANA, A. R. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas**: Ensaio sobre alienação parental. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 06/nov/2019.

CARVALHO, F. W. **Guarda compartilhada a luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 06/nov/2019.

CEZAR-FERREIRA, V. A. M.; MACEDO, R. M. S. **Guarda Compartilhada**: Uma visão psicojurídica. Porto Alegre. Artemed, 2016.

CORDEIRO, M. N. A. **A evolução de o pátrio poder**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br> Acesso em: 06/nov/2019.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito de famílias de acordo com o novo CPC**. 11. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, A. C. **Direito Civil: Direito de Família**. Caxias do Sul: Edusc, 2015.

FONSECA, E. P.; RIBEIRO, P. H. S.. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Minuzo, 2012.

GAMA, G. C. N. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: atlas, 2008.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada um novo modelo de Responsabilidade Parental**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

IBÃNES, R. R. **A guarda compartilhada como instrumento de combate á alienação parental**. Disponível em: <http://conteudojuridco.com.br>. Acesso em: 06/nov/2019.

MADALENO, A. C. C.; MADALENO, R. **Síndrome da alienação parental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil: Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo de instrumento nº 40267677120178240000**. Data do julgamento 22/02/2018 Disponível em: [sc.jusbrasil.com.br](http://sc.jusbrasil.com.br). Acesso em: 06/nov/2019.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento: AI 4020614-04.2018.8.24.0900 Biguaçu 4020614-04.2018.8.24.0900**, Relator Rubens Schulz. Data do julgamento 06/12/2018. Disponível em: [sc.jusbrasil.com.br](http://sc.jusbrasil.com.br). Acesso em: 06/nov/2019.