



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

ORIENTANDA- LAURA ALVES FERREIRA
ORIENTADOR: PROF^a DR. NIVALDO DOS SANTOS

GOIÂNIA
2023

LAURA ALVES FERREIRA

**GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. Orientador: Dr. Nivaldo dos Santos

GOIÂNIA

2023

LAURA ALVES FERREIRA

**GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Data da Defesa: ____ de ____ de ____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof^o. Dr. Nivaldo dos Santos

Nota

Examinadora Convidada: Prof^a. Dra. Maria Nívia Taveira Rocha :

Nota

SUMÁRIO

RESUMO	05
INTRODUÇÃO.....	05
1 DA FAMÍLIA	07
1.1 Contexto Histórico da Família.....	07
1.2 Conceito de Família	09
1.3 Princípios Gerais do elo familiar	11
2 PODER FAMILIAR E O INSTITUTO DE PROTEÇÃO DOS FILHOS	15
2.1 Noções Gerais do poder familiar	15
2.2 Da guarda	21
2.2.1 Conceito e Modalidades de Guarda	21
3 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS.....	24
3.1 Conceito.....	24
3.2 Guarda compartilhada no Direito Comparado	26
3.3 Efeitos da Guarda Compartilhada e o posicionamento dos tribunais	28
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Laura Alves Ferreira ¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo de pesquisa analisar o instituto de proteção dos filhos que é a guarda compartilhada. Essa modalidade de guarda surge com o objetivo de reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais. Dessa forma, o trabalho está estruturado na modalidade de artigo científico, composto por três seções. Para tanto, será elaborado por meio de doutrinas, artigos e posicionamento dos tribunais jurisdicionais.

Palavras -chave: Autoridade Parental. Responsabilidade. Poder Familiar.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objeto esclarecer acerca da guarda compartilhada que se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, para a elaboração deste trabalho é indispensável estudar o poder familiar, a visão histórica, para até então adentrar no instituto da guarda e suas modalidades.

A guarda é atributo do poder familiar e, no ordenamento jurídico, designa o modo de gestão da vida dos filhos, principalmente após o desfazimento do vínculo conjugal ou convivencial dos pais.

A guarda compartilhada como o próprio nome diz, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta.

O artigo busca apresentar as principais implicações encontradas pelos genitores, as soluções pela doutrina e jurisprudência para viabilizar o melhor interesse da criança, os acordos pactuados entre genitores.

As dúvidas que nos levaram a pesquisar sobre o tema foram as seguintes:

¹ Acadêmica do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás PUC-GO.

a) Como fica o direito de visitas no caso de guarda compartilhada? b) Se os pais não moram perto, é possível fixar a guarda compartilhada? c) Na guarda compartilhada precisa pagar pensão?

Para tanto, poder-se-ia supor, respectivamente, o seguinte: Na hipótese de guarda compartilhada, não se usa a expressão “direito de visitas”, pois se pressupõe que os genitores irão conviver com o menor de forma igualitária e livre. Então, a princípio, para o bem estar do menor, o ideal seria que os encontros com os genitores se dessem com regularidade e liberdade, sempre respeitando a sua rotina. No entanto, nos casos em que há intenso conflito, é possível que o juiz defina, previamente, quando ocorrerão os encontros com cada um dos genitores, estabelecendo, inclusive, uma residência principal; b) Depende das peculiaridades de cada caso concreto. Isso porque, pode ser que a distância entre as residências dos genitores impeça essa convivência constante com ambos. Não é razoável impor que o menor encontre o pai todas as terças e quintas feiras, por exemplo, em cidade que fica a quilômetros de distância da residência materna. Nesses casos, abre-se outra exceção à regra geral imposta pelo legislador e o recomendável é a fixação da guarda unilateral; c) Na guarda compartilhada, não muda nada, o dever de pagar pensão alimentícia é o mesmo, seja na guarda compartilhada ou na guarda unilateral (quando a guarda é apenas de um dos pais).

Utilizando-se uma metodologia eclética e de complementaridade, mediante a observância da dogmática jurídica, materializada na pesquisa bibliográfica, em virtude da natureza predominante das normas jurídicas, do método dedutivo bibliográfico, método indutivo- bibliográfico, e dos estudos de casos.

Ter-se-á por objetivo principal analisar o instituto da guarda compartilhada e os efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de primeiramente, tratar da origem da família, poder familiar, e depois demonstrar acerca do instituto guarda.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e consequentes discussões a respeito do tema, o trabalho encontra-se estruturado em três seções.

Inicialmente, na primeira seção serão apresentados acerca das noções gerais da família, princípios. Na segunda seção será abordado sobre o poder familiar, e por fim na última seção desse trabalho será avaliado o instituto da guarda compartilhada.

1 DA FAMÍLIA

1.1 Contexto Histórico da Família

Historicamente, a família passou por variadas funções, a saber, religiosa, econômica, política e procracional.

Cumprе ressaltar que as funções religiosa e política praticamente não deixaram circunscricões na família atual, mantendo tão somente interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela comunhão plena de vida e interesses.

Em contrapartida, em relação a função econômica perdeu o sentido, pois, a família para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos não é mais considerado unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Portanto, contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares.

Em suma a função procracional guarda relação no sentido de que perdeu força em razão do grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou da primazia da vida profissional, ou de infertilidade, o que levou à impressionante redução da taxa de fecundidade das brasileiras.

Levando em consideração ao que foi exposto acima observa-se que, no período religioso o direito das famílias era considerado matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto na Colônia quanto no Império. “Entretanto, desde o descobrimento, Portugal impôs à Colônia seu próprio ordenamento jurídico, mediante as Ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, por derivação dos nomes dos reis que as instituíram), que por sua vez remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, em matéria de família” (LÔBO, 2018).

Ressalta-se que, em 1857, quase todas as normas existentes sobre direito de família foram incorporadas à Consolidação das Leis Civis, sem alteração de conteúdo.

A Constituição Política do Império do Brasil (1824) estabeleceu que a Igreja Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Estado, mantendo o sistema do padroado praticado desde o período colonial como herança da administração portuguesa, por esse sistema, o Governo Imperial mantinha a religião católica, provendo os benefícios eclesiásticos.

No que tange a evolução cabe destacar que antigamente sua estrutura era patriarcal, concedendo o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher, ou seja, poder marital e sobre os filhos, o chamado pátrio poder.

Lobo, (2018, p.14) entende que:

No direito luso-brasileiro, era rígido o poder marital sobre a mulher, com as seguintes previsões, nas Ordenações: castigos, cárcere privado pelo tempo que exigisse a correção, direito de morte, se a surpreendia em flagrante adultério. O direito canônico também inferiorizava a condição da mulher, mas seus “delitos” tinham punição mais branda.

Salienta-se que no direito romano, o poder do pater exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos eram quase absolutos. A família como grupo era essencial para a perpetuação do culto familiar. “No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana”. (VENOSA, 2017).

Destaca Gonçalves (2021, p. 15):

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

No decorrer da Idade Média as relações de família regiam-se apenas pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Apesar das normas romanas permanecessem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, notava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.

Pode-se afirmar que a família brasileira, como atualmente é conceituada, uma vez que sofreu influência da família romana, da família canônica e da família

germânica.

É perceptível que o direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio.

Nessa seara, no que concerne aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade. Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”. (GONÇALVES, 2021).

Ao longo do século XX, a família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que feneciam seus sustentáculos, a saber, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade.

Em face disso, tão-somente com a Constituição Federal de 1988, considerado uma das mais avançadas dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5º do art. 226) e na união estável (§ 3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§ 6º do art. 227).

Portanto, com o marco da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser balizado pela ótica exclusiva dos valores maiores da dignidade e da realização da pessoa humana, sem desconsiderar os notáveis avanços da ciência, permitindo a pesquisa certa da identidade genética para investigação da paternidade ou da maternidade.

1.2 Conceito de Família

Indubitavelmente, para muitos estudiosos da antropologia, sociologia e

psicanálise existia um conceito mais aberto de família conjugal, no entanto, no Direito esteve mais restrito, até a Carta Magna de 1988, ao casamento. Com o advento da constituição, a família deixou sua forma singular e passou a ser plural, estabelecendo-se exclusivamente um rol exemplificativo de constituições de família.

Segundo Azevedo (2019, p.28) família:

O termo família, embora encontre sua origem imediata no vocábulo latino família, ae (ou família, as = genitivo arcaico), por meio de familia e famulus, origina-se, remotamente, do radical dha, que significa por, estabelecer, da língua ariana, que se transformou, na passagem ao osco, em fam.

O direito de família é definido perante a sociedade como um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família.

Diversos são os conceitos de família. Para Gonçalves (2021, p. 11):

O vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

Carvalho (2020, p.18) entende que:

A palavra família vem do latim *famulus*, que significa conjunto de pessoas que viviam em uma mesma casa (pai, mãe, filhos) trabalhando para os patões que compunham a gens, ou seja, a gente. Assim, *famulus* eram os criados, os servos, os escravos.

Segundo Pereira (2021, p.66):

Família, ou entidade familiar, é um gênero que comporta duas espécies, em sua constituição: a família conjugal e a família parental. A conjugal é aquela que se estabelece com base em uma relação afetiva, envolvendo sexualidade e pode advir daí filhos, ou não. Pode ser heteroafetiva ou homoafetiva, pelo casamento ou união estável, simultânea à outra, quebrando o princípio da monogamia, ou não; a família parental é aquela que decorre da formação de laços consanguíneos ou socioafetivos.

Chaves e Rosenvald (2016.p.53) entende que:

A família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

Entende-se por família o primeiro agente socializador do ser humano.

Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível

a estruturação da família. (DIAS, 2021).

1.3 Princípios Gerais do Elo Familiar

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Preliminarmente cabe expor que os princípios são considerados a base que regem todo o ordenamento jurídico, sendo assim, um dos mais importantes princípios do direito de família, é o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, proteção às crianças e adolescentes, afetividade, solidariedade familiar dentre outros.

O princípio da dignidade humana é o princípio mais significativo e relevante, possui previsão no artigo 1º, III da Lei Maior. Este por sua vez inspira os típicos direitos fundamentais e justifica o postulado da isonomia, que por seu turno demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça. (MADALENO, 2018).

Imperioso dizer que foi através desse princípio que começou a ter uma maior atenção nas situações existenciais, passando a existir tutelas jurídicas voltadas à qualidade humana. Além disso, esse princípio assegura e garante a ordem constitucional, faz das relações entre os entes familiares recebedores desse princípio de forma igualitária para que tenham desenvolvimento e realizações.

Dias (2016, p. 49) disserta sobre esse princípio, afirmando que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo especial para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base nas ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Dessa maneira, o direito familiar está ligado com os direitos humanos e à dignidade, os quais têm reconhecimento jurídico de igualdade do homem da mulher, dos filhos e também de outros modelos de família afim de alcançar a felicidade.

1.3.2 Princípio da igualdade entre os filhos

O fundamento jurídico da dignidade humana tem uma de suas maiores sustentações no princípio da igualdade formal e substancial, evitando que ocorra qualquer tratamento discriminatório entre os gêneros sexuais, muito embora precise trabalhar as diferenças sociais, econômicas e psicológicas.

Dispõe o art. 227, § 6.º, da CF/1988 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Para Gonçalves (2021, p. 13):

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Por conseguinte, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento, essa igualdade abrange os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro).

1.3.3 Princípio da igualdade entre os cônjuges

O determinado princípio não se difere da igualdade entre os filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que tange à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3.º, e art. 5.º, inc. I, da CF/1988).

Reza o artigo 1.511 do CC/2002 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Portanto, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3.º, da CF/1988.

1.3.4 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade não se encontra expresso, mas, sim implícito na legislação infraconstitucional.

Entende-se por afeto o principal fundamento das relações familiares, para tanto pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade.

Madaleno (2018, p. 145) define que:

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 e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em muitos casos, a prevalência desses sobre aqueles.

Em suma, a afetividade, resulta da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas que demonstram o afeto familiar de seus membros na constituição e manutenção das famílias, capaz de gerar vínculos jurídicos como, por exemplo, a partenidade sociafetiva.

1.3.5 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei Maior é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por motivos evidentes, esse princípio acaba refletindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

Nas palavras de Rizzardo (2019, p. 116) “a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores”.

“Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os

membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar”. (GAGLIANO, 2019).

Nas palavras de Tartuce, “ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual”. (TARTUCE, 2021).

1.3.6 Princípio da liberdade

No que tange ao princípio da liberdade esclarece o artigo 1.513 do Código Civil:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Desta forma, a liberdade é vista como um dos princípios mais importante do direito de família, pois, veda qualquer forma de imposição ou restrição na constituição de uma família, na decisão livre de planejamento familiar, opção pelos regimes de bens, aquisição e administração do patrimônio familiar.

1.3.7 Princípio do maior interesse da criança e do adolescente

Estabelece o art. 227, da Lei Maior:

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

Ressalta-se que essa proteção é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que considera criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

O melhor interesse dos filhos nem sempre é o interesse dos pais,

especialmente nos processos de divórcio.” A criança não foi casada com o pai ou com a mãe, portanto, não existe divórcio ou disputas entre eles. Não podem ser utilizados nas disputas como armas, espões ou mensageiros, como comumente acontece, todavia, ser preservados dos rancores e dos sentimentos de ruptura e abandono, sendo incentivados a conviver com ambos os pais, biológicos ou sociafetivos, sentindo-se amados e protegidos, mesmo diante do desenlace conjugal dos genitores”. (CARVALHO, 2020).

Em síntese, o denominado princípio busca preservar e proteger integralmente as pessoas que se encontram em situação de fragilidade e em processo de amadurecimento.

1.3.8 Princípio da Função Social da Família

“Historicamente, a família já era concebida como a *“célula mater”* da sociedade e como consagrou o artigo 226 da Constituição Federal a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado, logo, não é mais a família um fim em si mesmo, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro”. (RIZZARDO, 2019).

Portanto, a família tem que cumprir uma função social dentro da sociedade, ea título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva. Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações.

2 PODER FAMILIAR E O INSTITUTO DE PROTEÇÃO DOS FILHOS

2.1 Noções Gerais do poder familiar

Historicamente, com o surgimento do Código Civil de 2002, o poder familiar substituiu o termo pátrio poder tratado no Código Civil de 1916, para estabelecer a responsabilidade dos pais para com os filhos. Observa-se que a responsabilidade não é tão somente de um dos pais e sim de ambos, deixando de lado a antiga visão patriarcal de chefe de família.

O poder familiar é denominado por Lôbo (2018, p.295) como “o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos”.

Nas palavras do autor, ao longo do século XX, o instituto mudou significativamente acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se da sua função originária voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos para constituir uma função em que se ressaltam os deveres dos pais em relação aos filhos.

Destarte que, o Poder Familiar era denominado Pátrio Poder. Instituto este que foi previsto na origem do direito romano e estava diretamente ligado ao *status familiae* que delegava ao chefe da família (*pater familias*) o poder, ou seja, o pátria potestas. Este chefe da família não necessariamente era o pai, todavia, se limitava às figuras masculinas da família podendo ser o avô, o sogro ou marido. Dessa maneira, na Roma Antiga, o Pátrio Poder configurava um poder excessivo exercido, exclusivamente, pelo homem.

Menciona Venosa (2017, p. 320) que:

Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o pater familias é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado.

No Brasil, com a edição do Código Civil de 1916, a mulher tem a possibilidade de exercer o Pátrio Poder em casos específicos, como a morte do marido.

Corroborando Dias (2020, p. 302):

O Estatuto da Mulher Casada, ao alterar o então Código Civil, 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.

Apesar das mudanças ocorridas no que diz a respeito à participação da mulher no exercício do pátrio poder, a prevalência nas decisões era sempre da figura masculina e, caso a mulher fosse contrária a tais decisões, deveria recorrer ao Judiciário. “Somente com a promulgação da Constituição de 1988 a mulher passou a participar, verdadeiramente, do exercício do Pátrio Poder, sendo-lhe atribuídas as

mesmas responsabilidades relativas ao pai no tocante aos filhos menores de idade” (DIAS, 2010).

Outrossim, outro marco importante nesse percurso que vale destacar foi a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, Lei 8.069/90, que sustentou a responsabilização dos pais na educação, sustento, guarda, dentre outros deveres relacionados aos filhos menores de idade, novamente incumbido esta responsabilização a ambos pais:

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

Entende-se que, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi mantida ainda a expressão pátrio poder. O Código Civil, de 2002, alterou a expressão utilizando Poder Familiar em substituição a Pátrio Poder. “A Lei 12.010, de 2009, que dispõe sobre a nova lei da adoção, passou também a utilizar a expressão Poder Familiar consagrando o termo, em conformidade com o novo Código Civil de 2002”. (DIAS, 2010).

Assim sendo, a substituição do termo Pátrio Poder por Poder Familiar não reflete a simples alteração de nomenclatura, mas, uma mudança na concepção do exercício da paternidade/maternidade, na qual se evidenciam as responsabilidades dos pais em relação ao bem estar dos filhos, e à distribuição dessas responsabilidades entre as figuras parentais.

Em síntese, é imperioso ressaltar que os deveres atribuídos aos pais no que tange ao Poder Familiar se encontram presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e também no Código Civil de 2002, no artigo 1.634. Todavia, o descumprimento destes deveres, gera diversas penalidades, como multa, em casos menos graves, suspensão do Poder Familiar ou até mesmo a destituição, em casos de extrema inobservância a estes deveres, visando sempre à proteção da Criança e do Adolescente.

No que compete a extinção do pátrio poder existem alguns fatos que são determinantes como cita o artigo 1.635 do Código Civil in verbis:

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 maioria;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo

Com base no artigo transcrito é possível dizer que existem três modalidades de extinção do poder familiar: a) por fato natural; b) por ato voluntário; c) por sentença judicial. A extinção por fato natural é aquela em que com a morte dos pais ou do filho extingue-se naturalmente a autoridade parental, logo, a morte de um dos pais não faz cessar o poder familiar, que remanesce na pessoa do genitor sobrevivente.

É notório que na redação do Código Civil de 1916, a mãe perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias, o que foi modificado pela Lei nº 4.121/62. Desse modo, o art. 1.636 é expresso no sentido de que o pai, ou a mãe, que contrai novas núpcias ou estabelece a união estável não perde os direitos do poder familiar com relação aos filhos havidos na relação anterior, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. A emancipação do filho importa atribuir-lhe completa capacidade de direito. Já a maioria é a forma normal de extinção do poder familiar.

Sendo assim, atingindo a idade de dezoito anos, os filhos adquirem a plena capacidade para os atos da vida civil, fato este que dispensa qualquer forma de suprimento de vontade. Trata-se de fato jurídico stricto sensu provocando a extinção do poder parental. Tal acontecimento, todavia, não desonera os genitores da obrigação alimentícia, salvo se os filhos possuírem autonomia financeira.

Diz-se extinção por ato voluntário quando com a entrega de filho em adoção, cessa, para os pais biológicos, o poder parental, assumindo os adotantes o múnus. A perda da autoridade parental é automática, não havendo necessidade de qualquer procedimento judicial específico. A emancipação, qualquer que seja a sua modalidade, provoca igualmente a extinção do poder familiar. Ela se nivela, para todos os efeitos, à maioria que se alcança aos dezoito anos completos.

Em outras palavras, quanto à adoção, qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o pátrio poder da família original, que passa a ser exercido pelo adotante. Na verdade, a adoção transfere o poder familiar, não o extingue. Quando o indivíduo for adotado pelo casal, aos pais adotivos cabe o exercício do poder familiar. Quando a pessoa for adotada só pelo marido ou companheiro, ou só pela mulher ou companheira, só ao adotante, individualmente, compete o exercício do

poder familiar. Por fim, quando o poder familiar se extingue por sentença judicial, reconhecendo está a impossibilidade da continuação do múnus em razão de faltas cometidas pelos pais, que se mostram incompatíveis com o poder familiar, é considerado como perda do poder familiar. Sob outra perspectiva, a suspensão do poder familiar é decretada pela autoridade judiciária, após a apuração de conduta grave.

Salienta que, uma vez suspenso o poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal. Se houver motivos graves, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente a suspensão do poder familiar, dentro do poder geral de cautela. Trata-se de uma medida que se aproxima a uma antecipação de tutela. Nessa hipótese, defere-se a guarda provisória a terceiro, até final decisão (art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Nesse sentido, destaca o artigo 1.637 do Código Civil *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Abusar da autoridade é impor sacrifícios desnecessários aos filhos, causando-lhes constrangimentos. Abusar significa ir além do admissível. “A autoridade é conferida para o fim de promover a criação e o desenvolvimento físico, moral e intelectual da criança e do adolescente, não para atos de maldade ou de mero capricho. Pode-se dizer que o abuso de autoridade tem muito a ver com a figura do abuso do direito”. (NADER, 2016, p. 578).

Portanto, o pai ou a mãe que abusa da autoridade, impondo habitualmente castigos excessivos ou injustificáveis aos filhos, correm o risco de ter o seu poder familiar suspenso. A condenação do pai ou da mãe, por sentença definitiva, ao cumprimento de pena de prisão por mais de dois anos, provoca também a suspensão do poder familiar. Se a condenação se deu por atos contrários à moral ou aos bons costumes, a consequência será a perda do poder familiar; igualmente se a condenação decorrer da prática de castigos imoderados em filho.

A perda ou destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos

pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos, com isso preleciona o art. 1.638 do Código Civil:

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

Analisando o primeiro inciso do artigo transcrito é correto afirmar que os pais tem o dever de educar e corrigir seus filhos e com certa rigidez quando necessário. Entretanto, o animus corrigendi não pode ultrapassar as justas medidas exigidas para a situação de infração, não se permitindo excessos e nem meios inapropriados, cumprindo, ainda, o respeito à própria pessoa do filho, à idade, à constituição física, ao sexo, e as peculiaridades de sua personalidade.

Nesta ordem, repugnam a violência, os espancamentos, a imposição de trabalhos forçados e exagerados em face das possibilidades físicas do menor, o cárcere em casa ou compartimento da mesma. Sendo assim, a lei tolera os castigos comedidos e sensatos, necessários em momentos críticos da conduta do filho, e condena as explosões da cólera e da violência, que nada trazem de positivo. Pelo contrário, tal repressão conduz à revolta, ao desamor e ao aniquilamento do afeto, do carinho e da estima.

O segundo inciso "deixar o filho em abandono" refere-se esta infração de dever dos pais a negar ao filho a devida assistência econômica, alimentar, familiar, moral, educacional e médico-hospitalar. Sem dúvidas a situação ocorre frequentemente quando um dos pais abandona o lar, deixando completamente de prestar assistência aos filhos. Não mais são oferecidos alimentos, e nem qualquer colaboração à educação e assistência médico-hospitalar. Inúmeros são os casos de menores abandonados, sem habitação, vadios, mendigos, liberados, entregues à própria sorte, perambulando pelas ruas e dormindo em locais públicos. Mesmo a instigação à mendicância é motivo de perda do poder familiar, pois significa expor o menor às humilhações e ofensas à dignidade humana.

Outra forma considerada como perda do poder familiar é quando "praticar atos contrários à moral e aos bons costumes". O pai que se mostra libertino e depravado, que permite em sua casa encontros para fins libidinosos, que força ou

persuade a filha a prostituir-se, que aconselha os menores à prática de atos imorais ou criminosos, tal pai ou mãe, que assim procede, incorre na sanção legal, que é a privação do pátrio poder. O inciso IV do mesmo artigo destaca “ incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente” tais faltas fazem parte do art. 1.637 e seu parágrafo único, sendo aquelas que acarretam a suspensão do poder familiar, já analisadas no item anterior, assim discriminadas: a) Abuso da autoridade; b) falta aos deveres pelos pais, por negligência, incapacidade, impossibilidade de seu exercício, ou omissão habitual no cumprimento; c) ruína ou delapidação dos bens dos filhos; d) condenação criminal irrecorrível, com pena de prisão superior a dois anos.

Por fim, tem-se o inciso V “ entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção”. A perda do poder familiar, no caso de entrega a terceiros, dependerá da entrega definitiva do filho, com a transferência do poder familiar, e não da entrega para a guarda, remanescendo a presença dos pais na vida do mesmo.

2.2 Da guarda

2.2.1 Conceito e modalidades de Guarda

O Instituto da guarda é conceituado como um dos atributos do poder familiar, no qual após a separação conjugal, qualquer que seja a organização de família, os filhos menores e incapazes por razão da idade deverão ficar sob os cuidados diários de um dos pais ou de ambos.

O conceito de guarda é proveniente do antigo alemão *Warten* (guarda, espera), de que derivou também o inglês *Warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, sem sentido genérico, para demonstrar proteção, vigilância, observação.

A palavra guarda tem um significado muito importante, pois, está ligado a ideia de proteção aos filhos que é uma tendência natural, espontânea. A proteção não é um dever que dimana da lei, mas, diretamente da moral, e a sua observância é fato instintivo na escala animal; na espécie humana ganha dimensão maior, porque a carência dos filhos no conjunto não diz respeito apenas às necessidades de sobrevivência e afeto, também às de formação, educação, apoio, aconselhamento, cultura, encaminhamento na vida social (NADER, 2016).

Segundo Pereira (2021, p. 677) guarda significa a obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo pela conservação do bem de coisa ou pessoas que estão sob sua responsabilidade. No Direito de Família, a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa o poder dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educá-los e criá-los. Até 2003, enquanto vigia o CCB/1916, maioria era aos 21 anos. Como a expressão guarda carrega consigo um significado de objeto, ela tende a desaparecer e ficar somente a expressão convivência familiar.

Nessa concepção, pode-se dizer que o conceito de guarda alia-se o de responsabilidade, vindo do vocábulo *respondere*, adotado na significação de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato praticado. Em sentido amplo, significa o dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas.

Diante do que foi explanado, o artigo 227 da Lei Maior estatui o dever da família, da sociedade e do Estado para com a criança e ao adolescente:

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.

À vista disso, a guarda é um direito que impõe extensos deveres para com o menor. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os pais maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade como menciona o artigo 229 da Constituição Federal. “A guarda é atributo do poder familiar e, em nosso ordenamento jurídico, designa o modo de gestão da vida dos filhos, principalmente após o desfazimento do vínculo conjugal ou convivencial dos pais” (ROSA, 2020, p.494).

O vocábulo guarda consiste na faculdade que os pais têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, “compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole, tratar-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, por meio do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar,

tendo os descendentes menores sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental". (MADALENO, 2018, p. 33).

Segundo o ilustríssimo doutrinador (GAGLIANO, 2019), há quatro modalidades a respeito da guarda de criança: "guarda unilateral ou exclusiva, guarda alternada, nidação ou aninhamento e guarda compartilhada."

Primeiramente, apresentar-se á a guarda unilateral, que é uma modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião.

Coelho (2011, p.117) afirma que:

O filho fica com um dos pais, enquanto ao outro se concede o direito de visitas (Código Civil, art. 1589) e o dever de supervisionar os interesses do filho (Código Civil, art. 1583, § 3º) nesta espécie, o filho mora com o ascendente titular da guarda, que tem o dever de administrar-lhe a vida cotidiana, levando-o a escola, ao médico, e as atividades sociais, providenciando alimentação e vestuário. Ao outro, cabe conviver com o filho em períodos, de duração variada (algumas horas ou dias), previamente estabelecidos de comum acordo como titular da guarda. Nessas oportunidades, chamadas legalmente de visitas, o ascendente que não possui a guarda pega o filho em casa, leva-o a passeios e eventos familiares, tem-no em sua convivência, e o devolve no horário aprazado.

Outra modalidade que se faz necessário apresentar é a guarda alternada, que tem como característica a possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo o ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia-a-dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis se invertem.

Rosa (2020, p. 517) diz que:

A guarda alternada implicaria em uma alternância matemática da base de residência da prole com uma peculiaridade entre os genitores: " cada um seja rei no seu castelo". Dessa forma, em verdade, a alternância do poder de decisão implica em uma sucessão de guardas unilaterais que, certamente, não se mostra com a melhor saída para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos genitores. Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem-estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do

menor, uma vez que o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica.

Faz-se necessário mencionar a terceira modalidade, porém a mais rara, que é o aninhamento ou nidação, ou seja, aquela no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo, parece uma situação irreal, por isso pouco utilizada.

Em complemento Gagliano (2019, p. 650) afirma que a nidação é:

Espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. Haja disposição econômica para tanto.

Além do mais, com a lei 11.698 de 2008 surgiu a possibilidade da guarda compartilhada em que assegurou no ordenamento jurídico brasileiro a seguinte redação ao artigo 1.584, § 2º do Código Civil: quando “ não houver acordo entre a mãe e o pai quando à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível a guarda compartilhada”. Para tanto, o “sempre que possível” acabou sendo equivocadamente interpretado que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores.

Sendo assim, para evitar eventuais discussões em 22 de dezembro de 2014 foi sancionado a lei 13/058 de 2014 em que alterou a redação do artigo 1.584, § 2º do Código Civil, passando a estabelecer que: “ mesmo 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 instituída a guarda compartilhada”.

Em vista disso, com o advento da lei, o compartilhamento da guarda tornou-se regra geral nos casos de litígios familiares, tornando-se uma excelente medida para que a aplicação da guarda compartilhada deixe de ser uma utopia e passa a ser uma realidade efetiva nos judiciários.

3 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS

3.1 Conceito

Preliminarmente, como já discutido anteriormente a guarda, analisada sob a ótica do poder familiar, é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois, incumbe aos pais criar e educar os filhos, sob pena de estarem deixando o filho em abandono, direito no sentido de os pais participarem do crescimento dos filhos, orientá-los e educa-los, exigindo-lhes obediência, respeito, podendo retê-los no lar, conservando junto a si, sendo necessário a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

No que diz a respeito à guarda compartilhada, preconiza o artigo 1.583, § 1º do Código Civil:

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.

A modalidade da guarda compartilhada é também denominada de guarda conjunta, pois, refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

Gonçalves (2021, p. 101) ilustra que a guarda compartilhada:

Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo o qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de

qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer. (DIAS, 2020).

Continua Pereira (2018, p. 438) no seu pensamento proposto:

A Guarda Compartilhada é conveniente quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares. É preciso ter claro que ser pai e ser mãe é algo vinculado à personalidade de cada pessoa, e não à sua condição de parceiro amoroso ou sua posição conjugal.

Extraí-se que a guarda compartilhada trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade. Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Destarte que, o pai ou a mãe que não possui a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas, sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos na vida do filho.

Outrossim, a guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação com o pai e mãe, havendo como a co-participação em igualdade de direitos e deveres.

Em síntese, é uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem-estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta trás às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

3.2 Guarda compartilhada no Direito Comparado

No Direito americano, o compartilhamento da guarda é uma realidade bastante solidificada.

Pereira (2021, p. 687) dispõe que:

Comentando a experiência americana de joint legal custody e residential joint custody, esclarece Henry S. Gornbein que o primeiro "se refere a tomar

decisões em conjunto; o que implica deixar claro que mesmo em situações de divórcio, a criança tem dois pais e a comunicação entre eles deve ser encorajada no que concerne a assuntos relacionados com os seus filhos. Neste caso, a(s) criança(s) mora(m) primariamente com um dos pais”. Já a segunda “é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos.

No Direito espanhol existiu o estabelecimento preferencial pela guarda compartilhada e a regulação da residência alternada, segundo periodicidade acordada entre os pais separados ou fixada pelo juiz. O direito de visita para um e a guarda exclusiva para outro foram considerados noções obsoletas e reducionistas.

Em contrapartida, na Holanda, a legislação e a jurisprudência atribuíram preferência para a guarda compartilhada, segundo o princípio da continuidade mesmo após o divórcio dos pais.

Na Alemanha, o artigo 1.626, § 6º alínea a inciso I, do Código Civil após a reforma de 1998, estabelece que os pais não casados têm guarda compartilhada se eles fizerem declaração conjunta nesse sentido.

O Código Civil argentino (Lei n. 26.994/2014), com vigência em 2016, fez mudanças significativas em relação à guarda de filhos, como se percebe em seu artigo 650:

ARTÍCULO 650. – Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Verifica-se, que na Argentina, o instituto da guarda compartilhada admite o gênero da guarda alternada e guarda indistinta, sendo que nesta última modalidade se aproxima o modelo instituído no Brasil. Se por um lado ocorre a alternância de residência dos filhos, por outro, pode ocorrer a mudança de residência dos pais. Neste caso, os filhos ficam na residência e são os genitores que se revezam. Esta modalidade, também chamada de nidação ou aninhamento, parece afastar, via de consequência, o referencial de moradia, que muitas vezes vira argumento para os que não defendem a guarda alternada. Da mesma forma, esta modalidade visa resguardar o superior interesse da criança e do adolescente, preservando com isso a igualdade do equilíbrio parental.

Ao passo que, em relação a Portugal, com a separação dos pais através do divórcio, separação judicial ou de fato, ou ainda extinção da união de fato, mostra-se indispensável regular as responsabilidades parentais das crianças, que se cingem aos aspectos do exercício do poder paternal, responsabilidades parentais, residência, visitas e alimentos.

Pode-se dizer nos seguintes termos e regimes possíveis das responsabilidades parentais: exercício exclusivo das responsabilidades parentais nos atos de particular importância com residência exclusiva (guarda única) ou alternada (guarda alternada) e o exercício conjunto com residência exclusiva (guarda conjunta) ou alternada (residência alternada).

3.3 Efeitos da Guarda Compartilhada e o posicionamento dos tribunais

Mormente, insta salientar que a ideia da guarda compartilhada é aproximar os pais dos seus filhos de forma a priorizar a vida deste que esta em desenvolvimento. Todavia, a guarda compartilhada possui efeitos, como, por exemplo, a guarda não se equipara ao poder familiar, nem aos poderes do tutor, embora, normalmente, esteja a eles integrada. Ocorre que, é relação que gera alguns direitos e deveres para quem a detém.

Nesse sentido, é do guardião a responsabilidade pelos delitos cometidos pelo menor. É ele quem deverá zelar pelas necessidades e vicissitudes do dia-a-dia do menor: alimentação, segurança, educação em boas condições.

Salienta-se que pode ocorrer o caso de que os pais deterem o poder familiar e a guarda ser atribuída a terceiro. Nos casos de suspensão ou perda do poder familiar, a guarda, será atribuída ao tutor ou a um terceiro. Além disso, pode ocorrer também a hipótese do menor ser criado por tios ou avós.

Nesse aspecto, a guarda é intrínseca ao poder familiar. Os pais não podem a ela renunciar, nem transferi-la sozinha. Em suma, a guarda só se desvinculará do poder familiar nos casos expressamente previstos em lei, ou seja, guarda provisória no processo de adoção; guarda provisória a terceiro, no caso de litígio entre os genitores; tutela por morte dos pais, suspensão ou perda do poder familiar.

No que diz a respeito a guarda compartilhada, os tribunais jurisprudenciais

têm entendido que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DECISÃO MANTIDA. 1 - Ao julgador é conferido o poder geral de cautela para, sempre que verificar a presença ou não dos critérios autorizadores da tutela antecipada de acordo com sua perfunctória análise do feito, conceder ou negar a medida pleiteada. Deste modo, só será razoável à Corte Revisora modificar a decisão de primeiro grau se ficar demonstrado ter sido proferida em desacordo com a lei ou com as provas dos autos originários, não sendo comportável a análise de questão ainda não apreciada na ação principal. 2 - **A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Inexistindo acordo entre mãe e pai e estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, deverá ser decretada a guarda compartilhada da criança, nos exatos termos do § 2º, do art. 1.584, do Código Civil.** 3 - Considerando o princípio do melhor interesse do menor e da proteção integral, a idade da criança, as peculiaridades do caso e o contexto probatório, deve ser aplicada a guarda compartilhada da menor, tendo como lar referencial o materno. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO - AI: 05384495820208090000 GOIÂNIA, Relator: Des(a). AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 02/02/2021, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 02/02/2021). (Grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO - GUARDA COMPARTILHADA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA/ADOLESCENTE. - Em atenção aos princípios da absoluta prioridade e da proteção integral à criança e ao adolescente estabelecidos no artigo 227 da Constituição da República, **tratando-se de discussão relativa ao menor, aí compreendida a modificação da guarda, o magistrado deve ater-se ao melhor interesse da criança e do adolescente - Demonstrado que o pai tem plena capacidade e aptidão para proporcionar aos filhos uma relação de afetividade, saúde, segurança e educação, mostra-se possível o deferimento da guarda compartilhada.** (TJ-MG - AC: 10000220335699001 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 26/05/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 20/06/2022). (Grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA GERAL.. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. EXCEÇÃO. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. **A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.** 3. Não havendo elementos psicossociais que possam justificar alteração na situação atualmente estabelecida, esta deve prevalecer. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 07446816720188070016 - Segredo de Justiça 0744681-67.2018.8.07.0016, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 29/07/2020, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/08/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (Grifou-se).

Conforme as jurisprudências pacificadas, nota-se que a guarda compartilhada pretende assegurar o interesse da criança ou adolescente, com a finalidade precípua de protegê-lo.

Por conseguinte, os magistrados entende que a guarda unilateral não seria medida adequada para a criança, no qual a modalidade de guarda compartilhada seria a maneira mais eficaz para pais separados para evitar conflitos, preservando assim, a convivência familiar, minimizar os danos e proteger a criança ou adolescente.

CONCLUSÃO

Conforme prevê a Constituição Federal de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente 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.

O presente estudo partiu de uma análise do tema tratado no direito de família, a guarda compartilhada. O direito das famílias é um ramo do direito que sofreu diversas modificações, a fim de acompanhar as constantes evoluções e mudanças sociais relacionadas ao seu objeto de estudo: as famílias.

Pretendeu-se com este trabalho com base na legislação analisar a regulamentação do instituto da guarda compartilhada e seus efeitos.

Em vista disso, verificou-se que a guarda compartilhada constitui-se no direito de ter o filho em sua companhia, e é aquela exercida por ambos os genitores, que conjuntamente se responsabilizam por todas as decisões relevantes ao bem-estar dos filhos.

Desse modo, não se pode olvidar a existência de decisões observando o princípio do melhor interesse do menor, posto que será respeitada a integridade física, mental e moral do ser humano, havendo liberdade, autonomia e igualdade de direitos. Nessa perspectiva, restará assegurado à criança a sua proteção em detrimento da possível exposição que esta teria no que tange ao deslocamento de uma casa

para outra.

Infere-se, portanto, que a guarda compartilhada veio para manter os laços de afetividade, amenizando os efeitos que a separação acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça Curso de direito civil : **direito de família** / Álvaro Villaça Azevedo. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acesso em 13 de agosto de 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**/Dimas Messias de Carvalho. – 8.ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**/ Maria Berenice Dias 10.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias** [livro eletrônico] Maria Berenice Dias 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**/ Maria Berenice Dias-13.ed.rev. ampl.e atual.-Salvador: Editora JusPODIVM,2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias I** Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 6: direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. - Direito civil brasileiro vol. 6 – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil** : volume 5 : famílias / Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: **direito de família** / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. Instituições de direito civil: **direito de família** / Caio Mario da Silva Pereira. – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** / Rodrigo da Cunha Pereira; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** / Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família** / – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**/Conrado Paulino Rosa-7.ed.rev.,ampl.e atual.-Salvador:JusPODIVM, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TJ-DF 07446816720188070016 - Segredo de Justiça 0744681-67.2018.8.07.0016, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 29/07/2020, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/08/2020 . **JusBrasil**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Tj-df: Xxxxx-67.2018.8.07.0016 - Segredo de Justiça Xxxxx-67.2018.8.07.0016 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br); Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

TJ-GO - AI: 05384495820208090000 GOIÂNIA, Relator: Des(a). AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 02/02/2021, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 02/02/2021. **JusBrasil**. Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO - Agravo de Instrumento (Cpc): AI Xxxxx-58.2020.8.09.0000 Goiânia | Jurisprudência (jusbrasil.com.br); Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

TJ-MG - AC: 10000220335699001 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 26/05/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 20/06/2022. **JusBrasil**.Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC Xxxxx-28.2022.8.13.0518 MG | Jurisprudência (jusbrasil.com.br) Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: **família** / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.