



FACULDADE GALILEU
 Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

THE GUARD INSTITUTE IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

LEILA RAIMUNDO FERREIRA BONFATI

SUMÁRIO: Introdução; 1) O Poder Familiar; 2) O Bem-Estar E A Convivência Parental; 2.1) Da Guarda Familiar, Do Divórcio Ou Da Separação Dos Pais; 2.2) O Papel Do Ministério Público; 3) As Modalidade De Guarda No Sistema Jurídico Brasileiro; 3.1- Guarda Compartilhada; 3.2- Guarda Unilateral; 3.3- Guarda Alternada; 3.4- Guarda Nidal; Considerações Finais; Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar, no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro, o Instituto da Guarda e suas modalidades. Para isso, fora utilizada a metodologia qualitativa para análise dos dispositivos legais, observando as similitudes e diferenças dessas legislações quanto a este instituto. Desse modo, pode-se concluir, que o arranjo de guarda de filhos, atende uma forma equilibrada, desde que preserve e garanta os direitos e interesses do infante.

PALAVRAS-CHAVE: Instituto da Guarda; Poder Familiar; Direito de Família.

ABSTRACT

The present work aims to present, in the current Brazilian Legal System, the Instituto da Guarda and its modalities. To this end, qualitative methodology was used to analyze legal provisions, observing the similarities and differences of these legislations regarding this institute. Therefore, it can be concluded that the child custody arrangement provides a balanced approach, as long as it preserves and guarantees the rights and interests of the child

KEYWORDS: Guardian Institute; Family Power; Family Law.

INTRODUÇÃO

“Porque o Amor Materno se aguçou por seu filho” (1.Rs 3:26) Bíblia Sagrada.

¹ Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Faculdade Galileu, sob orientação do Prof. Dr. Jóhidson Ferraz.

**FACULDADE GALILEU**

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

O presente trabalho propõe evidenciar a evolução do Instituto da Guarda no ordenamento jurídico brasileiro e suas nuances para a aplicabilidade.

Esse instituto jurídico foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de priorizar os direitos fundamentais da criança e do adolescente e garantir que todas as crianças e adolescentes possam usufruir desses direitos. Todos esses direitos estão amparados e protegidos pela Constituição Federal em seu art. 15: “ a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos nesta Constituição” (Brasil, 1988).

Além do texto constitucional, outros diplomas legais também conferiram graus de prioridade para a proteção da criança e do adolescente e, com isso, também regulou o instituto da guarda. A Lei nº 8.069/90, Estatuto Da Criança e Do Adolescente (ECA), tem como principal objetivo conferir proteção integral aos menores, além de estabelecer os direitos fundamentais deles: o direito à vida, à saúde, à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e social. De acordo com o art. 3º do ECA, a criança e o adolescente possuem os mesmos direitos que quaisquer outras pessoas, além de outros visando o seu desenvolvimento (Brasil, 1990).

No ponto de vista de Válder Kenji Ishida, no ECA o instituto da guarda também está previsto no Título III, denominado “Direito à Convivência Familiar e Comunitária” e com a seguinte divisão: na Seção II, trata da “Família Natural” e, na Seção III, da “Família Substituta”. Ademais, em termos de Família Substituta, as seguintes subseções são classificadas: “da Guarda”, “da Tutela” e da “Adoção”. O artigo 33 do ECA, descreve que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (Ishida, p.84, 2013).

Em contrapartida, Rafael Madaleno (2019) entende que, já no Código Civil está prevista no capítulo XI, que preceitua a proteção da pessoa dos filhos nos artigos 1.583 e 1.584 do CC. Na mesma direção, o Direito de Família do Código Civil brasileiro, tem como objetivo específico caracterizar algumas atribuições do Poder Familiar, através do artigo 1.630, até artigo 1.638 do CC/2002, onde esses artigos incidem desde a introdução do poder familiar e nas possibilidades de suspensão e perdas desses poderes. Ademais, o Código Civil, não tem elencado necessariamente em um único capítulo à medida em que se trata sobre a guarda de um filho menor.

**FACULDADE GALILEU**

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015

Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP

Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

Nesse sentido, a guarda de filhos tem como significado tanto de custódia, como de proteção, para com seus pais biológicos e pais adotivos. Competindo o dever o encargo por esses membros do poder familiar os devidos cuidados, enquanto eles não atingem a maioridade, e no caso de haver uma ruptura do vínculo conjugal, a guarda será sempre estabelecida de acordo e em razão dos interesses superiores da criança e do adolescente (Madaleno, 2019).

A guarda dos filhos é um atributo do poder familiar, em caso de ruptura desse poder, de conflitos divergentes, no que implica a guarda do menor, terá a convocação da autoridade do Ministério Público, que atuará na área da infância e da juventude, como tutor especial para reconhecer e estabelecer de como serão cobrados juntamente do poder judiciário a demanda de seus bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Ainda, poderão instaurar e presidir procedimentos administrativos, além de propor ações judiciais na defesa da infância e em situações em que a criança e ao adolescente se encontrarem em situação de risco nas hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Madaleno, 2019).

No decorrer deste trabalho será pontuado sobre tais bens tutelados para os filhos menores, a melhor forma de convivência parental, quando há relações divergentes sobre seus genitores, ou pais adotivos. Evidentemente o assunto não foi esgotado nas páginas que se seguem, mas visa demonstrar que este Instituto ainda não dispõe de unanimidade em sua aplicação no caso concreto.

A presente pesquisa foi elaborada utilizando-se do método qualitativo para leitura e análise do material coletado com a revisão de literatura e compilação documental. Para isso, foram utilizadas as normas estipuladas no Direito Civil, na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como artigos de especialistas da matéria.

Este trabalho está dividido, além desta introdução, em 3 seções e as Considerações Finais. Na primeira, aborda-se os conceitos e as discussões sobre o poder familiar, compreensão sobre o Instituto do Guarda e os caminhos percorreu com uma breve evolução histórica. Já na segunda seção é demonstrada a importância da titularidade desse instituto, e de quanto o bem-estar e a convivência parental pode trazer efeitos positivos e negativos, o que evidencia a divergência entre a fixação ou não o Instituto à sua origem. A seção denominada “As Modalidades de Guarda no Ordenamento jurídico Brasileiro”, versa sobre as quatro modalidades de guardas no sistema jurídico brasileiro: guarda compartilhada, guarda unilateral, guarda alternada e guarda nidal, para compreensão



FACULDADE GALILEU
 Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

dessas modalidades de guardas, suas origens e finalidades. Por fim, nas considerações finais, é feita uma breve análise sobre o Instituto da Guarda no Ordenamento Jurídico Brasileiro, aplicando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, inclusive os cuidados do exercício familiar existentes entre os pais ou o responsável, tendo em vista a proteção e o melhor interesse ao infante e ao jovem na sua incapacidade relativa.

1) O PODER FAMILIAR

O homem é um ser naturalmente social quando busca a convivência em grupo e se associa aos seus pares em razão dos seus interesses e afinidades. Neste sentido, a família representa a unidade básica de qualquer sociedade, o grupo social primário. O conceito de família, assim como a própria natureza do ser humano, é mutável e deve ser entendido e interpretado de acordo com o tempo e o contexto histórico de uma sociedade em determinada época (Madaleno, 2019).

Durante o século XX, transcorreu uma mudança estrutural e funcional nesta instituição tão relevante, e a Constituição Federal de 1988 foi o marco desta conversão aos olhos materialista e patrimonial que antecedia desde os primórdios da civilização ocidental, e que norteava o Código Civil brasileiro de 1916, para uma percepção mais humanista em que a afetividade e a busca pela realização pessoal ganharam relevância jurídica passando a ocupar lugar de destaque dentre aqueles bens de proteção estatal (Madaleno, 2019). A noção atual de família não é a mesma das antigas civilizações, pois ao longo dos tempos houve uma evolução mensurável, com a inclusão de novos valores e costumes que foram incorporados pela sociedade.

Segundo, Rafael Madaleno (2019) na Roma antiga a família era uma verdadeira comunidade de produção tipicamente patriarcal. O *pater famílias* era o detentor de toda propriedade e o seu domínio se estendia aos demais membros da família independentemente de idade ou do estado civil eram colocados sob a *pátria potestas* do chefe familiar, o *pater famílias*, inclusive os escravos e, por isso, as famílias romanas eram tão populosas, conforme visava esta configuração, a manutenção da unidade familiar acima de tudo toda concentração de riquezas despojava nas mãos do *pater*.

No entendimento de desse autor, a função única da família não era o único atributo que unia e identificava a família romana, a figura do *pater famílias* não se resumia apenas à chefia do conjunto familiar, mas de como era influenciado sobre outros membros familiar e seus agregados,



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

dessa forma seu papel transcendia um ambiente mais fechado assumindo também sua função política e religiosa, pelo fato de que Roma, o *pater*, pelo fato de representar a unidade de sustentação da sociedade, a autoridade do *pater familias* era, fundamental do Estado (Madaleno, 2019).

O *pater* era quem disciplinava com a sua autoridade dentro do lar e a influência da própria sociedade romana. A figura do chefe familiar esteve presente em todos os povos da História antiga. No Brasil colonial, o patriarcalismo foi absorvido pelo sistema legal e segundo relata (Ana Maria Milano Silva), teve acolhimento das Ordenações do Reino que conferia todo o poder e domínio, o homem continuava sempre sendo o chefe da sociedade conjugal e a mulher necessitava de todo seu amparo para a prática de atos da vida civil. No Código Civil de 1860 e 1865, no art. 1.518, o poder paterno autorizava somente ao pai a corrigir e dar punições moderadamente aos seus filhos, podendo requerer ao juiz dos Órfãos autorização para a detenção dos filhos por até quatro meses na casa correcional, sem direito a recurso (Madaleno, 2019).

A sociedade patriarcal, assim como era denominada, não se perdura na contemporaneidade, tendo relevância não só as mulheres, assim como também os filhos, uma posição de igualdade com os homens no âmbito familiar. Em consonância ao Código Civil de 1916, era o marido que exercitava o poder de chefe familiar, somente na sua ausência ou morte, esse poder passava para a mulher, neste caso ela exercia o poder sobre os filhos. Em caso de viúves, se essa viesse a casar novamente perderia o pátrio poder, assim como descrevia o art. 393 do Código Civil de 1916:

Art. 393. A mãe. Que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art.329); mas, enviuvando, os recupera.

Com a nova redação em 1962 do Código Civil, este instrumento foi alterado, afirmando que a viúva não perderia o pátrio poder caso viesse a novamente de se casar

Art.393. a mãe, que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos do pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), a inovação substancialmente os preceitos legais da época ao ignorar essa discriminação diferenciada e baseada unicamente no gênero sexual, ao tipificar o exercício do pátrio poder em favor de ambos os genitores, cabendo a genitora a possibilidade de ingressar com uma ação judicial para dirimir eventuais conflitos



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

Atualmente, como relata Ishida (2013), algumas diretrizes passaram por reformulação, a igualdade dos cônjuges no poder da sociedade conjugal, devendo ser estendido aos companheiros que vivem em uma união estável. Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. I e, em seu art.226, §5º, foi legalmente consagrada sua promulgação:

Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I- Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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.

Logo mais, foi secundado pelo art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, em consonância pelo art. 1.631 do Código Civil de 2002, a função primordial da família referido anteriormente. Atualmente serve como instrumento para realização pessoal, sendo amparada na afetividade dentro do ambiente íntimo, e cujas relações, outrora pautadas por interesses pecuniários, agora são entendidas pelo prisma de afeto e da solidariedade, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de se sua finalidade precípua (Ishida,2013).

Para o autor, no ordenamento jurídico brasileiro, ficou ajustado o dever legal dos pais, os cuidados e a responsabilidades pelos seus filhos menores e por garantir a efetivação de todos os meios necessários na formação pessoal de seus filhos. De acordo com a Constituição Federal brasileira de 1988, o tratamento diferenciado, torna-se uma imposição de ordem pública o dever dos pais, zelarem e pela formação integral dos filhos, assegurando aos jovens o mais amplo direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e de outros bens tutelados, o próprio direito à convivência familiar. Com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 3º e 4º. Com o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ficou consubstanciado em uma declaração de princípios, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1989, e com a finalidade de proporcionar os direitos fundamentais dos menores e adolescente (Ishida, 2013).



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

Dessa forma, Rafael Madaleno (2019) refere-se que, com o tema do Código Civil brasileiro, em seus arts. 1.630 até 1.638, a competência de ambos os pais, independe de sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, e na falta ou impedimento de um de seus genitores, o poder familiar deverá ser exercido com exclusividade pelo outro ascendente (art. 1631 do CC). Neste sentido, o art. 21 do ECA assegura o direito de recorrer à autoridade judiciária competente para resolução de divergências.

Contudo, o exercício do poder familiar, em relação aos pais, representando um conjunto de direitos atrelados a deveres, o maior interessado nesse escopo é o interesse da criança e do adolescente. Os poderes outorgados aos pais têm como medida o cumprimento dos deveres de proteção do filho menor. Ademais, o instituto do poder familiar perdeu sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser um conjunto de direitos do pai sobre os bens dos filhos, essa evolução orientou-se em três finalidades: (a) limitação temporal do poder; (b) limitação dos direitos do pai e do seu uso; (c) colaboração do estado na proteção do filho menor, e intervenção no exercício do pátrio poder para orientar e controlar. A maior expressão dessa mudança, se encontra na Constituição Federal de 1988 em seu art. 227, caput:

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

Conforme exortado por Rafael Madaleno (2019), esta inserção da família como ente protegido pelo Estado é sem dúvida a maior expressão desta mudança de paradigma ocorrida após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Magna Carta reconhece o dever de solidariedade na relação paterno-filial, mediante ao art. 229 da CF, que descreve que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos, enquanto menores de idade, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice.

Contudo, os filhos necessitam do amparo e dos cuidados dos pais, desde o nascimento até completarem a maioridade, quando se aproxima sua dependência esse poder dirime. E através desse ciclo que obtemos um novo poder familiar. Dessa forma, o poder familiar perdura até



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

a maioria civil ou até a emancipação do menor, previsto no Código Civil de 2002 em seu art. 5º. Parágrafo único, e seus demais incisos. Ademais, encontra-se outras formas de cessação de menoridade:

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único: cessará, para os menores, a incapacidade:

I- Pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II-Pelo casamento;

III-Pelo exercício de emprego público efetivo;

IV-Pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (Brasil, 2002).

Portanto, a respeito do poder familiar fica claro que a convivência dos genitores, como um casal não tem como pressuposto para a existência ou não do poder familiar. Tendo em vista, que a convivência familiar, independe em casos de ruptura dos genitores, preservando o melhor interesse dos filhos.

2) O BEM-ESTAR E A CONVIVÊNCIA PARENTAL

Na Lei nº 8.069/1990 o poder familiar está prescrito nos arts. 21-24 e nos 155- 163, adentrando respectivamente das disposições gerais e sobre a perda e suspensão do poder familiar. Comparavelmente é possível perceber que o ECA prioriza as obrigações dos pais, e o Código Civil de 2002, tem como destaque as extensões do exercício do poder familiar. Esses institutos são elencados nos arts. 1.630 a 1.638 do C.C. O Estatuto do ECA garante aos pais o direito de educar e disciplinar os filhos, impondo limites sem lhes causar qualquer tipo de dano físico, mental e emocional. Quando esses direitos de correção dos menores são usados de maneira acerbada, observando a incidência da violência doméstica em cima da criança ou do adolescente (Ishida, 2019).

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) as modalidades da guarda no ECA refere-se a três tipos : a guarda provisória (art.33, §1º), a permanente e a peculiar (art. 33,§3º). Dessa forma, as três espécies previstas no Estatuto, a provisória subdivide-se em duas

**FACULDADE GALILEU**

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015

Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP

Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

espécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é impossível juridicamente. A guarda permanente, deixou de existir no ordenamento jurídico, com os poderes do art. 227, §3º da Constituição Federal de 1988, como norma inspiradora ao referido art. 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990). Já a guarda peculiar, visa ao suprimento de falta eventual dos pais, permitindo o guardião que o represente em determinada situação tendo como ex.: menor de 16 anos, cujos pais estejam em outra localidade, impedidos de se deslocarem, assim como também por eles representados para retirada de FGTS.

Entretanto, apesar de ambas as leis tratarem sobre o poder familiar, ambas distintas em seus aspectos primordial, na forma que cada uma trata o caso em si, ambas têm como garantia de prever o bem-estar físico e social e a convivência parental. Existe uma diferença entre a titularidade do poder familiar e o seu exercício, contudo sejam funções possivelmente confundidas, o exercício concreto desses direitos pode desaparecer para um do genitor com a separação, sem excluir as hipóteses de perdas, suspensão ou extinção do poder familiar. Inquestionavelmente, ambos os pais são titulares do poder familiar, salvo tenha um deles ou os dois sido judicialmente privados do poder familiar. Dessa forma, pode haver titularidade com o exercício efetivo do poder familiar, titularidade sem o exercício real do poder familiar, ou titularidade com o exercício compartilhado do poder familiar.

A titularidade do poder familiar é conjunta e deve ser assegurada aos pais mesmo que tenham deixado de coabitar, contudo, na prática, o seu exercício pode ser unilateral, como acontece quando a guarda dos filhos é direcionada a um dos genitores que atua como figura ou pessoa de referência, e o outro ascendente resta naturalmente afastado do exercício do poder familiar com a perda de um maior contato com o seu filho. A separação dos genitores pode ter influência direta sobre os atos cotidianos da prole, mas não se justifica o isolamento do genitor que não deteve a guarda física de seu filho, ficando excluídos das decisões de maior relevância e de significação fundamental para a edificação da personalidade de quem está em fase de crescimento e de formação (Madaleno, 2019).

Diante dessa questão, a divisão ou o equilíbrio do exercício do poder familiar as custódias dos filhos são irrelevantes, necessariamente pesam mais as decisões que têm de serem tomadas em conjunto sobre os aspectos mais importantes da vida dos filhos, para a manutenção de uma boa relação estabelecendo de forma mútua a cooperação de um clima saudável e consciente para o seu bem-estar social, dentro de um plano elevado em que os adultos possam ser capazes de separar os



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

seus problemas pessoais. Fica ordinariamente encarregado o genitor da residência principal de decidir os atos cotidianos do filho e cujo exercício sem interferência na contitularidade do poder familiar (Madaleno, 2019).

Em síntese, mantendo-se equivalentes responsabilidades e tornando verdadeiramente excepcional o exercício do poder familiar por apenas um dos pais, mas precipuamente, trazendo para a vida familiar um significado elevado e a participação dual dos pais, contanto evitando que qualquer um deles se sinta excluído da vida dos filhos passando estes terem uma convivência fluída com seus genitores.

2.1) Da guarda familiar, do divórcio ou da separação dos pais

Frequentemente, os pais são detentores da guarda dos filhos durante o casamento ou na constância da sua união estável. Quando um casal se separa, a guarda dos filhos geralmente causa muitas divergências. Normalmente a guarda fica com a genitora, mas o poder judiciário levará em consideração os interesses da criança, porém, vale ressaltar que o poder familiar, ou seja, o conjunto de obrigações e deveres atribuídos aos pais, no que se refere aos filhos menores e aos seus bens (Madaleno, 2019)

Diante do exposto, a Constituição Federal de 1988, art. 5º inciso I. determina direitos e obrigações iguais a homens e mulheres, incluindo aqueles à sociedade conjugal, previstos no art.226, §5º da Constituição. Lembrando ainda que: não há distinção no poder familiar dos filhos havidos fora ou durante a união estável, uma vez, que no direito brasileiro, todos os filhos possuem direitos iguais. Entretanto, no caso de filhos havidos fora do casamento, só serão submetidos ao poder familiar depois de legalmente reconhecidos, uma vez que o reconhecimento estabelece juridicamente o grau de parentesco.

Vale ressaltar, que há vários tipos de guarda e que o poder familiar se estende a todos, salvo em casos de perda, suspensão, ou extinção desse poder. Conforme o art. 1.635 do Código Civil de 2002, o poder familiar se extingue pela morte dos pais ou do filho:

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



FACULDADE GALILEU
 Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

V-por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

Tendo em vista, que ao longo do tempo e das experiências surgidas com a ruptura do vínculo conjugal, ou da sociedade conjugal, ainda que pelo forte efeito moral da culpa pela ruptura conjugal o exercício efetivo da guarda se perdia após a separação em razão do distanciamento e das frequentes discussões dos pais. Isto quando não existia um afastamento geográfico e as famílias rompidas construíam novas e distantes residências pessoais. Tendo em vista, um novo relacionamento. (Madaleno, 2019). Contudo, a nova convivência, não perde o relacionamento anterior dos direitos ao poder familiar, descrevendo o art. 1636 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê a suspensão do poder familiar por decisão judicial, quando presente um motivo grave, cabendo ao Ministério Público, ou a quem tenha legítimo interesse propor a demanda, em seu art. 157. O Estatuto, afirma que havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, depois de ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar de forma liminar ou incidental, até o julgamento da causa.

Portanto, nada divergiam diante da separação fática ou jurídica dos pais, lembrando que o divórcio extraconjugal não é acessível a casais com filhos menores ou esposa grávida, sendo construída toda uma doutrina e jurisprudência à luz da Lei 11.689 de 2008, de o judiciário precisar atender mais às conveniências dos filhos e menos aos interesses pessoais de seus pais. Não obstante o inc. II do art. 1584, do Código Civil, que teve sua redação reformulada pela Lei 11.689/2008, considerando as necessidades do filho estabelecendo qualquer distribuição do tempo da prole.

2.2) O papel do Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição que tem como função definida pela Constituição Federal, dispondo no *caput* do art. 127 que:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponível (BRASIL, 1988).

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O MP age nos casos de ameaças aos direitos previstos na Constituição e nas leis, por iniciativa própria (de ofício), ou após ser acionado por qualquer cidadão. O Ministério Público participa dos processos da área da família sempre que houver envolvimento de crianças e adolescentes ou adultos civilmente incapazes.

O interesse público a autorizar a intervenção do Ministério Público deve ser observado como algo concreto, verificando objetivo e subjetivamente, tendo como princípio norteador a defesa da ordem jurídica. É certo que a racionalização do Ministério Público adentro no Processo Civil encontra opositores. O amplo sentido de interesse público, está adotado no art. 82, inc. III, do Código de Processo Civil, a permissão da atuação do Ministério Público em infindáveis processos:

Art.82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - Nas causas em que há interesses de incapazes;

II- Nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – Nas ações que envolvem litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (BRASIL,2015).

O Código Civil, por seu Tema, estabeleceu limites, vedando interferência do Estado ou de particulares na vida íntima das pessoas em família, dispondo no art. 1.513 que:

Art.1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (BRASIL,2002).

Portanto, o Ministério Público é um órgão legitimado para atuar no Direito de Família somente quando restar evidenciado a presença de incapazes, interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, interesses públicos, faltando-lhe legitimidade para intervir nos processos que tratam de direitos privados e disponíveis entre partes capazes. O Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) prevê que o “Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

interesses de crianças, adolescentes e incapazes” (art.130), no caso concreto, se restar evidenciado interesses sociais ou individuais indisponíveis, torna-se necessária a intervenção do *Parquet*, como p. ex., na proteção aos idosos, violências contra a mulher, alienação parental (convivência familiar), alimentos, ainda que capazes.

3) AS MODALIDADE DE GUARDA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para Jeferson Moreira de Carvalho (2012), o conceito primeiramente da guarda em si nada mais é do que o direito dos pais em guardar e resguardar o filho, manter vigilância, de representar o filho no que for necessário, seja em reunião escolar, em acompanhamento médico, é basicamente os direitos que ambos os pais possuem em cuidar de seus filhos, independentemente se estão juntos ou separados.

Notadamente, em uma visão mais genérica, a guarda assume um significado de vigilância, proteção e atenção, destinando-se a regularizar a posse de fato e tem por finalidade a prestação assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, nos termos do art. 33 da Lei 8.069/90.

Art. 33 do ECA- “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (ECA,1990).

O papel da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, é a ação de cuidar e manter a vigilância sobre algo ou alguém, no seio do poder familiar, logo que os filhos nascem. Porém, pode ser retirada ou dada a outra pessoa, pela via judicial.

Atualmente, existem quatro tipos de guarda presentes no ordenamento jurídico brasileiro, classificadas como: guarda compartilhada, guarda unilateral, guarda alternada e guarda nidal, que elencaremos nas subseções a seguir, demonstrando os aspectos de origem e finalidade de cada uma delas.

3.1- Guarda compartilhada

Para Flávio Tartuce (2021), o conceito de guarda compartilhada legal, definida pela responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, que não vivam sob o



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015

Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP

Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos. Esta modalidade de guarda surgiu no Brasil com a Lei 11.698/2008, a qual alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, esta lei deu origem de guarda compartilhada legal. Posteriormente sobreveio a Lei 13.058/2014, que acrescentou o §2º ao art. 1.583, passando constar expressamente que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai e a cidade considerada base de moradia, que atendam os melhores interesses dos filhos. Assim:

Art.1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§2º- Na guarda compartilhada, o tempo de convívio como 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

§3º- Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

A decisão que fixa a guarda de menor pode ser revista a qualquer tempo, pois, assim como acontece com as sentenças que versam sobre alimentos, cuidando de uma decisão de natureza continuativa e precisa estar de acordo com os melhores interesses da criança e do adolescente e somente cessa quando o menor atinge a maioridade.

Portanto, se for comprovada uma mudança nos pressupostos e condições fáticas, para uma decisão anterior e se esta modificação foi em notável prejuízo do menor.

3.2) Guarda unilateral

A legislação brasileira compreende por guarda unilateral aquela atribuída somente a um dos genitores ou a quem o substitua o mesmo (avós, tios, etc.). Assim, o detentor da guarda fica com a responsabilidade exclusiva de decidir sobre a vida da criança, enquanto o outro só poderá supervisionar tais atribuições.

Atualmente, o judiciário opta por este tipo de guarda para casais que não possuem um bom relacionamento, desde que as crianças e os adolescentes continuem com uma rotina saudável e organizada. A guarda unilateral acontece, principalmente, quando um dos genitores não tem intenção de ficar com a custódia da criança. Dessa forma o outro genitor incumbirá somente a visitação e pagamento da pensão alimentícia. Ainda assim terá como dever de supervisionar a decisão do outro



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

genitor em tudo relacionado aos filhos. Assim como descreve o art.1.583, §3º do Código Civil de 2002.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
 §3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos (BRASIL, 2008).

Contudo, a desvantagem desse instituto é a reduzida ou inexistência da participação do outro genitor. Vale ressaltar que a falta de participação na vida da criança pode se caracterizar tanto uma vantagem, como uma desvantagem.

Na prática, quem fica com a guarda unilateral será responsável pelas decisões mais importantes da vida do menor, como escola, plano de saúde, atividades de lazer, viagens e outros mais. Desse modo, o filho vive com quem tem essa guarda, mas ainda possui direito de conviver com o outro genitor.

Existem algumas situações que permitem a solicitação da guarda unilateral, por exemplo, quando ocorrer por uma das partes algumas das seguintes situações: Maus tratos; Abandono; Condições precárias; Alienação Parental; Entre outras.

Portanto, de acordo com a lei, a guarda unilateral é estabelecida apenas em casos excepcionais, quer dizer, se não houver acordo entre os pais, o juiz vai decretar a “*guarda compartilhada*”, na qual os dois são responsáveis pela tomada de decisões. Sendo assim, a guarda unilateral só vai ser concedida em situações específicas, quando não for possível a guarda compartilhada. Logo assim, se um dos genitores renunciar ao direito, ou seja, declarar ao juiz que não tem interesse na guarda do filho, quando um dos pais não possui condições mínimas de garantir os cuidados, em caso de abandono, se os conflitos dos pais forem irreconciliáveis, a guarda vai ser concedida ao pai, ou a mãe que tiver maior aptidão para propiciar o melhor ao filho.

3.3) Guarda alternada

A guarda alternada é um instituto do direito familiar que tem característica a alternância da guarda dos filhos entre um genitor e outro. Embora não tenha previsão no ordenamento jurídico, é aceita pela jurisprudência pátria, raramente aplicada e a sua estipulação acontece por convenção das partes. Tendo como exemplo: do filho ficar uma semana inteira residindo na casa de

**FACULDADE GALILEU**

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015

Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP

Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

sua genitora, ou um ano sob sua total responsabilidade e na outra semana inteira, residindo na casa de seu genitor, este também adquire totalmente a responsabilidade pelo filho durante o tempo de sua convivência. Este instituto é distinto da guarda compartilhada, essa modalidade de alternância, os guardiões estabelecem que o menor permanecerá uma semana ou mais na casa de sua genitora e outra semana na casa ou mais de seu genitor. Já na guarda compartilhada, é fixada uma das residências como residência do menor, estabelecendo períodos de convivência do outro genitor em períodos fixos. A responsabilidade sobre o menor é de ambos os genitores, independentemente de onde o menor venha a residir, tem como cabimento a ambos os pais tratarem de questões relacionadas à saúde, educação e outras.

Contudo, a guarda alternada é uma criação doutrinária que não está defesa em lei. Tendo em vista, por esta razão, muito criticada pela doutrina brasileira, e na França foi expressamente proibida em 1984. Entretanto, para alguns doutrinadores, como Ana Maria Milano Silva (2015) se mostra contrária a esta modalidade de guarda, pois este modelo interrompe a continuidade da criança ferindo os seus interesses. Sendo inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor. Com isso, provocando instabilidade emocional e psíquica.

3.4) Guarda nidal, aninhamento

A guarda nidal, não está prevista na legislação brasileira, como forma de guarda compartilhada, os pais podem optar por implementá-la como um acordo privado de custódia, se for de interesse das partes e se não for objeção do juiz responsável pela homologação do acordo. A guarda nidal pode ter alguns benefícios para as crianças envolvidas após o divórcio dos pais, tendo em vista, a estabilidade de poder oferecer a criança a continuidade dos pais em suas vidas após o divórcio, permanecendo ambos em mesma residência, não precisando adaptar as mudanças constantes do ambiente. Menos estresse, e a ansiedade associadas as mudanças frequentes. O melhor relacionamento com os pais, podendo ajudar a manter o vínculo e o relacionamento de pais e filhos, já que elas passam tempos iguais em um ambiente familiar compartilhado.

O aninhamento (guarda nidal), é uma ficção jurídica, um tipo de guarda totalmente impraticável, tendo em vista, que não é o menor que se desloca entre as residências de seus progenitores, como ocorre no instituto da guarda compartilhada, da guarda alternada, são os pais que

**FACULDADE GALILEU**

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015

Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP

Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

se deslocam de forma alternada para a morada onde o filho reside. Portanto, a divisão do tempo de convívio, presume-se uma repartição dos custos de sustento dos filhos, podendo ter uma disparidade entre o atendimento das necessidades dos filhos. Enquanto estiverem na guarda de um ou de outro (Tartuce, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto sobre o Instituto da Guarda no Ordenamento Jurídico Brasileiro, como a aplicabilidade permitida, suas garantias constitucionais e a aplicação do princípio do melhor interesse do infante e do adolescente, demonstrou-se, a importância para criança e para o adolescente a convivência entre seus genitores, criando afeto mútuo, afastando a alienação parental, trazendo um desenvolvimento saudável para com os filhos. Entretanto, há diferenciação entre os Instituto da Guarda, pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Código Civil, o Instituto da Guarda, a afirmação da distinção consiste na diferença das causas de aplicação em razão do poder familiar, assim como as disposições relativas à alimentos se estendendo também para os maiores incapazes, esse instituto incorporando o princípio do melhor interesse à criança.

Contudo, o instituto da guarda com previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, têm como parâmetro “Direito à Convivência Familiar”, demonstrando de como se trata da “Família Natural”, à “Família Substituta”, com consequentes subseções: “da guarda”, “da tutela” e da “adoção, onde compulsoriamente este instituto determina a prestação da assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Dessa forma, do Código Civil, seus institutos e suas modalidades de guarda, contando da guarda unilateral elencada no art. 1.583 do C.C. Ademais, a Guarda não implica em prévia suspensão ou destituição do Pátrio Poder, mas em controversa ao procedimento contraditório sempre que houver discordância de qualquer dos genitores transferindo ao guardião a título precário, aos atributos constantes. Atribuída a um dos genitores ou alguém que o substitua, conferindo apenas a um dos pais, enquanto ao outro apenas a regulamentação de visitas, sendo assim não isentando o poder familiar. Também no mesmo artigo com o acréscimo do parágrafo terceiro, a guarda



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, dando um respaldo para que os filhos a segurança de conviver livremente com ambos seus genitores, exercendo assim a plenitude do poder familiar, tornando-se desnecessário a guarda exclusiva e o direito de visita.

A Guarda Alternada e a Guarda Nidal, essas modalidades, não estão constituídas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo apenas doutrinárias.

A Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente é disciplinada como medida de proteção sendo correlatas as espécies de família. Tendo em vista, A Constituição Federal de 1988 e a lei 8.069/90 priorizam a permanência no seio da família natural, mas não olvidam a necessidade de em casos específicos haver a colocação em família substituta, em qualquer de suas formas, prevendo uma hipótese mais simples “a guarda” que decorre mero desfalque das prerrogativas inerentes ao “Pátrio Poder”, como forma de evitar a Institucionalização da criança e do adolescente, que é um dos deveres inerentes ao poder familiar.

Portanto, verificadas os direitos da criança e do adolescente, a diferença existente se dá em razão aos efeitos das guardas. Logo assim, ambos os Institutos, preservam os direitos e os interesses tanto da criança como do adolescente, protegendo assim sua formação, a moralidade e principalmente sua integridade física e mental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. **Lei Nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os art. 1.583. Código Civil.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Altera o art. 1584. Código Civil.

BRASIL. **Lei nº10.406. de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 13.058. de 22 de dezembro de 2014**. Acresc. O §2º do art. 1.583. Código Civil.

BRASIL. **Lei Nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.



FACULDADE GALILEU

Credenciada Portaria nº 422 de 28/04/2015 Publicado DOU 29/04/2015
 Av. Marginal 200, nº 680 - Vila Real - Botucatu-SP
 Telefone: (14) 3354-1315 / (14) 3354-1723- www.faculdadegalileu.com.br

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Estatuto da Criança e do Adolescente: manual funcional** / Jeferson Moreira de Carvalho. 3ª ed. Re. E atual.- Belo Horizonte : Del Rey, 2012.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Guarda-Estatuto da Criança e do Adolescente.**/1ª ed.,(ano 1999), 6ª reimpr./ Luiz Carlos de Barros Figueiredo./ Curitiba: Juruá, 2011. 158p.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente/ Doutrina e Jurisprudência**/(31/12/2012). 14ª ed. Atualizada/ São Paulo: Ed. Atlas S.A-2013.

MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**/ Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. --4ª.ed. ver. atual. E ampl.—São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Ana Maria Milano/ **A lei sobre a guarda compartilhada**, 4.ed., rev., atual. JH. Mizuno.2015

TARTUCE, Flávio. **MANUAL DE DIREITO CIVIL**: volume único / Flávio Tartuce. – 11. Ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro Forense ; MÉTODO, 2021.