

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MARCELA BONFILY PIMENTEL

**A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

São Paulo
2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MARCELA BONFILY PIMENTEL

**A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito de Família e Sucessões, sob orientação do Prof. Gabriel Machado Marinelli.

São Paulo
2021

Banca examinadora

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar as diversas transformações pelas quais a família atravessou nas últimas décadas do século 20, especificamente quanto à proteção dos filhos após a dissolução de uma união. Para tanto, pretende-se analisar o instituto do poder familiar e sua evolução ao longo do tempo, bem como o instituto do usufruto legal, que decorre do poder familiar. Posteriormente, pretende-se analisar a evolução do instituto da guarda e as transformações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, bem com as espécies de guardas previstas na legislação brasileira e seus desdobramentos. Pretende-se, também, analisar os pontos ainda controversos ou omissos da legislação de que trata a guarda compartilhada, tendo como base a doutrina de autores contemporâneos e jurisprudência recente. Por fim, sob a perspectiva do direito de convivência, foram analisadas decisões judiciais recentes sobre a pandemia global causada pelo novo coronavírus, a qual afetou o regime de convivência de muitos genitores e genitoras durante o período de isolamento social.

Palavras-chave: Poder Familiar, Guarda dos Filhos, Direito. Interesse do Menor.

Abstract

The present work aims to analyze the various transformations that the family went through in the last decades of the 20th century, specifically regarding the protection of children after the dissolution of a union. To this end, we intend to analyze the institute of family power and its evolution over time, as well as the institute of legal usufruct, which arises from family power. Subsequently, it is intended to analyze the evolution of the custody institute and the changes that have taken place in the Brazilian legal system, as well as the types of guards provided for in Brazilian law and their consequences. It is also intended to analyze the points that are still controversial or omitted from the legislation that deals with shared custody, based on the doctrine of contemporary authors and recent jurisprudence. Finally, from the perspective of the right to coexistence, recent judicial decisions on the global pandemic caused by the new coronavirus were analyzed, which affected the coexistence regime of many parents during the period of social isolation.

Keywords: Family Power, Child Guard, Law. Minor Interest.

Sumário

Introdução.....	7
Capítulo 1 – Poder familiar.....	10
1.1 Pátrio poder e poder familiar.....	10
1.2 Suspensão e perda do poder familiar.....	16
1.3 Usufruto legal.....	20
Capítulo 2 - Guarda.....	24
2.1 Evolução jurídica da guarda no direito brasileiro.....	24
2.2 A Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	33
Capítulo 3 – Modalidades de guarda.....	34
3.1 Da convivência familiar.....	34
3.2 Guarda compartilhada e guarda unilateral.....	37
3.3 Guarda alternada.....	46
Capítulo 4 – O direito de convivência e a pandemia.....	48.
Conclusão.....	56
Referências.....	58

Introdução

A família passou por diversas transformações ao longo do século XX, especialmente nas últimas décadas. Atualmente, o direito brasileiro conta com algumas modalidades familiares, aceitas e previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, há 50 anos, o casamento sequer era passível de dissolução, visto que a Lei do Divórcio foi promulgada apenas em 1977. Até aquele momento, a única forma aceitável e legítima de formar uma família era por meio do casamento, o qual não podia ser dissolvido legalmente.

A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977) e o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) foram divisores de água tanto para a emancipação das mulheres, como para a abertura para a legitimação de outras formas de família. Com a necessária (apesar de tardia) admissão da dissolução do casamento por meio do divórcio, surge uma questão urgente quanto a essa nova configuração: a proteção dos filhos frutos dessa união. Visto que o legislador do Código Civil de 1916 claramente privilegiava o poder do patriarca sobre os filhos, foi necessária uma nova visão quanto à proteção de crianças e adolescentes.

O presente trabalho pretende analisar como as mudanças ocorridas na sociedade brasileira transformou a guarda dos filhos menores, desde a legislação no Código Civil Brasileiro de 1916 até o Código Civil de 2002. Pretende-se verificar como as transformações sociais e, por consequência, familiares, levaram a atual configuração legislativa, que prevê duas modalidades de guarda: a compartilhada e a unilateral, de acordo com o artigo 1.583 do Código Civil – sendo a guarda compartilhada obrigatória quando os pais estejam aptos, mesmo que haja litígio entre eles.

Inicialmente, foi realizada uma análise comparativa dos conceitos de pátrio poder e poder familiar. Posteriormente, uma comparação entre os dispositivos do Código Civil Brasileiro de 1916 com a atual lei em vigor, com o intuito de verificar as mudanças que se deram ao longo do período.

Foi realizada, também, a análise das mudanças legislativas que se deram com a Constituição Federal de 1988, que trouxe significativas inovações para o campo do Direito de Família, bem como uma análise comparativa do Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que tratam da guarda de crianças e adolescentes.

Dessa forma, com o objetivo de abordar o tema central do presente trabalho, pretende-se analisar alguns institutos que sofreram transformações cruciais para se adequarem aos novos parâmetros do Direito de Família, sob a ótica do princípio do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana, princípios basilares previstos pela Constituição Federal de 1988.

Analizou-se, portanto, o instituto do poder familiar e seus desdobramentos no Direito de Família, bem como o usufruto legal, instituto decorrente do Poder Familiar; evolução do instituto da guarda no Direito de Família, desde o antigo Código Civil de 1916 até o atual Código Civil de 2002; as modalidades de guarda prevista pela legislação vigente e análise de jurisprudência recente acerca do tema; a pandemia causada pelo novo coronavírus e o direito de convivência.

A pesquisa baseou-se na doutrina clássica e em autores atuais, brasileiros e também estrangeiros, com o objetivo de mostrar a evolução dos tipos de família e do instituto da guarda dos filhos.

O primeiro capítulo tratará do instituto do poder familiar, sua evolução histórica no ordenamento brasileiro, bem como suas formas de suspensão, extinção e destituição. Decorrente do poder familiar, o capítulo 1 também tratará do instituto do usufruto legal.

O segundo capítulo traz a evolução jurídica do instituto da guarda no ordenamento brasileiro, bem com a diferenciação entre a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O terceiro capítulo tratará das modalidades de guarda prevista no Código Civil de 2002, e os desdobramentos de cada uma delas, bem como a análise de jurisprudência recente acerca dos temas controversas que a legislação apresenta.

O quarto e último capítulo versará sobre o atual tema da pandemia global causada pelo novo coronavírus e como as medidas de isolamento prescritas pelos Estados atingiram e modificaram o Direito de Convivência dos pais com seus filhos durante a crise sanitária.

O estudo, portanto, pretende analisar como a guarda dos filhos evoluiu ao longo do século XX e qual é o formato mais aceito e recomendado atualmente, visto que o supremo interesse do menor é o princípio basilar e norteador nos casos de separações com filhos menores.

Capítulo 1. Poder Familiar

1.1 Pátrio poder e poder familiar

Pátrio poder, poder parental, autoridade parental, responsabilidade parental: os referidos termos eram utilizados para denominar o que o ordenamento jurídico brasileiro atualmente classifica como “poder familiar”:

Diante da nova dimensão adquirida pelo aludido instituto, abandonou-se a denominação tradicional “pátrio poder” ante os resquícios da *patria potestas* romana, preferindo-se substituí-la por “poder familiar”, expressão adotada pelo Código Civil em 2002, ou “responsabilidade parental”, “poder parental”, “autoridade parental” ou “pátrio dever”, conforme a doutrina faz referência. (RAMOS, 2016, p. 42)

De acordo com Paulo Lôbo, o poder familiar, como prevê o Código Civil vigente, pode ser definido como “o exercício de direitos e deveres em relação aos filhos, no interesse destes” (LÔBO, 2018, p. 297). Trata-se de um exercício temporário, no entanto, pois cessa com a maioridade ou emancipação dos filhos.

Maria Helena Diniz define o “poder familiar” como sendo:

O conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos. (DINIZ, 2010, p. 564)

Em Portugal, os termos para denominar esse conjunto de direitos e obrigações exercido pelos pais em igualdade de condições, com o objetivo de defender o melhor interesse dos filhos menores, é “poder paternal” ou ainda “responsabilidades paternas”.

Para Marcel Edvar Simões, o poder familiar é um “poder funcional”, o que significa que “é conferido para atendimento ao interesse predominante do filho”:

Esse traço teleológico da categoria poder familiar deriva diretamente do seu enquadramento como poder funcional (deriva diretamente do próprio conceito de poder funcional). Por outro lado, é característica do poder funcional O poder familiar na teoria geral do direito privado.

investigações de direito brasileiro e português ser atribuído ao seu titular pelo ordenamento jurídico para ser exercido (e bem exercido, de acordo com o interesse do terceiro protegido), do contrário, podem advir para o titular sanções a exemplo da destituição (em matéria de poder familiar, encontramos as possibilidades de suspensão ou perda do poder familiar. (SIMÕES, 2014, p. 135).

O termo “poder familiar” substitui o antigo “pátrio poder”. Ainda se discute, entre os estudiosos de Direito de Família, se essa nomenclatura é a mais correta, frente às diversas transformações da família, especialmente quanto ao termo “poder”. A expressão mais acertada, sendo alguns autores, seria “autoridade parental” ou “pátrio dever”:

É caracterizado mais com um múnus legal do que propriamente um poder, e por isso as críticas existentes a expressão “poder familiar” pois, concomitantemente ao complexo de prerrogativas sobre a pessoa e os bens dos filhos, corresponde aos deveres de criação, educação e sustento. É função exercida no interesse dos filhos, diante da personalização operada na matéria e do reconhecimento de direitos próprios dos filhos. É missão confiada aos pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção a idade adulta, que representa mais um ônus do que privilégios, daí a expressão “pátrio dever. (RAMOS, 2016, p. 47)

O instituto sofreu bruscas e naturais modificações ao longo do século XX, de acordo com a evolução das relações familiares. O Código Civil de 1916 era marcado por uma família tradicional matrimonializada, com hierarquias rígidas e patriarcais.

O artigo 380 do Código Civil Brasileiro de 1916 previa que durante o casamento, competia o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher:

Art. 380. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Os legisladores atribuíam todo o poder para a figura paterna, sobre os direitos e bens dos filhos, e a figura materna sequer era mencionada. A mulher era inferiorizada pelo poder marital, que se comparava ao poder paterno sobre os filhos – ao homem cabia proteger a mulher e, à mulher, cabia obediência ao homem. A inferioridade da mulher também era

reforçada por sua incapacidade civil, vez que não podia atuar sem autorização do marido, colocando-a no mesmo nível de um menor de idade. “A legislação brasileira, desde o período colonial, é o retrato fiel da desigualdade de direitos entre os cônjuges, correspondendo às concepções dominantes, até 1988”. (LÔBO, 2018, p. 64)

O marido estabelecia o domicílio da família, coerente com a direção unitária do modelo familiar, era o chefe da sociedade conjugal, com o dever de sustento da mulher e da prole, titular do poder marital e do quase ilimitado pátrio poder. O vínculo matrimonial era indissolúvel, com a subordinação da mulher casada ao cônjuge varão, exercendo este a chefia da sociedade conjugal de maneira centralizada, com excessivos poderes definidores do pátrio poder. (RAMOS, 2016, p. 62)

A essência do “pátrio poder” era marcadamente patrimonial, de modo que os pais tinham poder sobre os bens e atos jurídicos dos filhos. Entretanto, a legislação dispensava pouca atenção aos cuidados e educação da prole, uma vez que havia na autoridade parental o dever de obediência.

A emancipação da mulher, que ocorreu de forma lenta no século XX, marca também as mudanças nas relações familiares. O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4212 de 1962) pode ser considerado o marco inicial na evolução jurídica da mulher, vez que o poder marital passa a ser atenuado e questionado, apesar de ainda vigorar traços do poder patriarcal:

Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido passou a exercer “com a colaboração da mulher. (LÔBO, 2018, p. 65)

O diploma alterou o artigo 380 do Código Civil de 1916 para conferir o antigo pátrio poder a ambos os genitores, e não apenas ao homem.

O instituto não sofreu, portanto, modificações apenas quanto a sua nomenclatura, mas quanto a todo o conceito de “poder parental”. O pai não tem mais “poder” sobre o filho, mas direitos e deveres para com que ele, no que concerne a sua educação, saúde, bem-estar etc. Por essa razão a utilização do termo “autoridade” em substituição a “poder”, uma vez que o

poder é considerado como “vertical”, que vem de cima para baixo e não pode ser contestado, enquanto que a “autoridade” é horizontal, uma vez que se baseia em direitos e deveres recíprocos, sempre visando o melhor interesse dos filhos.

Talvez essa seja a grande distinção entre o pátrio poder e o poder familiar como atualmente conhecemos: os filhos são sujeitos de direitos e dotados de dignidade e, portanto, os pais têm mais deveres do que direitos sobre eles. Trata-se de um encargo cujo principal função é promover o bem-estar de crianças e adolescentes, agindo sempre de acordo com o melhor interesse deles, sendo que qualquer desvio dessa finalidade pode ser objeto de punição.

Na atualidade, a concepção de poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando a sua educação e criação de forma participativa, com respeito a sua individualidade e integridade biopsíquica e, sobretudo, pautada no afeto. (RAMOS, 2016, p. 43)

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança traz o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que significa que os menores de idade devem ser tratados como prioridade por todos: Estado, sociedade civil e pela família, vez que são pessoas de direito e dotadas de dignidade. O documento estabelece em seu artigo 3.1:

Artigo 3.1. Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

No mesmo sentido, dispõe o art. 3º do Estado da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-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 e liberdade e dignidade.

De modo que no passado, o pátrio poder existia para proteger os pais (a figura do pai), que lhe garantia apenas obediência dos filhos. Atualmente, com o princípio do melhor interesse da criança, o interesse dos filhos deve sempre prevalecer em relação ao interesse dos pais, diante de qualquer situação:

Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflito, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já a autoridade parental ou poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. (LÔBO, 2018, p. 75)

No direito brasileiro, o princípio encontra respaldo essencial no artigo 227 da Constituição Federal:

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.

De acordo com o dispositivo legal, os pais têm mais deveres e obrigações para com os filhos do que direitos, sendo a autoridade parental “uma consequência da parentalidade”.

O artigo 229 da prevê as obrigações dos pais:

Art. 229. 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.

Sobre o princípio do superior interesse do menor, comenta Maria Helena Diniz:

A criança e o adolescente têm direitos próprios e interesses que devem prevalecer sobre os de seus pais, em virtude do princípio do superior interesse do menor, que lhes proporcionará condições para que sua dignidade e seus direitos sejam respeitados. Esse princípio deverá ser, portanto, a diretriz decisória na resolução de problemas voltados às relações entre pais e filhos, por ser norma cogente, em

decorrência da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, pelo Dec. 99.710/1990. É um princípio norteador de controle do exercício do poder familiar, da fixação do direito de guarda e visita em caso de término do casamento ou da união estável, da solução de problemas engendrados pela alienação parental e da determinação da indenização por dano moral por descumprimento do dever de convivência familiar, por conter elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à boa formação educacional, à realização pessoal, à integridade moral, física e psíquica da prole. Dever-se-á encarar a criança e o adolescente como sujeitos de direito, que necessitam de uma proteção integral na convivência familiar, que é um direito fundamental deles para que possam ter um pleno desenvolvimento psíquico e físico”. (DINIZ, 2015, p. 210).

O poder familiar nasce com o registro civil, de modo que se apenas a mãe registra a criança, o pai não exercerá o poder familiar. Caso a criança não seja reconhecida pelo pai, ficará sob o poder familiar exclusivo da mãe, nos termos do artigo 1.633 do Código Civil.

De acordo com Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos,

Ao efetuar a certidão de nascimento, a mãe, o pai ou ambos garante-lhes o direito ao nome, a nacionalidade, vínculos familiares e direitos daí decorrentes, bem como tornam-se titulares do poder familiar. A guarda natural é atributo decorrente do poder familiar, com previsão no art. 1.634, II, do Código Civil. (RAMOS, 2016, p. 64)

O artigo 1.634 do Código Civil traz os direitos e obrigações dos pais enquanto estiverem em pleno exercício do poder familiar. O dispositivo prevê um rol de condutas referente aos filhos, que devem sempre ser priorizados e cumprirem suas obrigações para com ele da maneira mais plena possível. A redação do dispositivo é dada pela Lei n. 13.058 de 2014, a chamada Lei da Guarda Compartilhada, que estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” e apresentou as ferramentas para sua aplicação.

O inciso I do referido dispositivo do Código Civil diz respeito à criação e educação dos filhos, sendo obrigação dos pais “dirigir-lhes a criação e a educação”. Caso um dos genitores se omita ou descumpra essa obrigação, está sujeito à responsabilização tanto no âmbito civil como no âmbito criminal, no caso de situação de abandono – material (artigo 244 do Código Penal) ou intelectual (artigo 246 do Código Penal).

O Estatuto da criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 21 a 24, assim dispõe sobre o poder familiar:

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

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

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

1.2 Suspensão e perda do poder familiar

Esse poder-dever atribuído aos pais, se não cumprido da forma devida, está sujeito à suspensão ou perda, cuja previsão se dá nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O rol das hipóteses é taxativo porque implica em restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda da autoridade parental.

São cinco as hipóteses legais expressas de suspensão da autoridade parental dos pais e estas não excluem outras que decorram da natureza da autoridade parental: a) descumprimento dos deveres inerentes; b) ruína dos bens dos filhos; c) risco a segurança dos filhos; d) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão; e) ato de alienação parental. Trata-se de uma situação transitória, a causa não deve ser permanente e basta que um só acontecimento dos descritos para que a suspensão ocorra, desde que represente perigo para o menor de se repetir no futuro. A suspensão pode ser total ou parcial e a medida priva o pai ou mãe de todos os direitos que emanam do poder familiar.

Por ser a pena mais grave, a perda da autoridade parental deve ser sempre a última medida, e só deverá ser aplicada quando ponha em perigo

permanente a segurança e a dignidade do filho. O Código Civil prevê as hipóteses da perda do poder familiar no artigo 1.638. Dentre elas, está o denominado “castigo imoderado”, o que admitiria, implicitamente, o “castigo moderado”, que estaria em dissonância com a Constituição Federal, que prevê expressamente: “é dever da família colocar o filho a salvo de toda violência”.

Desde que os filhos passaram a ser vistos como sujeitos de direitos e dignidade e não mais propriedade de seus pais, qualquer tipo de violência revestida de educação foi banida. De acordo com a Constituição Federal, a violência não pode ser aplicada da forma que seja. Da forma que prevê o Código Civil vigente, o castigo poderá ser moderado, seja ele físico ou psíquico, ou de privação de forma de prazer, o que claramente colide com a Carga Magna.

Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de constituir violência a integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. Na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão da autoridade parental fundada nos princípios constitucionais, máxime a dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. (LÔBO, 2014, p.68)

Assim prevê o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A Lei n. 13.010 de 2014 acompanhou a evolução quanto à visão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e o poder disciplinar, contido no exercício do poder familiar, não inclui a aplicação de castigos que violem a integridade física e psíquica dos filhos, de acordo com o que prevê o artigo 18-A (caput) do diploma legal:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de

medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

De acordo com o artigo 93 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância e a Juventude é competente para reconhecer as ações de destituição do poder familiar e o procedimento está previsto nos dispositivos 155 e 163 do mesmo diploma legal. Os legitimados para propor a ação são o Ministério Público e “quem tenha legítimo interesse”, sendo que se pode considerar interessado quem tenha a outra titularidade do poder familiar, ascendentes e descendentes e demais parentes, além do tutor.

O dispositivo menciona apenas “quem tenha legítimo interesse”, não sendo, portanto, taxativo quanto aos interessados nem os limitando aos parentes consanguíneos, de modo que seria cabível que o padrasto ou madrasta do menor proponham a ação de destituição do poder familiar, desde que demonstrado o interesse.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pela ministra Nancy Andrighi, discutiu entre a paternidade biológica e a afetiva e a possibilidade do padrasto propor ação para destituição do poder familiar. A ementa decidiu que “o procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança”.

A decisão do acórdão tem como base o respeito ao melhor interesse da criança, como sujeito de direitos e não mero objeto do acordo dos pais em litígio. O reconhecimento do padrasto como legitimado para propor a ação preparatória para pedido de adoção do padrasto é um marco importante, porque reconhece a paternidade social, a socioafetividade:

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher a adotanda, atualmente também formada por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família para dar e receber cuidados. Sob a tônica do

legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. (STJ, 2010, on-line)

No Brasil, as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, são denominadas de relações socioafetiva, pois baseadas na convivência afetiva. A sistematização do termo no campo do direito de família é relativamente recente, desde os anos 70, e tem a ver também com as evoluções que a área sofreu ao longo do século XX. Com o afastamento definitivo do poder marital e do pátrio poder, houve finalmente espaço para que as famílias e as relações familiares fossem vistas com novas lentes, e não mais naquele modelo hermético determinado pelo conservadorismo do início do século XX.

A socioafetividade não é elaboração cerebrina ou mera racionalização lógica. É fruto de longo desenvolvimento da consideração do afeto e da afetividade no desenvolvimento das sociedades modernas e contemporâneas e das pessoas humanas, enquanto integrantes de grupos familiares. Pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para a o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo. (LÔBO, 2018, p. 78)

A socioafetividade e a investigação de paternidade se relacionam diretamente com o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que é a criança a principal interessada em todas as frentes, e o Judiciário deve sempre dirimir as questões relacionadas a ela de acordo com seu melhor interesse, diferente do que ocorria no passado, quando o direito ainda era mobilizado para o interesse dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão do desacordo.

O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação. (LÔBO, 2018, p. 75).

1.3 Usufruto Legal

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preconiza que:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Os pais têm como dever sustentar seus filhos, por meio de recursos próprios, frutos de seus trabalho e rendimentos comuns do casal, oferecendo condições para que desenvolvam com plenitude suas capacidades.

Já os bens dos filhos também, de acordo com o artigo 1.689, II, do Código Civil, são administrados pelo pai e pela mãe, que também serão usufrutuários dos bens, se no pleno exercício do poder familiar. A administração e o usufruto dos pais perduram até o que o filho menor atinja a maioridade ou até a data em que for emancipado, a partir dos 16 anos.

O usufruto legal é intransmissível, indisponível e inexpropriável. Caso haja disposição expressa do testador ou doador, o bem pode ser subtraído da autoridade parental e ser administrado por terceiro indicado ou por outro administrador. Caso não o façam, o juiz dará curador especial ao menor, nos termos do artigo 1.692 do Código Civil.

É denominado usufruto legal porque decorre da lei e não da autonomia da vontade do proprietário do bem, sendo os pais os administradores legais dos bens dos filhos. Por essa razão, não necessita ser submetido a registro público, pois decorrente de imposição legal. Da mesma forma, não se exige caução dos pais.

Artigo 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I – são usufrutuários dos bens dos filhos;

II – tem administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Visando sempre atender ao melhor interesse do menor, o poder familiar, sendo um poder-dever, permite que os pais pratiquem atos de mera administração idôneos à conservação dos bens dos filhos, podendo, para tanto, receber rendimentos, pagar impostos, adquirir outros bens, celebrar contratos de locação, alienar os móveis e defender judicialmente o patrimônio administrado, sem cogitar-se em remuneração.

Não podem os pais alienar ou gravar de ônus real os imóveis ou contrair em nome do menor obrigações que ultrapassem os limites quer ato que acarrete diminuição patrimonial ou ônus, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante autorização judicial. Se imprescindível for a venda, esta, para efetivar-se, dependerá de prévia autorização judicial. Serão declarados nulos os atos dos pais que prejudiquem o patrimônio da prole.

Esse poder é tanto do pai quanto da mãe, cabendo a ambos a mesma porção do poder decisório sobre os bens dos filhos menores não emancipados. Os bens imóveis não podem ser alienados, mas os móveis poderão ser alienados sem autorização judicial, desde que os recursos percebidos sejam revertidos em proveito do filho. O poder de alienar inclui o de vender, permutar, doar e dar em pagamento.

Esse poder, entretanto, não é absoluto, uma vez que, em caráter excepcional, é possível ajuizar uma ação de prestação de contas ou mesmo uma indenização de perdas e danos, fundada na suspeita de abuso de direito por parte de um ou ambos os genitores, conforme decisão do Recurso Especial a seguir:

Convém destacar que a administração dessa quantia não possui caráter absoluto, pois, havendo fundada suspeita de que a genitora tenha atuado com abuso de direito no exercício desse poder, admite-se o ajuizamento de ação de prestação de contas pelo incapaz para contestar a referida gestão, de acordo com REsp. 1.623.098/MG. (STJ, 2013, on-line)

A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo próprio filho, conforme decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. O filho ajuizou

a ação para que sua mãe adotiva prestasse contas sobre o período em que administrou os valores de pensão alimentícia desde a morte do pai até que ele atingisse a maioridade. De acordo o relator, ministro Marco Aurélio Bellizze, o fato de os pais serem usufrutuários e administradores dos bens dos filhos menores “não lhes confere liberdade total para utilizar, como quiserem, o patrimônio de seus filhos, o qual, a rigor, não lhes pertence”.

Caso o ato praticado pelos pais ou por um dos pais não cumpra as formalidades legais estabelecidas, poderá ser considerado nulo ou desfeito, conforme indica o Recurso Especial relatado pela ministra Nancy Andrighi:

Responsabilidade Civil. Transação extrajudicial celebrada pela mãe em nome da filha menor absolutamente incapaz. Ato que extrapola a simples gerência e administração do patrimônio. Autorização judicial e intervenção do Ministério Público imprescindíveis. (STJ, 2008, on-line)

A nulidade é imprescritível e o ato que atentar contra os direitos poderá ser alegado pelo próprio filho lesado quando atingir a maioridade, a qualquer momento. Caso ainda seja menor de idade, poderá requerer diretamente, ou por meio do Ministério Público, ao juiz, que irá designar curador especial, nos termos do artigo 1.692 do Código Civil, sendo a atuação transitória, vigorando até a solução de um conflito específico entre o interesse do menor e dos pais. Essa nomeação busca atender ao interesse do menor, diferente da atuação do tutor:

Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.

Entretanto, não é incomum que bens imóveis de usufrutos necessários sejam gravados, por tabelionatos, com cláusulas de vitaliciedade, algo que não encontra qualquer respaldo legal e fere a legislação civil, pois restringe o exercício pleno do direito de propriedade dos filhos depois de atingirem a maioridade.

Entre os poderes/deveres dos pais, portanto, estão: a guarda dos filhos, a responsabilidade sobre a educação destes, o deferir o consentimentos matrimonial, cuja denegação admite o suprimimento

judicial, a nomeação de tutor, a representação se for o caso de absolutamente incapaz, a assistência se relativamente incapaz, a boa administração e usufruto dos bens, a responsabilidade civil por atos ilícitos praticados pelo filho, o dever de zelar para que o filho não seja encontrado em situação de risco. (RAMOS, 2016, p. 57)

Capítulo 2. Guarda

2.1 Evolução jurídica da guarda no direito brasileiro

Conforme já abordado no capítulo 1, o termo “poder” não mais tem cabimento em relação aos filhos, predominando o conceito de “direitos e deveres” quando se tratar de crianças e adolescentes. Nessa toada, quando há o rompimento conjugal dos genitores, o termo “guarda” também pode ser considerado como ultrapassado, apesar de ainda ser utilizado no ordenamento jurídico brasileiro.

Tem em vista que o termo “guarda” também denota “poder” sobre os filhos, a nomenclatura mais acertada, no sentido de direitos e deveres em relação aos filhos menores, seria “direito à convivência”. Conforme pontua Paulo Lobo, “o direito a convivência é recíproco, pois são titulares os pais e os filhos”. (LÔBO, 2018, p. 189).

O termo mais correto para se referir aos direitos e deveres concernentes aos pais, frente às mudanças pelas quais a sociedade atravessou, é “direito a convivência”, embora o termo “guarda” seja o utilizado pelo Código Civil vigente para denominar as modalidades de convivência possíveis quando da separação dos genitores.

O direito à convivência entre pais e filhos tem recebido a denominação tradicional de “guarda” em nosso direito. Essa denominação é inadequada e tem sido abandonada pela legislação de vários países, pois evoca o sentido, já ultrapassado, de poder sobre os filhos. No sentido de direito a convivência deve ser entendido o uso do termo “guarda” na legislação brasileira. (LÔBO, 2108, p. 189)

Quando há o rompimento da sociedade conjugal dos genitores, a separação não deve afetar ou comprometer a relação dos pais separados com os filhos dessa separação, preferencialmente o exercício familiar deve ser mantido mesmo com a ruptura, vez que a ligação entre os familiares é perpétua. De modo que, após a dissolução do casamento, é necessário estabelecer quem vai exercer ou assumir os encargos em relação à prole: um ou ambos os genitores exercerão tal instituto.

Dessa forma prevê o art.1632 do Código Civil de 2002:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Historicamente, a guarda dos filhos não era tratada com atenção pelos legisladores e operadores do direito. Na maioria dos casos do passado, as crianças e adolescentes ficavam com apenas um dos pais, sendo privados de conviver com aquele que não detivesse a guarda.

O Código Civil de 1916, idealizado por Clóvis Beviláqua em 1899, claramente transmitia em seus artigos toda a força conservadora e patriarcal do século XIX. Quando foi criado, o homem ainda figurava como o único provedor do sustento da família e a mulher estava destinada a cuidar da casa e dos filhos.

Quando um casal optava pela separação, o mais comum era que a guarda dos filhos ficasse com a mãe, a cuidadora “natural” aos olhos da sociedade da época, tendo o pai apenas o direito de visitas. O Código Civil de 1916 regulava a guarda dos filhos menores nos artigos 325 a 328.

O artigo 325 do antigo diploma legal dava certa liberdade aos cônjuges para decidir sobre a guarda dos filhos em caso de separação, mas apenas se o chamado “desquite” fosse consensual:

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Caso a separação fosse litigiosa, o artigo 326 determinava que o cônjuge que promovesse a dissolução conjugal era denominado “culpado” e aquele que permanecesse silente era considerado “inocente” e poderia ficar com a guarda dos filhos. O instituto da “culpa”, nesse caso, era usado para “punir” o suposto culpado pelo rompimento do matrimônio, mas certamente quem arcava com a decisão eram os próprios filhos.

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.
§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.
§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Caso ambos os cônjuges fossem considerados “culpados”, a guarda era concedida à mãe, desde que o juiz não registrasse motivos contrários à decisão, de modo que havia espaço para tal discricionariedade.

Era possível, ainda, nos termos do art. 321 do Código Civil de 1916, que ambos os cônjuges fossem considerados “culpados” pelo fim do casamento e, nessa hipótese, os filhos ficariam sob tutela de terceiro. O que se protegia não era, portanto, o interesse dos filhos menores, mas os bons costumes da época. “Na sistemática legal anterior, a proteção da criança resumia-se a quem ficaria com a sua guarda, como aspecto secundário e derivado da separação”. (LÔBO, 2018, p. 188)

O casamento era a única forma de constituir família de forma legítima e quase indissolúvel, sendo excluída do ordenamento jurídico qualquer outra modalidade de configuração familiar. Tal entendimento prejudicava não apenas quem mantinha relações que não condiziam com o casamento, mas também aos filhos havidos fora matrimônio, uma vez que a prole concebida fora do casamento não tinha qualquer direito, rotulada como “filhos ilegítimos”.

Apenas o chamado desquite ou a morte poderia autorizar uma eventual investigação de paternidade. Como se vê, o conservadorismo impregnado no ordenamento jurídico e a proteção dos adultos, e não dos filhos menores, prejudicava o convívio com os filhos. Ou seja, a legislação civil de 1916 terminava por “punir” os filhos menores em decorrência do rompimento do matrimônio de seus pais, uma vez que permaneciam com apenas um dos genitores.

O direito de visita, previsto pelo artigo 326, § 2º do antigo diploma civil, em regra não era suficiente para garantir uma ampla convivência familiar. A legislação levava em consideração apenas os interesses dos pais e a

manutenção dos chamados “bons costumes”, sem que houvesse o olhar voltado para os interesses da criança ou do adolescente.

Com as naturais transformações pelas quais a sociedade atravessou, em todos os campos e em especial na área da Família, os legisladores tiveram de se adaptar aos novos tempos. A Lei n. 6.515 de 1977 (Lei do Divórcio) foi um grande avanço nesse sentido, uma vez que foi possível finalmente optar pela dissolução da união.

Com a nova legislação, os artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916 foram revogados e a guarda passou a ser disciplinada apenas pelos artigos 9º ao 16 da Lei do Divórcio, que passara a vigor. Contudo, o instituto da “culpa” ainda era utilizado, sendo o principal motivador para a concessão ou não da guarda. De modo que o artigo 9º do diploma legal não fez nada além de reproduzir o que disciplinava o artigo 325 do Código Civil:

Art. 9º. No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

O artigo 15 dava preferência para que a guarda fosse concedida para a mãe:

Art. 15. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconhecerem, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

O legislador pretendia, portanto, conceder a guarda exclusiva para um dos genitores, de modo a não considerar que ambos pudessem zelar igualmente pelos filhos. O pai tinha apenas os direitos de visitas e fiscalização preservados.

Apesar de a Constituição Federal de 1937 ter consagrado o princípio da igualdade entre homens e mulheres, foi com o Estatuto da Mulher Casada e, posteriormente, com a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977), que se abriu caminho para a emancipação da mulher e, conseqüentemente, o início da superação do conservadorismo aplicado ao Código Civil Brasileiro.

A lei propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, oportunidade de finalizarem o casamento e de constituição livre de nova família. A lei promoveu outras alterações na legislação civil, no caminho da igualdade conjugal, transformando em faculdade a obrigação de a mulher acrescentar aos seus o sobrenome do marido. Manteve, contudo, o modelo do Estatuto da Mulher Casada de proeminência do marido na chefia da família. (LÔBO, 2018, p. 65)

Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 houve a consagração da igualdade entre homens e mulheres, além da aceitação e acolhimento pelo ordenamento jurídico de outras formas de família.

Atualmente, o casamento não é a forma exclusiva de constituição de família, sendo reconhecida a pluralidade familiar. A família não é mais centrada única e exclusivamente no casamento e ultrapassou a forma unitária, hierarquizada e transpessoal, sendo agora plural, igualitária e eudemonista, ou seja, o modelo patriarcal e rígido de família deu lugar a um modelo em que todos participam e contribuem igualmente da vida familiar e buscam a felicidade dentro do âmbito familiar.

São reconhecidas e protegidas pelo Estado a união estável, expressamente reconhecida pela Constituição Federal de 1988. Posteriormente, a união estável foi regulamentada pela Lei n. 9.971/994, sendo alterada pela Lei n. 9.278, dois anos depois.

A Família Monoparental, constituída pelo homem ou pela mulher e seus descendentes, seja em razão de viuvez, pela separação dos cônjuges ou pais ou mães solteiros. Esse tipo de família também foi reconhecida pela Constituição Federal, em seu art. 226, p. 4º.

A Família Anaparental é formada pela afetividade, visto que os pais não figuram nessa relação, apenas parentes ou até mesmo pessoas que não compartilham qualquer laço de sangue. Entretanto, a Constituição Federal não reconhece essa espécie de família, pois não consta no artigo 266 do diploma legal. Alguns doutrinadores questionam, inclusive, se o dispositivo traz um rol taxativo ou exemplificativo, em razão dos princípios da pluralidade familiar e dignidade da pessoa humana.

A Família Eudemonista surge de acordo com a evolução do Direito de Família e com a consagração de princípios previstos pela Constituição Federal de 1988 e é formada por pessoas que buscam a felicidade individual:

O reconhecimento desse direito a felicidade individual, o princípio da dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais de todos os membros da família, inclusive o de crianças e adolescentes, desaguam no princípio da afetividade, que vem orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar. Essa busca pela felicidade e realização pessoal é amparada pelo Direito, dando ensejo a visão eudemonista da família. (RAMOS, 2016, p. 35).

Houve, ainda, o reconhecimento da família Homoafetiva, relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Esse tipo de família é cada vez mais presente na sociedade atual e foi reconhecido pela jurisprudência e pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das Adin 4277 e ADPF 132, em 05 de maio de 2011.

As famílias Unipessoais, formadas por apenas uma pessoa, seja ela solteira, viúva, separada ou divorciada. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa modalidade de família com o objetivo de proteger o bem de família, por meio da Súmula 364: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

O Código Civil de 2002 foi o diploma que realmente inovou no que concerne ao Direito de Família, vez que incluiu em seu art. 1.594, caput, a guarda unilateral ao ordenamento jurídico, e também trouxe as provas apresentadas pelos genitores determinando o merecimento da guarda dos filhos.

O Código Civil de 2002 também inovou ao, finalmente, retirar do ordenamento o instituto da “culpa” em relação à guarda dos filhos menores, estipulando que a guarda fosse exercida pelo genitor que melhor apresentasse condições para tal, observando-se os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente.

A partir da nova norma, os pais poderiam decidir sobre a guarda dos filhos menores, mas de modo a respeitar os princípios que preconiza a Constituição Federal de 1988, sendo que o magistrado pode decidir de acordo com o melhor interesse do menor, observando o caso concreto. O legislador pretendia desse modo, afastar a noção de que os interesses do menor não estavam ligados aos interesses dos genitores, mas dele próprio.

A guarda pode ser provisória ou definitiva. A guarda provisória tem como característica a transitoriedade, pois é temporária. Sempre é precedida de uma ação judicial, vez que o menor em questão está sob risco e deve ser mantido sob os cuidados daquele que pretende exercer a guarda.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei da Guarda Compartilhada (Lei n. 11.698/2008), que instituiu as duas formas de guardas possíveis: a guarda unilateral e a guarda compartilhada, sendo a unilateral exercida por só um dos genitores e a compartilhada a exercida por ambos os cônjuges, que teriam os mesmos direitos e deveres na criação dos filhos, além de igualdade de condições na convivência com os filhos.

A nova legislação alterou os artigos 1.593 e 1.594 do Código Civil que vigoravam e conceituou a guarda unilateral e a guarda compartilhada:

Art. 1.593. § 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 Lei n. 11.698 de 2008 veio para instituir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro e inovou radicalmente, uma vez que promoveu uma mudança importante no modelo de convivência entre pais que optaram pela separação e por seus filhos, quando antes vigorava a guarda unilateral conjugada com o direito de visita.

Posteriormente, em 2014, foi promulgada a Lei n. 13.058, que trouxe novas regras com relação à guarda e regime de convivência com os filhos menores. Dessa vez, o legislador chegou ao entendimento de que a guarda

compartilhada era a melhor escolha quando da separação dos pais, e determinou que fosse a regra, sendo a guarda unilateral a exceção.

A guarda compartilhada é obrigatória, independente da concordância dos pais separados. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos. (LÔBO, 2018, p. 193).

De modo que a guarda compartilhada pode ser conceituada como um direito/dever de decisão e cuidado sobre a vida dos filhos menores. Essa modalidade de guarda seria a mais acertada para trazer as melhores condições para que ambos os pais exerçam esse direito/dever na criação de seus filhos, atendendo o preconiza a Constituição Federal quanto à igualdade entre os cônjuges, bem como garantindo a convivência dos filhos com a família de ambos os cônjuges e a comunidade.

2.2 A Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

A guarda é definida pelo Código Civil e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Entretanto, os diplomas têm definições distintas para o instituto.

No ECA, a guarda é uma das modalidades de colocação em família substituta, com a perda do poder familiar dos genitores e a guarda atribuída a terceiros. A guarda é conferida sempre que os pais não apresentem condições de exercer de forma adequada o poder familiar.

Nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente, e também confere o direito do detentor da guarda de opor-se a terceiros, inclusive os pais do menor.

A guarda no ECA pode ser dividida em algumas modalidades, sendo elas: guarda de fato ou de direito e, sendo de direito, poderá ser provisória, permanente, especial ou previdenciária.

Guarda de fato é aquele que não decorre de uma decisão judicial, mas ocorre de fato, como por exemplo, a criança ou adolescente ser espontaneamente acolhido por terceiro com quem passa a conviver. O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê essa modalidade de guarda, apenas prevê a regularização dessa situação real.

A guarda de direito provisória, prevista pelo artigo 33, § 1º, do ECA, ocorre nos processos de tutela ou adoção – embora seja vedada em adoção internacional. É determinada como medida preparatória para a ação de adoção ou tutela, caso em que será autorizada liminarmente ou no curso da ação, caso em que será incidental.

A guarda pode ser deferida de forma permanente, embora sua característica principal seja a transitoriedade. Caso os pais ou responsáveis sejam ausentes, a guarda pode ser concedida de forma permanente, conforme preceitua o artigo 33, § 2º, do ECA:

Art. 33, § 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.

Embora leve o título de “permanente”, essa modalidade de guarda pode ser revogada a qualquer tempo, por meio de ato judicial fundamentado, nos termos do artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda previdenciária é a modalidade que transfere para a criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Havia muitos casos em que somente se procedia ao pedido de guarda para a inclusão da criança ou adolescente como destinatário de algum benefício previdenciário, sem que houvesse guarda de fato. Era a chamada “guarda para fins previdenciários”. No entanto, é de se reconhecer que havia evidente disfunção do sistema nesses casos, em que se buscava estender a ou adolescente benefício a que não fazia jus. A guarda sempre impõe a condição de dependente, mas ela decorre de situação de fato, não o contrário. Vale dizer: não é possível a alguém que não detenha a guarda de fato da criança possuir a guarda apenas para fins previdenciários. (FULLER, DEZEM, MARTINS, 2013, p. 61)

Há também a guarda denominada “guarda especial”, cuja previsão encontra-se no artigo 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 34. O Poder Público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastada do convívio familiar.

A guarda judicial tem procedimento previsto nos artigos 165 a 170 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Capítulo 3. Modalidades de guarda

3.1 Da convivência familiar

No momento em que o casal resolve extinguir o vínculo matrimonial, visto que o pai e a mãe têm o poder familiar, é iniciada uma crucial discussão tanto em relação à guarda dos filhos quanto em relação à convivência familiar. No Brasil, diferentemente de países como Argentina, o divórcio ou separação dos cônjuges e a atribuição da guarda a apenas um dos pais, não priva genitor não guardião da autoridade parental, e a separação pode significar que haverá a separação também dos filhos, conforme bem pontua Paulo Lôbo:

A separação dos cônjuges ou dos companheiros (separação de corpos, separação de fato, dissolução da união estável ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação aos seus filhos incapazes. O princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito. (LÔBO, 2018, p. 188).

Conforme explica Eduardo de Oliveira Leite,

A separação ou o divórcio separam marido e mulher, mas não anula os laços que vinculam os pais a seus filhos, de modo que a ruptura do casal não tem o condão de provocar a ruptura dos laços jurídicos da filiação, que persistem imutáveis, independentemente dos acontecimentos”. (LEITE, 1997, p. 192)

A convivência familiar é garantida aos filhos pela legislação brasileira, tanto na Constituição Federal, nos artigos 226, § 4º, e 227, caput, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º. A Carta Magna garante a crianças e adolescentes o direito de ser criado e educado no âmbito da própria família.

De acordo com Paulo Lôbo,

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente

acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. (LÔBO, 2018, p. 73)

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança prevê que, no caso da separação dos cônjuges, a criança tem o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse do próprio menor:

9.3. Os Estados Partes devem respeitar o direito da criança que foi separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo nos casos em que isso for contrário ao melhor interesse da criança.

Alguns princípios garantem o direito à convivência entre pais e filhos, tais como: o Princípio da Igualdade Conjugal, o Princípio da Paternidade Responsável, o Princípio da Afetividade, o Princípio da Solidariedade Familiar e o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

Quanto ao Princípio da Igualdade Conjugal, a Constituição Federal, em seu artigo, 226, caput, e seus parágrafos 5º e 7º, garante igualdade de direitos entre homens e mulheres, de modo que está vedada qualquer discriminação tanto no poder quanto no planejamento familiar, o que confere plenos poderes a ambos os cônjuges.

Art. 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. §

7º Fundados 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, vedadas a qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O Princípio da Paternidade Responsável encontra respaldo também na Carta Magna, no artigo 227, visto que o texto constitucional dá destaque para a responsabilidade paterna quando da criação dos filhos, com o intuito

de garantir que o guardião paterno cumpra seu papel na criação e convivência:

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.

O Princípio da Afetividade está previsto no artigo 229 da Constituição Federal. O texto descreve que os pais possuem deveres em assistir, criar e educar seus filhos menores, enquanto estes possuem o dever de ampará-los na velhice. De modo que o texto legal descreve direitos e deveres de forma recíproca da família em solidarizar-se. Os pais devem cumprir seus deveres quanto à educação e criação dos filhos, tendo os filhos também a obrigação de amparar os pais, com o objetivo de garantir que haja afetividade e solidariedades nos laços familiares.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

De acordo com Paulo Lôbo,

É o princípio que fundamenta o direito da família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade estreleça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (LÔBO, 2018, p. 70)

O Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente encontra respaldo no artigo 227 da Constituição Federal, prevendo que a proteção da criança e do adolescente é dever da família, da sociedade e do Estado. Da mesma forma dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes a saúde, a alimentação, a educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.

De acordo com Paulo Henrique Aranda Fuller, Guilherme Madeira Dezem e Flávio Martins,

A prioridade consiste no reconhecimento de que a criança e o adolescente são o futuro da sociedade e, por isso, devem ser tratados com absoluta preferencia em quatro aspectos: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferencia na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção a infância e a juventude. (FULLER, DEZEM, MARTINS, 2013, p. 32)

Possível concluir, portanto, que a legislação brasileira adaptou-se às mudanças condizentes para atender ao necessário direito de convivência dos pais separados com seus filhos menores, estabelecendo no ordenamento jurídico as modalidades de guarda a serem aplicadas.

3.2 Guarda compartilhada e guarda unilateral

O conceito de guarda conjunta teve início na Inglaterra com o termo “*joint custody*”, em 1970. A França adotou o sistema em seu ordenamento em 1976, seguida por Estados Unidos e Canadá.

Nos Estados Unidos, o termo “*joint custody*” foi subdividido por duas modalidades de guarda, quais sejam: “*joint physical custody*” e “*joint legal custody*”. Na primeira, o juiz determina e divide o tempo de convívio entre os pais para que seja o mais equânime possível, de forma que os ex-cônjuges possam conviver o máximo de tempo com os filhos menores. O magistrado estabelece uma espécie de tabela de horários e os pais devem seguir o determinado.

A “*joint legal custody*” consiste em os dois pais compartilharem a capacidade de tomar decisões a respeito da educação, cuidados médicos e

religião das crianças, tendo os dois ex-cônjuges acesso a quaisquer dados referentes aos filhos.

O Código Civil Brasileiro prevê duas modalidades de guarda: a guarda compartilhada e a guarda unilateral, ambas codificadas pelo artigo 1.583 do Código Civil.

A guarda compartilhada, que pode ser comparada à “*joint physical custody*”, consiste na divisão de direitos e deveres entre os pais e também tem como objetivo dividir o tempo de convívio entre eles, mesmo que não de forma exatamente igual. O tempo de convívio, na guarda compartilhada, deve levar em conta a situação fática dos pais e filhos e o superior interesse da criança ou adolescente, de modo que a divisão proporcione uma convivência sadia e harmoniosa com ambos os pais.

Maria Helena Diniz define a guarda compartilhada como sendo:

O exercício conjunto do poder familiar por pais que não vivem sob o mesmo teto. Ambos os genitores terão responsabilidade conjunta e o exercício dual de direitos e deveres alusivos ao poder familiar relativamente aos filhos comuns, sendo que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, considerando-se sempre as condições fáticas e os interesses da prole (CC, art. 1.853, § 2.o), para que não haja “quebra” da convivência familiar. Urge esclarecer que os filhos terão como residência principal a de um deles, mas deverá haver equilíbrio no período de convivência para que os filhos se relacionem com ambos. A cidade considerada como base de moradia da prole será aquela em que residir o genitor que melhor atender aos seus interesses (CC, art. 1.583, § 3.o)” (DINIZ, 2015, 209)

Já a guarda unilateral se assemelha à “*joint legal custody*”, sendo que nesta modalidade a guarda pertence apenas a um dos pais, mas o outro genitor que não detém a guarda tem o poder/dever de fiscalização.

Maria Helena Diniz define a guarda unilateral:

A guarda unilateral é a conferida a um dos genitores, ou seja, àquele que, objetivamente, apresentar mais aptidão para propiciar aos filhos uma boa educação e para assegurar a eles saúde física ou psicológica. O genitor-visitante possui a guarda descontínua, pois a visita se opera em intervalos de tempo. Não há qualquer alteração de titularidade do poder familiar, mas o genitor-guardião terá o seu exercício e não poderá praticar quaisquer atos de alienação parental, lesando o direito da prole à convivência familiar. Tal guarda obrigará

o genitor-visitante a supervisionar os interesses da prole, o mesmo se diga do genitor-guardião. E, para tornar possível essa supervisão, qualquer um dos genitores poderá, legitimamente, solicitar informações ou prestação de contas, de ordem objetiva ou subjetiva, sobre assuntos ou situações relacionadas, direta ou indiretamente, com a saúde física ou psíquica e a educação dos seus filhos (CC, art. 1.584, § 2.o). Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer um dos genitores sobre os filhos, sob pena de multa que varia de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 por dia em que a solicitação não for atendida (CC, art. 1.584, § 6.o). (DINIZ, 2015, 210).

A guarda compartilhada passou a ser regra nos casos de separação conjugal após a Lei n. 13.058/2014. A legislação tem como objetivo tornar efetiva a participação ativa dos pais na criação e no interesse dos filhos, tendo em vista que independente da separação, do término da relação conjugal, a criação e o ensinamento pelo qual os filhos passam no decorrer do crescimento, devem ser compartilhados por ambos os genitores.

Caso a separação seja consensual, os ex-cônjuges ou companheiros decidem em comum acordo os termos da guarda e direito de convivência dos filhos menores, cabendo ao juiz apenas homologar o acordo firmado. Caso não haja consenso, o juiz irá determinar o que rege a Lei da Guarda Compartilhada, determinando o compartilhamento da guarda, salvo se um dos genitores declarar que não deseja a guarda dos menores:

O magistrado, em atenção às necessidades específicas da prole, ou em razão da distribuição de tempo imprescindível ao convívio deste com o pai e com a mãe, na audiência de conciliação, informará ao pai ou à mãe o significado da guarda compartilhada, a igualdade dos direitos e deveres de ambos e as sanções cabíveis pelo descumprimento de suas obrigações. (DINIZ, 2015, 208).

Entretanto, há ainda resistência da doutrina quanto a essa obrigatoriedade, mesmo que o alvo seja o melhor interesse da criança ou adolescente. A nova lei determina, em seu artigo 1.584, § 2º, que:

Art. 1.584, § 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.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, a determinação contraria princípios basilares e não condiz com as peculiaridades do Direito de Família:

Além de ideologicamente insustentável, a disposição contraria todos os fundamentos da boa técnica legislativa, na medida em que normas cogentes produzem efeitos nulos em terreno dominado pelo sentimento e afeto, como ocorre no Direito de Família. (LEITE, 2015, p. 79)

Também é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual decidiu, em nome da estabilidade da criança, que não se pode alterar a guarda unilateral pela compartilhada simplesmente porque o Código Civil assim prevê, visto que necessário sempre observar o que é melhor para a criança. Diante dos fatos, ficou evidenciada a sua inviabilidade, algo que apenas o caso concreto permite avaliar dependendo da intensidade e gravidade da desarmonia dos genitores:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE SÚMULA N. 7/STJ. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita a transigência dos genitores. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, procedimento vetado pela Súmula 7/STJ. Recurso especial não provido. (STJ, 2017, on-line)

Ainda de acordo com análise de Eduardo de Oliveira Leite, a solução dada pelo legislador, ao impor a obrigatoriedade da guarda compartilhada, seja qual for a situação emocional do ex casal, traz um desfecho para o caso mas não soluciona de fato a questão, de modo que cada caso é particular e assim deveria ser tratado:

A aplicação pura e simples da guarda compartilhada, a ambos os genitores, se não houver inequívoca intenção das partes em “vivenciar” esta realidade, revela-se uma “solução parcial” e “meramente formal” que, certamente não vai solucionar o tumulto e a beligerância nas quais vivem genitores imaturos e revanchistas. Mas o papel da Justiça – ressalte-se – não é este. Não é só julgar (projetando o litígio para o futuro), mas solucionar a dúvida e o impasse nos quais vive o casal. Logo, a mera “aplicação” da guarda

compartilhada pode até encerrar o processo (por meio de uma decisão de fachada), mas, por certo, não estará solucionando o litígio, com manifesto e inadmissível ônus para a parte mais fragilizada: os filhos. (LEITE, 2015, p. 80)

Essa também foi a orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidir, nos julgados a seguir, de acordo com o melhor interesse do menor, independentemente do que prevê o Código Civil sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM APENSO COM AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA – Insurgência em face de decisão que indeferiu a guarda compartilhada e manteve a guarda unilateral provisória das filhas até a prolação da sentença conjunta – Decisão em sede de cognição sumária, "inaudita altera pars" que considerou a situação fática das crianças que contam com oito meses de idade e que, por demandar uma rotina contínua (aleitamento materno), necessitariam do acompanhamento permanente da mãe – Apesar de a guarda compartilhada ser a regra, no caso concreto, a tenra idade das filhas, com necessidade biológica de aleitamento materno, justifica, excepcional e temporariamente, a guarda unilateral, ainda que o genitor tenha condições para exercer o poder familiar, de forma compartilhada – Decisão mantida Recurso improvido. (TJSP, 2020, on-line)

Ação de alimentos, cumulado com a fixação de guarda do filho menor do casal e estabelecimento do regime de visitação – Fixação da guarda unilateral à genitora do menor que, por ora, atende ao melhor interesse da criança e à proteção de sua rotina e desenvolvimento e regulamentação do regime de visitas de forma progressiva ao genitor, conforme laudo psicossocial realizado nos autos – Requerimento de pensão alimentícia formulado na inicial em valor meramente estimativo – Inaplicabilidade da imposição de sucumbência recíproca – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP, 2020, on-line)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se

cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, 2016, on-line)

Ação de modificação de guarda e visitas Sentença de procedência em parte Insurgência do autor Pretensão de atribuição de guarda compartilhada e alteração de regime de visitas Guarda unilateral melhor recomendada para o caso concreto Verificada animosidade entre os genitores Interesse prioritário da criança que não recomenda qualquer alteração no regime de guarda

Guarda alternada que não atende aos interesses do menor Fixação de regime de visitas pelo julgado que deve ser mantido Litigância de má-fé Não configurada Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso. (TJSP, 2018, on-line)

Portanto, apesar da obrigatoriedade imposta pela legislação, grande parte dos magistrados ainda adota nas decisões a guarda unilateral de acordo com a situação fática, tanto é assim que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Recomendação 25/2016, cujo conteúdo orienta aos juízes a aplicação da Lei 13.058/2014:

Art. 1º. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

§ 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

Art. 2º. As Corregedorias Gerais da Justiça dos Estados e do Distrito Federal deverão dar ciência desta Recomendação a todos os Juízes que, na forma da organização local, forem competentes para decidir o requerimento de guarda ou para decretá-la, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar”.

Já Maria Berenice Dias aprova a decisão legislativa de tornar a guarda compartilhada a regra em caso de separação dos genitores:

Não importa a discordância de um ou de ambos os pais, ou eventual estado de beligerância entre eles. Encontrando-se ambos aptos ao exercício do poder familiar, a guarda é sempre compartilhada (CC, artigo 1.584, parágrafo 2º). Ou é assim, ou simplesmente a guarda será definida a favor de quem não deseja o compartilhamento. Basta manter-se em estado de beligerância com o outro. A solução legal é das mais louváveis, pois visa a impedir que o exercício do direito de

convivência seja usado como instrumento de vingança ou de barganha. (DIAS, 2018, on-line).

Outra crítica por parte da doutrina à nova Lei de 2014 se refere ao termo “forma equilibrada”, redação dada pela legislação no artigo 1.583:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
§ 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.

Caso o ex casal não chegue a um consenso quanto a essa “forma equilibrada” de convivência com os filhos, o juiz de família decidirá o modo como tempo será dividido, sempre se amparando de equipe multidisciplinar ou fundamentar a decisão com base em orientações de técnicos-profissionais. Entretanto, muitos operadores do direito se questionam sobre o significado do termo “forma equilibrada”, que pode ser interpretado de diversas maneiras, a depender do ponto de vista de cada um.

Eduardo de Oliveira Leite alerta que o termo escolhido pelo legislador pode gerar muita confusão no Judiciário e, principalmente, não fazer cumprir o que a Lei deseja de modo pleno:

Alguns operadores do Direito entenderão que a “forma equilibrada” corresponde a uma criança passar um período de tempo (semana, quinzena ou mês) com um ou outro genitor; 15 dias com o pai e os restantes 15 dias do mês, com a mãe. Isso não é guarda compartilhada, mas sim alternada, forma de guarda refutada pela melhor doutrina familiarista que sempre apontou as mazelas da referida guarda. Assim, está plenamente confirmado pela Psicologia que toda criança precisa de uma residência fixa onde estabelece sua rotina e tem o centro de referência e identificação com o mundo exterior. E – repita-se à exaustão – na guarda compartilhada sempre há determinação do local de residência onde a criança permanecerá (na residência paterna ou na residência materna). (LEITE, 2015, p. 79)

A residência fixa também é um ponto de discórdia entre a doutrina, vez que a Lei apenas prevê, em seu artigo 1.583, § 3º, que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela

que melhor atender os interesses do filho”. Ou seja, não fala explicitamente que o filho deverá ter uma residência fixa-base, embora seja esse o entendimento da maior parte da doutrina e jurisprudência:

Resulta da lei, que a criança e o adolescente precisam ter uma referencia territorial, que integra o sentido de sua existência. A preferencia é para o consenso dos pais, que podem definir de que modo o compartilhamento da convivência se dará. (LÔBO, 2018, p. 193)

Maria Berenice Dias, por outro lado, acredita que a lei não impõe uma residência fixa ou base de moradia ao filho, que pode perfeitamente residir em duas casas, assim dividindo o tempo de convívio de forma equilibrada, como prevê a legislação. Não haveria empecilho também em relação aos pais morarem em diferentes cidades e exercerem a guarda compartilhada:

Se a guarda é compartilhada e o filho deve conviver com ambos os genitores mediante divisão equilibrada do tempo, descabido estabelecer a residência de um dos pais como “base de moradia” do filho. O dispositivo não impõe a fixação da residência do filho a um lar específico. Também não diz que a base de moradia precisa ser atribuída a somente um dos genitores. Tão somente estabelece que a “cidade” considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atende aos seus interesses. Ao falar em “cidade”, parece pressupor que os pais residem em localidades distintas, fato que não impede o regime de compartilhamento. A atual parafernália tecnológica autoriza uma proximidade tão grande que, mesmo residindo em países distantes, podem os pais exercer a guarda compartilhada”. (DIAS, 2018, on-line)

Esse é também o entendimento de Paulo Lôbo quanto à matéria:

Não é impedimento para a guarda compartilhada o fato de os pais residirem em cidades ou mesmo países distintos. A atual tecnologia da informação e comunicação permite o contato visual instantâneo, com visualização das imagens dos interlocutores, favorecendo a comunicação entre os pais separados e entre estes e seus filhos. Essa comunicação fluente e permanente, sem rigidez de horários, contribui muito para a formação afetiva e cognitiva da criança do que os episódicos períodos de visitas. (LÔBO, 2018, p. 193)

Mario Luiz Delgado defende, ainda, a possibilidade da “dupla residência” ou “residências simultâneas”, na qual o filho tem duas residências, denominada “residência alternada”:

A expressão “residência alternada” tem sido utilizada para caracterizar um regime de distribuição igualitária do tempo de convivência “doméstica” dos filhos com os genitores, nos termos previstos no art. 1.583, § 2º do CCB, de forma consistente e estável, quer seja semanalmente, no sistema quatro dias vs. três dias alternativamente, quer seja mensalmente, no modelo “mês com o pai”/ “mês com a mãe”, ou ainda por qualquer outro período de rodízio previamente estabelecido e cumprido com rigor, mantendo-se, em qualquer hipótese, a estabilidade dos períodos de convivência. (DELGADO, 2019, on-line)

Apesar de a Lei não dizer expressamente que o menor necessita de uma residência fixa, essa é a configuração mais aceita pela doutrina e jurisprudência. A dupla residência encontra ainda resistência, mas já é aplicada em alguns casos.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a decretação da dupla residência, esclarecendo que o instituto não configura a guarda alternada, mas é perfeitamente aceitável, uma vez que os pais residam na mesma cidade ou próximos e mantenham um bom relacionamento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE DIVÓRCIO Insurgência contra decisão que entendeu que as regras de convivência do menor com os pais previstas no acordo firmado entre as partes caracterizam o exercício da guarda alternada, indeferindo a pretendida homologação Acordo redigido de forma a respeitar o regime de guarda compartilhada, apesar da fixação de residência alternada aos menores Possibilidade de fixação de residência alternada sem caracterizar, por si só, o regime de guarda alternada, especialmente em havendo boa convivência entre os genitores Recurso provido. (TJSP, 2020, on-line)

3.3 Guarda Alternada

Na modalidade da guarda alternada, os genitores se sucedem, de forma alternada, no exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Entretanto, essa espécie de guarda não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro e é desaconselhada por muitos doutrinadores e especialistas, vez que pode ser considerada como prejudicial para o menor.

De acordo com Mario Luis Delgado:

Afora a inexistência de previsão legal, penso que esse tipo de guarda não atende ao princípio do melhor interesse da criança, pois, além da mudança constante de residência, deixa a criança confusa, sem saber a que autoridade parental deve respeito, o que interfere nos seus hábitos, valores e padrões de vida. O que é bem diferente da guarda compartilhada com duas residências, onde o compartilhamento efetivo da autoridade parental incute na criança o sentimento de pertencimento a dois lares, afastando o paradigma do filho “mochileiro”, que passa a vida a transitar entre a “casa do pai” e a “casa da mãe. (DELGADO, 2019, on-line)

De acordo com Maria Helena Diniz, a guarda alternada não é aconselhável vez que prejudicaria a convivência familiar:

Na guarda alternada é que haverá dupla residência: os filhos moram, por exemplo, seis meses com o pai e seis meses com a mãe, o que não é aconselhável, visto que prejudica a convivência familiar. (DINIZ, 2015, p. 212).

A guarda alternada não pode ser confundida com a residência alternada, tratada no tópico anterior, tendo em vista que a guarda alternada é a alternância da presença da mãe e do pai na vida da criança, enquanto que na residência alternada, a criança tem duas residências e os pais compartilham a guarda, estando de acordo com os principais e essenciais tópicos que envolvem a vida da criança ou adolescente, quais sejam: valores morais, éticos, religiosos e intelectuais. Por essa razão, a guarda alternada é considerada prejudicial para os menores, cidadãos em pleno desenvolvimento e formação que podem sentir-se sem uma referência definida.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, levando em conta o Princípio do Melhor Interesse do Menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) -REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos. (TJSC, 2020, on-line)

Capítulo 4. O direito de convivência e a pandemia

De acordo com Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, o instituto da guarda compartilhada é o

“mecanismo para o pleno exercício do poder familiar, resgatando o interesse e a autoestima do genitor não guardião para colaborar na educação de seu filho, participando ativamente de seu dia a dia”. (RAMOS, 2016, p. 61).

A guarda compartilhada tem, como objetivo primordial, fazer com que pais e mães dividam os mesmos direitos e responsabilidades em relação aos filhos após o rompimento do casal, de modo que ambos tenham igualmente a possibilidade de estabelecer vínculos sólidos com os infantes.

Ainda de acordo com Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos:

O afeto é o principal enfoque no direito de família. O amor não nasce de simples laços biológicos, mas sim de convivência e cuidado. É preciso dar oportunidade aos pais para que cuidem e criem seus filhos, fazendo florescer e fortalecer o amor entre eles. (RAMOS, 2016, p. 23).

A pandemia mundial causada pelo novo coronavírus, que teve início em março de 2020 no Brasil, trouxe novos desafios para algumas famílias cujos pais não vivem sob o mesmo teto. Tendo em vista que as autoridades sanitárias passaram a recomendar o distanciamento social como medida para combater a propagação do vírus ainda desconhecido, a convivência de muitos pais não guardiões sofreu alterações significativas.

Em 25 de março de 2020, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) emitiu orientação geral, ainda no início da pandemia, no qual recomendava que crianças e adolescentes em guarda compartilhada ou unilateral não tivessem sua saúde submetida a risco em decorrência do cumprimento de visitas, previstas em acordo ou definidas judicialmente. O órgão recomendava que as visitas presenciais fossem substituídas, enquanto perdurasse a crise sanitária, por chamadas de vídeo ou chamadas telefônicas, para garantir a manutenção do vínculo familiar:

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, criado pela Lei nº 8.242 de 1991; órgão responsável por tornar efetivos os direitos, princípios e diretrizes contidos na Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); se manifesta em defesa dos direitos de crianças e adolescentes, durante o período em que toda a sociedade empreende esforços para a contenção da pandemia do COVID19, reafirmando que enquanto permanecer a situação de risco, deve se intensificar a proteção integral de crianças e adolescentes:

- a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida;
- b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;
- c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;
- d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado;
- e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas;
- f. O judiciário, a família e os responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo.

Seguindo recomendação do Conanda, decisões judiciais do primeiro semestre do ano de 2020 suspenderam ou alteraram o direito de convivência de muitos genitores, tendo como fundamento principal a proteção de crianças e adolescentes bem como de seus familiares, determinando que pais não guardiões realizassem apenas “visitas virtuais” enquanto perdurasse a crise sanitária.

Nesse sentido, decisão proferida pela 6ª Turma Cível do TJDF:

Entretanto, em virtude das medidas sanitárias atualmente adotadas pelas autoridades governamentais na tentativa de impedir a disseminação do COVID-19, evitando expor as crianças ao risco de contaminação, as visitas paternas presenciais ficarão suspensas até junho de 2020, devendo ocorrer via videoconferência, pelo menos, por uma hora uma vez por semana, de preferência aos sábados ou domingos, cabendo à mãe, ajustada com o pai quanto à data e ao horário, disponibilizar os contatos virtuais por whatsapp, skype, zoom etc. (Jornal de Brasília, 2020, on-line)

Na mesma toada, a juíza Ilda Eloísa Corrêa de Moricz, da Vara de Família e Sucessões de São José dos Pinhais-PR, determinou a suspensão das visitas do genitor enquanto perdurasse a pandemia da Covid-19, sendo que os encontros devem ser realizados por meio de chamada de voz ou vídeo. No caso em análise, a mãe ingressou com uma ação com pedido de tutela provisória para restringir parcialmente o direito de convivência, com o argumento o pai visitava a filha com muita frequência, “comportando-se como se a criança estivesse em período de férias”:

Nesse período de alastramento do denominado coronavírus, não se pode olvidar que, enquanto perdurar o estado de calamidade pública, as visitas presenciais devem restar suspensas. Notadamente, não se trata de férias, mas de período de recolhimento em casa e afastamento social, com vistas a preservação da saúde”. (Jota, 2020, on-line)

A Vara de Família e Sucessões de Curitiba-PR deferiu o pedido de uma mãe que pleiteava a suspensão das visitas do pai aos filhos comuns em razão da pandemia ocasionada pela Covid-19, tendo em vista que as crianças integravam o grupo de risco e o pai, por questões profissionais, não estaria em isolamento domiciliar. Ao analisar o caso, a Juíza da 2ª Vara de Família e Sucessões de Curitiba concedeu o pedido de tutela de urgência e suspendeu o convívio paterno presencial, inicialmente, por 30 dias, estabelecendo que a convivência do pai com os filhos fosse realizada de forma diária e livre por meio de videochamadas.

É inegável a importância da convivência dos genitores com os filhos, porém, é imprescindível que o convívio ocorra de forma saudável, garantindo que os menores estejam protegidos em todos os aspectos. Com o agravamento dos riscos resultantes da pandemia ocasionada pelo coronavírus (COVID-19), impõe-se, em alguns casos, a readequação da convivência, visando sempre o melhor interesse da criança. (TJPR, 2020, on-line)

Entretanto, a pandemia se estendeu por um período muito mais longo do que qualquer autoridade poderia prever e uma questão passou a ser levantada: a necessidade de isolamento social por si só seria justificativa suficiente e plausível para a suspensão de visitas de pais a filhos?

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) criticou o posicionamento do Conanda, em ofício enviado ao órgão em junho de 2020. Tendo em vista as decisões judiciais baseadas apenas no possível contágio genérico, sem riscos específicos, o IBDFAM alertou para o prejuízo psíquico que a decisão do Conselho poderia trazer para crianças e adolescentes privados de conviver com pais e mães:

Não se pode colocar em risco o convívio com ambos os pais, já que, comprovadamente, o compartilhamento entre esses no cuidado dos filhos é fator essencial para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Tal direito, inclusive, é resguardado pelo artigo 227 da Constituição Federal. Além disso, não há data definida para o fim do isolamento social. O afastamento de uma das figuras parentais, por tempo indeterminado, pode colocar a criança em situação de angústia, já que podem não saber lidar com a situação, tampouco entender ou superar sozinha os conflitos existentes entre seus pais. O IBDFAM defende que a negativa ao exercício da convivência parental presencial é um ato extremo e o magistrado deve optar por este caminho somente em casos onde for comprovada a existência de risco para a criança ou adolescente ou para a sociedade. (IBDFAM, 2020, on-line)

Desde o início da pandemia, em março de 2020, a crise sanitária e a situação completamente atípica trouxeram diversas divergências na jurisprudência sobre a guarda compartilhada.

De acordo com a advogada Alexandra Ullmann, membro do IBDFAM e que assina o ofício encaminhado para o Conanda, “a recomendação confunde conceitos básicos de guarda e convivência”:

As recomendações do CONANDA são apenas recomendações e não determinações, tendo sido editadas em um momento que não se conhecia a extensão da pandemia e quais os prazos de sua duração. Não há que se falar em suspensão de convivência quando ambos os genitores podem e devem garantir a segurança do filho comum, independentemente do tipo de guarda que seja exercido. E este direito constitucional deve ser resguardado e garantido pela Justiça. (IBDFAM, 2020, on-line).

Passado um ano da pandemia e com a impossibilidade de determinar uma data para o definitivo fim das medidas de precaução – uma vez que apenas com a imunização de toda a população por meio da vacina haverá uma solução definitiva para a crise sanitária - o entendimento parece ter

mudado e a suspensão da convivência física e a determinação de que as visitas sejam apenas virtuais passou a ser exceção.

Pais e mães “privados” temporariamente de conviverem com seus filhos em razão da pandemia pleitearam seus direitos ao retorno ao convívio, encontrando boas respostas do Judiciário nesse sentido, conforme seguem recentes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO FAMÍLIA Decisão agravada que manteve as visitas em favor da genitora Insurgência Liminar denegatória nesta sede Pretensão de suspensão ou alteração do regime de visitação apenas com base na pandemia provocada pelo Coronavírus (COVID-19) que não merece acolhida neste caso concreto Regime de visitas que tem por finalidade, primordial, atender aos interesses do menor e fortalecer os vínculos entre a criança e a mãe - Pandemia que, apesar da gravidade, não pode impedir o contato da genitora com o filho por tempo indeterminado, tampouco somente na casa do genitor - Agravada tem ciência sobre a necessidade de observar os cuidados necessários para preservar a saúde do menor - Manutenção das visitas que se mostra de rigor - Necessidade de reforçar, contudo, que cabe a ambos os pais garantir que as visitas sejam realizadas de forma segura, observando-se todas as medidas sanitárias determinadas pelos órgãos governamentais, evitando-se a exposição desnecessária do menor a riscos à saúde Recurso desprovido. (TJSP, 2020, on-line).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO Suspensão temporária de visitas presenciais Insurgência Elementos dos autos que recomendam a manutenção das visitas Direito do pai e do menor Não comprovação de que o requerido não toma as devidas cautelas em relação à pandemia, sem prejuízo de determinação pelo Juízo monocrático de se exigir do requerido a apresentação de teste de Coronavírus (PCR) negativo para as visitas, nos termos do parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça - Recurso não provido, com observação. (TJSP, 2020, online)

AGRAVO DE INSTRUMENTO DIVÓRCIO C.C. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PARA PERMITIR A RETIRADA DO FILHO MENOR EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS POSSIBILIDADE MEDIANTE OBSERVAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NECESSÁRIAS PARA GARANTIR A SAÚDE DA CRIANÇA ENQUANTO PERDURAR A PANDEMIA UTILIZAÇÃO DE MÁSCARAS, HIGIENIZAÇÃO CONSTANTE E TRANSPORTE EM VEÍCULO PARTICULAR DECISÃO MODIFICADA RECURSOPROVIDO (TJSP, 2020, on-line)

Suspensão das visitas paternas, em razão de suposto descumprimento das medidas de distanciamento social. Pandemia do covid-19. Ausência de prejuízo com restabelecimento das visitas. Prevalência do interesse do menor. Toda criança tem direito a ser criada e educada no seio da sua família e deve ser assegurada a preservação de vínculos afetivos entre pais e filhos. Decisão reformada, para restabelecer as visitas como fixadas. Recurso provido. (TJSP, 2020, on-line).

Considerando a situação da pandemia causada pelo COVID-19, à época da apreciação da liminar em 18.8.2020, o magistrado suspendeu o direito de visitas até o final da pandemia. Apesar da situação atual não diferir muito é de conhecimento geral a flexibilização paulatina das restrições outrora impostas. Neste contexto e considerando o melhor interesse da criança, inadequada a manutenção da suspensão do contato do agravante com a filha até que seja superada a pandemia, posto que pode se prorrogar indefinidamente. Considerando que o referencial paterno é fundamental para o desenvolvimento da criança, a hipótese contempla a reforma da decisão agravada. (TJSP, 2020, on-line)

Pandemia do covid-19. Ausência de prejuízo com o restabelecimento das visitas. Prevalência do interesse do menor. Toda criança tem direito a ser criada e educada no seio da sua família e deve ser assegurada a preservação de vínculos afetivos entre pais e filhos. Visitas fixadas excessivamente restritivas. Fixação das visitas provisórias, como sugerido em contestação. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido. O conflito em questão deve ser analisado sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sobretudo quanto à proteção integral, condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento e à absoluta prioridade à criança (artigos 4 e 6 da referida lei). Apesar da situação atual de pandemia do covid-19, o afastamento do convívio do genitor com a criança também pode causar danos irreparáveis ao menor. Outrossim, o direito à visita deve ser interpretado como o direito do filho de ser visitado, porquanto toda criança tem direito a ser criada e educada no seio da sua família e deve ser assegurada a preservação de vínculos afetivos entre pais e filhos. (TJSP, 2020, on-line)

AGRAVO DE INSTRUMENTO MODIFICAÇÃO LIMINAR DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA - DETERMINAÇÃO DE QUE AS VISITAS SEJAM REALIZADAS NA RESIDÊNCIA MATERNA ENQUANTO DURAR A PANDEMIA DO COVID-19 INCONFORMISMO DO GENITOR ACOLHIMENTO - Medida que contraria os interesses da menor de conviver o máximo possível com ambos os genitores, impondo grave constrangimento ao genitor, obrigado a conviver com a filha sob a fiscalização permanente da genitora Ação ajuizada em momento em que impostas rígidas medidas de isolamento social Posterior flexibilização e autorização de vacinas no país Menor e pessoa que com ela resida não integrantes do grupo de risco do COVID-19 Situação de risco não comprovada Decisão reformada DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.(TJSP, 2020, on-line)

Diante da grave crise sanitária enfrentada pelo país, situação absolutamente extraordinária que requer cuidados também inéditos o qual alteraram o cotidiano da população mundial, o Judiciário deverá encontrar um equilíbrio para dirimir o conflito causado em razão das medidas de prevenção exigidas para conter a disseminação do vírus e o direito de convivência previsto pela legislação brasileira.

É possível notar, nos julgados mais recentes, ser necessário analisar o caso concreto para decidir se o regime de convivência deverá ou não ser alterado e o cerne da discussão deve estar sempre baseado no bem-estar das crianças e adolescentes interessados. Apenas analisando as situações peculiares de cada situação é possível atingir o objetivo de agir com justeza e, dessa maneira, justificar a medida aplicada. Seja para determinar o afastamento físico de um dos genitores em decorrência do isolamento social, seja para autorizar a manutenção do direito de convivência por não vislumbrar-se na situação necessidade de afastamento, o que se espera do Judiciário é uma análise das peculiaridades de cada caso em concreto.

Passado um ano da pandemia, sendo a orientação das autoridades ainda manter as medidas de precaução, o Judiciário pretende, com as decisões recentes, privilegiar e reestabelecer o convívio entre pais não guardiões e seus filhos, tendo em vista a importância do direito a convivência familiar, desde que assim permita o caso concreto em análise.

Conclusão

O presente trabalho pretendeu analisar como as mudanças ocorridas na sociedade brasileira na metade do século XX transformaram as relações familiares, especialmente entre pais e filhos. Até o início da década de 70, época em que ainda não era permitido dissolver o casamento por meio do divórcio, a guarda dos filhos menores de pais separados era tratada com pouca atenção pelo Código Civil, legislação marcadamente patriarcal e hierarquizada. Entretanto, as transformações sociais e, por consequência, familiares, conduziram a atual configuração legislativa, que passou a tratar a guarda dos filhos com o cuidado indispensável, visto que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e seres em franco desenvolvimento, físico e psíquico.

No primeiro capítulo, foi realizada uma análise histórica sobre o instituto do poder familiar e seus desdobramentos no Direito de Família. Posteriormente, uma comparação entre os dispositivos do Código Civil Brasileiro de 1916 e a atual lei em vigor, com o intuito de verificar as mudanças que se deram ao longo do período.

No segundo capítulo, foi realizada a análise da evolução jurídica do instituto da guarda no direito brasileiro, de acordo com os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988, bem como uma análise comparativa do Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que tratam da guarda de crianças e adolescentes.

No terceiro capítulo, foi apresentado o tema central deste estudo: as modalidades de guarda previstas pelo Código Civil e seus desdobramentos, bem como a análise da jurisprudência recente quanto ao tema. A legislação atual prevê duas modalidades de guarda: a compartilhada e a unilateral, de acordo com o artigo 1.583 do Código Civil atual – sendo a guarda compartilhada obrigatória quando os pais estejam aptos, mesmo que haja litígio entre eles. Houve, também, a pretensão de abordar os princípios constitucionais que amparam e regulam o Direito de Família, no tocante ao instituto da guarda dos filhos.

Por fim, no quarto e último capítulo, pretendeu-se realizar uma análise de decisões judiciais recentes sobre o direito de convivência de pais e filhos frente à crise sanitária global causada pelo novo coronavírus. O isolamento social, medida recomendada pelas autoridades para conter a contaminação pelo vírus, afetou genitoras e genitores no início da pandemia, quando ainda não estava claro quanto tempo as medidas restritivas perdurariam. Muitas decisões judiciais foram ao sentido da suspensão de visitas ou restrições ao direito de convivência. Entretanto, com o prolongamento ainda indefinido da quarentena, pais e mães pleitearam o retorno do convívio com os filhos menores, amparados pelo direito de convivência, encontrando boas respostas do Judiciário, no sentido de reestabelecer a convivência entre pais de crianças e adolescentes.

Com o estudo, verificou-se que, após décadas de omissão legislativa em relação ao destino dos filhos frutos do rompimento conjugal, o legislador passou a se debruçar sobre as questões referentes a crianças e adolescentes de pais separados. Com a Lei da Guarda Compartilhada e legislações semelhantes, houve um grande avanço com o intuito de equilibrar o princípio do melhor interesse do menor ao princípio da igualdade da responsabilização dos pais, de modo a preservar o convívio de crianças e adolescentes cujos pais não vivem sob o mesmo teto, visto que as famílias não se desfazem após o rompimento de um casal, apenas se formam em outra configuração, sendo primordial para o desenvolvimento de crianças e adolescentes um convívio sadio com ambos os pais.

Desta forma, ficou evidente como a legislação passou a privilegiar não os interesses dos pais quando do rompimento conjugal, mas o que melhor interessa aos filhos, sujeitos dotados de direitos e em franco desenvolvimento. O legislador, portanto, cada vez mais tenta se adaptar as transformações trazidas pelas novas configurações familiares, bem como as necessidades dos menores frutos de uma separação ou de pais que não vivem sob o mesmo teto, principalmente no que se refere à dissolução

conjugal com os interesses dos filhos menores, de forma a atender os princípios constitucionais que regem os institutos da guarda.

Referências

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e das outras providências. Condeca, São Paulo, 1996.

BRASIL. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

BRASIL, Código Civil (2002). **Código Civil – Interpretado : artigo por artigo, parágrafo por parágrafo/** Antônio Carlos Morato... (et al.) ; organização Costa Machado ; coordenação Silmara Juny Chinellatto. 12ª Ed. Barueri (SP) : Manole, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias – Vol. 5**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 5. Direito de Família**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Difusos e Coletivos**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

SIMÕES, Marcel Edvar. **O poder familiar na teoria geral do direito privado – Investigações de direito brasileiro e português**. Revista de Direito de Família e Sucessões. Vol 1. 2014. p. 133 a 154.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada – Novos paradigmas do Direito de Família**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Guarda: novas diretrizes**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 3. 2015. p. 207 a 212.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários a Lei 13.058 de 2014 – a nova lei da guarda compartilhada**. Revista de Direito da Família e das Sucessões. Vol. 3. 2015. p. 77 a 94.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192.

DELGADO, Mario Luiz. **Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?** IBDFAM, 2019. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/1313/Guarda+Alternada+ou+Guarda+Compartilhada+com+duas+resid%C3%A2ncias%3F>. Acesso em 17 jan. 2021

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada flexibiliza convivência em benefício do filho**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em 25 nov. 2020

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada dos pais e duplo domicílio dos filhos**. Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/278166/guarda-compartilhada-dos-pais-e-duplo-domicilio-dos-filhos>. Acesso em 20 jan. 2021

ULLMANN, Alexandra; CALÇADA, Andreia. **A convivência familiar e o Covid 19**. IBDFAM, 2020. Disponível em <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1473/A+conviv%C3%A2ncia+familiar+e+o+Covid+19>. Acesso em 17 jan. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : Resp. 1.106.637 SP 2008/0260892-8. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 01/07/2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-resp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289>. Acesso em 05 nov. 2020

TJRJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0039601-57.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. DJ: 14/10/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117625762/agravo-de-instrumento-ai-396015720138190000-rj-0039601-5720138190000/inteiro-teor-117625769>. Acesso em 07 nov. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL : Resp. 293874 2000/0135592-9. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ 13/12/2004. **JurisBrasil**, 2014. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141599/recurso-especial-resp-293874-sp-2000-0135592-9>. Acesso em 17 out. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL : Resp. 1. 1.707.499 DF 2017/0282016-9. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 06/05/2019. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707166844/recurso-especial-resp-1707499-df-2017-0282016-9/inteiro-teor-707166854>. Acesso em: 16 out. 2020.

TJSP. AGRVO DE INSTRUMENTO. AI 2198461-83.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Paulo Alcides; DJ: 17/09/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930537822/agravo-de-instrumento-ai-20999678620208260000-sp-2099967-8620208260000/inteiro-teor-930537841>. Acesso em 15 jan. 2021

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL : AC 1003130-48.2017.8.26.0272. Relator: Desembargador César Peixoto. DJ: 18/11/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/295401537/processo-n-0001390-6720208260272-do-tjsp>. Acesso em 15 jan. 2021

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1417868 MG 2013/0376914-2. Relator : Ministro Joao Otávio de Noronha. DJ: 10/06/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862253574/recurso-especial-resp-1417868-mg-2013-0376914-2/inteiro-teor-862253583?ref=serp>. Acesso em 12 dez. 2020

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL : AC 1019913-70.2018.8.26.0114. Relatora : Ministra Márcia Dalla Déa Barone. DJ: 29/01/2021. **JusBrasil**, 2018. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1160677618/apelacao-civel-ac-10199137020188260114-sp-1019913-7020188260114/inteiro-teor-1160677640>. Acesso em 18 fev. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2212405-55.2020.8.26.0000 : Relator: Francisco Loureiro. DJ: 09/09/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924923965/agravo-de-instrumento-ai-21505195520208260000-sp-2150519-5520208260000/inteiro-teor-924923993?ref=juris-tabs>. Acesso em 10 jan. 2021.

TJSC. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 00.000236-4. Relator Desembargador Alcides Aguiar. DJ: 26/06/2000. **JusBrasil**, 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/229291989/djro-20-02-2019-pg-336>. Acesso em 26 nov. 2020.

TJPR. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0026025-34.2020.8.16.0000. : Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins. DJ: 25/05/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/301223743/djpr-09-06-2020-pg-355?ref=topic-lawsuit>. Acesso em 24 jan. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2160627-46.2020.8.26.0000. Relato desembargador Neto Barbosa Ferreira. DJ: 22/10/2020. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1109067287/agravo-de-instrumento-ai-21026214620208260000-sp-2102621-4620208260000/inteiro-teor-1109067307?ref=juris-tabs>. Acessado em 06 jan. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2228552-59.2020.8.26.0000 : Relator: Desembargador José Carlos Alves Ferreira. DJ: 22/01/2021. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2021. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do;jsessionid=77FB5567CB4995465464199E1DDBBDE3.cjsq1?conversationId=&cdAcordao=14297845&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_76a8359f781a4ac8bdb42aa41a9e8c0c&q-recaptcha-response=03AGdBq24U1xbnZgm7XGNI_4rUw1bbpV4XI0AMa8c2ANGWV962BUJfoX85wPqQSkBWcUnz9NheCHKS5uRUMRV3a4bsEKK3NTdV2xoLDj5U9ZLzhJEpBDRCSUo7qlc6jNEXWoHfG_dPwzILHYatVGWbFwpgOyuELfZWbBVvUvGxi_XnGQvIwllXawQohqVucBZC0MByM2X0IPj325wOC1rn9EQW8C6kwUsGr_Elc8C-8GvjyEj5ACx3MbL5LmiP5O32lpZsdnu8_yEzt0-itWI54RK0BfgjsolKSi-xpqtjq3au8P_NhBnzKkGjYOlU4z3CFcJg0FFeig7x6C--iwqTxYrrC5-NM0JKCacE_n3UZVrjFk9NMU99wUShYnd_FTBt6BBejnVV5RigPepgK9izi4RmAKGJch1zilc1sscbpHa4Zat8ZXg20j-ivquxDTdTLILUIkNcW-SI31Lzj_oBdvJvu1AyNGMA. Acessado em 20 fev. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2244412-03.2020.8.26.0000 : Relator: Desembargador Erickson Gavazza Marques. DJ: 22/01/2021. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2021. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=14296245&cdForo=0>.
Acessado em 02 fev. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2229037-59.2020.8.26.0000. Relatora: Desembargadora Fernanda Gomes. DJ: 19/01/2021. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=14287691&cdForo=0>. Acesso em 25 jan. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2218828-31.2020.8.26.0000. Relator: Luis Mario Galbetti. DJ: 30/01/2021. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2021. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14315962&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_d5cdab6c41e34b3c84070595f7a3e2d2&q-recaptcha-response=03AGdBq248hoipE_g3xw34USfyZFY6p8Rf6bl8z3YzLEVx3iLKs6R-Ff19beSndLSBhz5sSIF_0_c1OmYr4NSTAGPJklf6cw8KVal8sWEcD9hob37bz7sKbwwv1ilv_0D8hH2DVc2L-xzLaTy2kE4oZrYLFMZ-_0cEaRLnloUX6ptlZTPmvh_2mhdZNCnfsWsh_TXcO-WNhhWQkAY6tZMwcOJ2d904IBFf9w_Uq7qB-BX1S2ZTxCNN1T3WZPAGpwmA1QvYKao1yEKGs2r1lxoXmcMA5E0gSROxJvxEPFYs6Lbtrcghw10Z1f926zVmROXnoA9N60opfdqoeXMGfMLFlyEiFqyleo9ejTN30saX3RnwIWj_-HmN3-LRy4kf3PNqsUL0GgDlsc3W3dfYq3ThmxxQ0QBYtyiAEMc0zWn2dSt7OJl8NQkIk87vpk4pdS0sBFH5s9vPhn2WL6T8R17_Uy8WxyuDcmpYq. Acesso em 08 fev. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2257307-93.2020.8.26.0000. Relatora: Desembargadora Fernanda Gomes Camacho. DJ: 30/01/2021. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1160843469/agravo-de-instrumento-ai-22573079320208260000-sp-2257307-9320208260000>. Acesso em 20 fev. 2021.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 2269005-96.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Alexandre Coelho. DJ: 28/01/2021. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 2021. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=14306673&cdForo=0>. Acesso em 07 fev. 2021.

Justiça suspende visitas presenciais de pai a filhos em razão do coronavírus. **Jornal de Brasília**. Brasília, 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://jornaldebrasilia.com.br/brasil/justica-suspende-visitas-presenciais-de-pai-a-filhos-em-razao-do-coronavirus/>. Acesso em 20 de out. 2020.

RIBAS, Mariana. Juíza suspende visitas de pai a filha sob cuidados da mãe durante a pandemia. **Jota**. São Paulo, 08 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.jota.info/jotinhas/juiza-suspende-visita-de-pai-a-filha-sob-cuidados-da-mae-durante-a-pandemia-08052020>. Acesso em: 20 de out. 2020.

