XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA II

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

FABRÍCIO VEIGA COSTA

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Sílzia Alves Carvalho; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-826-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e Teorias da Justiça. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA II

Apresentação

A presente coletânea é composta dos artigos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: "Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça II", no âmbito do XII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires/Argentina, na Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), e que teve como temática central "Derecho, democracia, desarrollo y integración".

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça, especialmente na relação dialogal com os Direitos Fundamentais, as novas tecnologias e a consequente constitucionalização do processo, da jurisdição e da justiça. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Wilian Zendrini Buzingnani e Luiz Fernando Bellinetti abordam o contexto de o Incidente de Assunção de Competência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Recurso Especial e Extraordinário Repetitivo, com fulcro nas teorias: procedimentalistas, substancialistas, ao proporem uma teoria intermediária, eclética, para resolução de casos excepcionais, onde a mera subsunção da norma ao fato não é suficiente para de atender à pretensão deduzida.

Beatriz da Rosa Guimarães, Gabriely Vivian Vieira e Guilherme da Rosa Guimarães investigam os possíveis impactos do populismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir decisões em que prevaleça a independência e a imparcialidade deste órgão, zelando pela real garantia dos direitos fundamentais. Concluem que o problema do populismo pode se relacionar com o excesso de ativismo judicial e da judicialização da política quando a jurisdição constitucional é vista como o principal meio para a solução dos conflitos políticos e morais mais relevantes da sociedade, na medida em que esta postura configura uma atuação antidemocrática por parte do Supremo diante do risco de desequilíbrio entre os poderes.

Renata Apolinário de Castro Lima , Érica Jaqueline Dornelas Concolato e Lorena Hermenegildo de Oliveira refletem sobre os critérios pelos quais se pode caracterizar os

conceitos jurídicos indeterminados e diferenciá-lo da linguagem determinada habitual. Foram também abordados conceitos da filosofia, pelos quais se pode identificar critérios de determinação na linguagem em geral, por meio da doutrina aristotélica e também de elementos da filosofia analítica. Ao fim, foi estudada a análise judicial de pedido fundado em lei que contenha conceito juridicamente indeterminado e a discricionariedade do magistrado para o deferimento ou indeferimento assim como na fundamentação em suas decisões, considerando o disposto no art. 489, § 1º, II, do CPC.

Gabriela Fonseca De Melo investiga a fórmula "Estado de Direito" e sua transformação para o Estado Constitucional de Direito para asserir que neste último estágio, quando se deu o processo de constitucionalização do Direito, houve o despontar do Direito e Processo do Trabalho – igualmente constitucionalizados – que se desenvolveram e se consolidaram imbuídos de princípios e regras próprios, bem como de normas-precedentes a clamarem por respeito e consideração por parte da corte constitucional. O segundo momento da pesquisa analisa três julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – ADIs. 5.766, 1.721 e 1.770 e RE 760.931 – com o desiderato de refletir sobre os limites de sua atuação, seja no âmbito do trabalho hermenêutico, seja no âmbito processualístico. O primeiro e o segundo casos envolveram o problema em torno da interpretação judicial e o terceiro caso abarcou a não observância de norma processual fundamental voltada à fase preliminar que antecede o julgamento – a repercussão geral.

Luana Carolina Bonfada examina quais as principais vulnerabilidades que assolam a sociedade brasileira, num todo, quanto à concretização de seus direitos por meio do acesso à justiça. Para além, se busca evidenciar como os institutos da Justiça Itinerante e da Assistência Judiciária Municipal, que adveio ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 279 no ano de 2021 podem auxiliar no fortalecimento do exercício da cidadania através do acesso à justiça. Quanto à cidadania, utiliza-se por embasamento o conceito de cidadania deliberativa de Habermas, no sentido de evidenciar a possibilidade que há de se efetivar os direitos fundamentais do homem, nesse caso, excepcionalmente através da justiça, justamente caso se tenha cidadãos ativos e participativos.

Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon tratam das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações Embargos Declaratórios na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.106 de Minas Gerais; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.792 do Rio Grande do Norte e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.241, objetivam constatar se há coerência e respeito ao permissivo legal e excepcional da modulação dos efeitos temporais. A CF/88 prevê o Controle de Constitucionalidade, ao passo que a

modulação de efeitos temporais está prevista na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Contudo, este instituto é excepcional e deve ser aplicado apenas por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Com a análise de tais decisões é possível compreender como o órgão de cúpula do Poder Judiciário vem aplicando a modulação dos efeitos temporais. E, consequentemente, se há a observância ou não dos respectivos pressupostos para sua aplicabilidade.

Ivan Martins Tristão e Luiz Fernando Bellinetti analisam que o acesso à Justiça não é compreendido apenas como admissão ao juízo, vai além e exige que o Estado promova a prestação jurisdicional de forma célere, efetiva e adequada (acesso à ordem jurídica justa). E nessa reformulação da compreensão de acesso à Justiça, passando pelas ondas renovatórias, demonstra-se que atualmente os obstáculos e soluções devem ser repensadas diante da virtualização da Justiça. Demonstram que há necessidade de buscar novos paradigmas mais eficientes, sendo a Análise Econômica do Direito um importante vetor interdisciplinar que pode auxiliar a concretizar melhores soluções, de forma eficiente a equalizar o sistema de Justiça, usando menos recursos ao mesmo tempo em que se pode alcançar resultados práticos efetivos, com o fim último de pacificação social, com realização da justiça.

José Bruno Martins Leão e Albino Gabriel Turbay Junior propõem uma análise sistêmica dos aspectos processuais à luz dos valores e das normas constitucionais. No âmbito do julgamento conjunto das ADI nº 5.492 e 5.737, o Supremo Tribunal Federal examinou determinadas questões relevantes ao processo civil ante a estrutura estatal conformadora do federalismo brasileiro e dos princípios processuais na Constituição Federal. No julgamento foram analisados vários dispositivos do CPC/2015, exemplificativamente, a concessão liminar da tutela de evidência fundada em prova documental associada a precedente vinculante, a aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos, o foro competente para a execução fiscal e para as ações em que estados e Distrito Federal figurem como partes, entre outros dispositivos impugnados nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade. Destacam que os argumentos utilizados nos votos tiveram como fundamento o fato de que o CPC/2015 é resultado de um modelo constitucional de processo, que busca a efetiva realização dos direitos, influenciado pela força normativa da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais, neste sentido, o STF analisou a constitucionalidade dos diversos dispositivos processuais envolvidos nas ações.

Michel Elias De Azevedo Oliveira , Nair de Fátima Gomes e Bruno Martins Neves Accadrolli investigam, sob a ótica do Direito e da Psicologia, que a legislação vigente que trata sobre o tema impõe como regra que a guarda seja exercida de forma compartilhada. Em um relacionamento harmonioso em que os pais são de fato respeitosos, essa modalidade

poderá ser eficiente. Contudo, não havendo essa relação harmoniosa, evidente que a guarda compartilhada será prejudicial. De outro lado, notam-se acordos e decisões judiciais de guarda compartilhada, mas que apenas um dos pais exercerá o poder. Embora a regra seja a guarda compartilhada, se um dos pais exerce um poder, anulando o do outro, como busca de filho na escola, dentre outros, a modalidade é e será a guarda unilateral, pois do contrário será danoso e prejudicial.

Para Agatha Gonçalves Santana , Nicoly Souza Araujo e Carla Noura Teixeira, existe a necessidade da estruturação de um Devido Processo Legal Digital, partindo-se de pesquisa teórica, por meio de uma abordagem qualitativa de natureza aplicada, por intermédio de procedimento de pesquisa bibliográfica e documental e, em um segundo momento, utilizando-se da pesquisa empírica, por meio de análise de decisões, com o objetivo de conferir maior respaldo ao usuário de ambientes virtuais, examinando a evolução da informatização do processo judicial, ao traçar as diferenças básicas entre um processo informatizado e um processo automatizado e os aspectos lógicos distintos entre eles a fim de demonstrar os problemas resultantes desta informatização, e de que forma podem afrontar o princípio do devido processo legal.

Helena Patrícia Freitas e Danúbia Patrícia De Paiva, a partir do método de revisão bibliográfica se faz pela racionalidade ético-crítica, abordam uma nova teoria do processo, qual seja, a teoria dos Processos Pluriversais, assim entendido como garantia de direitos fundamentais e direitos da natureza. Referida teoria apresenta-se como alternativa contemporânea às teorias do processo moderno-cartesianas, que trazem uma perspectiva limitada com relação às garantias do contraditório e da ampla defesa para a construção de decisões, o que, de modo inevitável, compromete a cognição. Este é, portanto, o problema que se aponta na pesquisa. O deslinde da questão passa por aferição a partir do marco teórico eleito, qual seja, a racionalidade ambiental e o diálogo de saberes elaborado por Enrique Leff.

Sergio Nojiri , Vitor Gustavo Teixeira de Batista e Frederico Favacho, traçam um panorama quanto ao histórico, aos fundamentos e ao conceito da perspectiva realista de tomada de decisões judiciais para entender se é possível estendê-la ao instituto da arbitragem. Como resultado, verificam que a perspectiva realista, isto é, a ideia de que não é - ou não é apenas - o pensamento lógico-racional jurídico o principal fator determinante para a tomada de decisão dos juízes, tem se mostrado cada vez mais válida, por meio de métodos empíricos de áreas distintas ao Direito como: Psicologia, Economia, Biologia e Ciência Política, e que a arbitragem também pode (e deve) ser enxergada sob esta perspectiva.

Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha defendem a cláusula constitucional do devido processo, indagando sobre possíveis inconsistências teóricas que decorrem do publicismo processual e da concepção de processo como relação jurídica de direito público. Indaga-se, no ponto, de que modo, o conceito ou a compreensão do processo como um instrumento da jurisdição à serviço da realização de escopos jurídicos e metajurídicos compromete a democraticidade da atuação judicial, alçando os juízes ao papel de protagonistas do sistema, e de intérpretes oficiais do ordenamento jurídico. A título de testar a hipótese e examinar a tese de não-alinhamento do Código de Processo Civil brasileiro ao modelo constitucional de processo plasmado na Constituição Federal de 1988, escrutina-se o art. 370 daquele estatuto.

Rafael Rodrigues Soares e Daniel Barile da Silveira consideram a aplicação das tutelas provisórias de urgência no âmbito do processo jurisdicional perante os Tribunais de Contas, que tem como corolário os princípios regentes da administração pública. Neste diapasão, as tutelas provisórias de urgência são como instrumentos de preservação do direito material ou mesmo processual, sendo que seus institutos e sua aplicação supletiva e subsidiária estão previstas tanto na legislação processual civil quanto nas normas de direito administrativo. Em razão dos procedimentos multifacetados adotados no processo administrativo, as tutelas provisórias de urgência são instrumentos importantes no acesso à justiça no âmbito da jurisdição dos Tribunais de Contas. Com o objetivo de promover a efetividade das tutelas provisórias, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso passou a adotar o seu próprio Código de Processo de Controle Externo, ao sistematizar os procedimentos e promover maior segurança jurídica aos envolvidos nos processos de contas.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Bruno Fernando Gasparotto constatam que a adoção de novas tecnologias pelo Poder Judiciário brasileiro, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 11.419/2006 – a qual informatizou o processo judicial inclusive no âmbito dos juizados especiais -, vem se traduzindo em impactos significativos não apenas no tocante à celeridade, mas também em aspectos qualitativos importantes. As novas ferramentas advindas de tais iniciativas registram impressões empíricas, não apenas em seu contexto positivos quanto ao ganho de eficiência da prestação jurisdicional, mas provoca reflexões acerca da assimetria informacional em relação às partes, em especial naquelas causas em que se dispensa a assistência de advogado, perante o juizado especial (Lei nº 9.099/1995). O artigo se propõe a discorrer acerca das dificuldades enfrentadas pelos “analfabetos digitais” para o pleno acesso à justiça e o exercício da ampla defesa.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Valdir Alberto Krieger Junior revelam o impacto da aplicação de elementos do Legal Design no direito processual brasileiro, especificamente na

editoração e utilização de peças processuais no âmbito do juizado especial. A linguagem dos atos e provimentos judiciais é relevante para a eficiência do processo, pois permite que as decisões sejam compreendidas pelos próprios cidadãos. O sistema de justiça brasileiro não tem padrão de linguagem na fundamentação, porém, há um movimento, atualmente, que tem defendido a utilização do visual law.

Paulo Cezar Dias , Marlene de Fátima Campos Souza e Ana Cristina Neves Valotto Postal desenvolvem pesquisa em torno dos diversos formatos de meios adequados de resolução de conflitos; atual modelo multiportas adotado pelo Judiciário, com utilização de dois métodos sendo a ADR - Alternative Dispute Resolution e o ODR - Online Dispute Resolution, em especial, nesta última, acerca de a contribuição das inovações tecnológicas, principalmente no que tange a realidade virtual e realidade aumentada. Desta forma, o presente trabalho, utilizando-se do método bibliográfico de pesquisa, estudo doutrinário, estudos legislativos, sem, contudo, esgotar o tema, objetiva demonstrar como as novas tecnologias podem contribuir para o acesso da sociedade a novos meios de audiências, as quais indo além do uso da internet, telefonia móvel e computadores, podem efetivamente vir a realizar uma audiência no Metaverso e contribuir para que o indivíduo tenha o acesso efetivo à justiça. Pretende-se contribuir na propagação de informações, principalmente com relação a evolução da tecnologia desde a WEB 1.0 até a WEB 3.0, a realidade aumentada e realidade virtual, inclusive sobre o uso dos óculos de realidade virtual, como um meio utilizado para imersão em 3D no ambiente do Metaverso, algo novo que desponta para a sociedade, agora, como mais um mecanismo para agregar aos métodos existentes na busca de uma prestação de serviços de qualidade ao jurisdicionado.

Paulo Cezar Dias e Marisa Sandra Luccas investigam sobre a Justiça Restaurativa Brasileira. Primeiramente, apresenta-se uma abordagem conceitual sobre Justiça Restaurativa e os principais princípios que a caracterizam; em um segundo momento é realizada uma análise de sua evolução histórica, pesquisando seus desdobramentos ao longo do tempo, de acordo com autores diversos em diferentes ambiências. Na sequência, são realizadas algumas reflexões acerca do conflito presente nas relações humanas, suas possíveis origens, caracterizações e a sua conexão com a Justiça. Por fim é feita a abordagem sobre o sagrado e o seu elo com justiça restaurativa, sua importância, suas possibilidades.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Buenos Aires/Argentina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica do processo, da jurisdição e da justiça. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Processual no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos Fundamentais como força motriz da constitucionalização e democratização do processo, da jurisdição e da justiça.

Profa. Dra. Sílzia Alves Carvalho - UFG (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – Universidade de Itaúna/Minas Gerais

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

DO PROCESSO E REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA, SUA MODALIDADE E A NECESSIDADE DA NOMENCLATURA CORRETA

PROCESS AND REGULATIONS OF GUARDIANSHIP, ITS MODALITY AND THE CORRECT NOMENCLATURE REQUIRED

Michel Elias De Azevedo Oliveira
Nair de Fátima Gomes
Bruno Martins Neves Accadrolli

Resumo

Evidente os pais pretendem a guarda de seus filhos, quando não vivem juntos ou quando há o rompimento da sociedade conjugal. Com isso, surge o questionamento de quem terá direito de exercer essa guarda de forma efetiva. Foi-se o tempo que filho sempre ficava com a mãe. Malgrado, ainda se ouve tal afirmação. Hoje, a luz da igualdade entre homem e mulher, a melhor intepretação é que filho fique com quem de fato exerça os melhores elementos subjetivos e objetivos para o exercício pleno e o desenvolvimento de sua prole. Contudo, a legislação vigente que trata sobre o tema impõe como regra que a guarda seja exercida de forma compartilhada. De fato, em um mundo ideal, a guarda deveria ser exercida de forma compartilhada, mas ela, na maioria das vezes, pode trazer severos problemas ao infante. No campo psicológico o filho não tem uma referência de casa, e, também as decisões são e serão exercidas por ambos os pais. Em um relacionamento harmonioso em que os pais são de fato amigos, essa modalidade poderá ser eficiente. Contudo, não havendo essa relação harmoniosa, evidente que a guarda compartilhada será prejudicial. De outro lado, notam-se acordos e decisões judiciais de guarda compartilhada, mas que apenas um dos pais exercerá o poder. Embora a regra seja a guarda compartilhada, se um dos pais exerce um poder, anulando o do outro, como busca de filho na escola, dentre outros, a modalidade é e será a guarda unilateral, pois do contrário será danoso e prejudicial.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, Guarda unilateral, Fixação de guarda, Elementos de fixação, Modalidade de guarda

Abstract/Resumen/Résumé

It is manifesting that the parent desire to have their children’s guardianship by their side when they no long live together or their marriage has ended. The days when a son always stayed with their mother has been kept in the past. However, this claim is still heard. Nowadays, the best interpretation is that the child stays with who exercises the best subjective and objective elements for a full-real exercise and development to their offspring. Although, the current legislation which says about the subject-matter imposes as a rule that guardianship must be exercised in a shared way. Indeed, in an ideal world the guardianship would be exercised in a shared way, but this way most of the time can bring severe problems to the infant. In the psychological field the child does not have a home reference by living in

two different houses and also the decisions are and will be exercised by both parents. In a harmonious relationship where the parents are really friends, this guardianship modality can be very effective, but when this relationship is not harmonious the shared guardianship will be harmful. On the other hand, it can be seen some agreements and judicial decisions of shared guardianship, but that only one of the parents will actually exercise that power. Although the rule is shared guardianship, if one of the parents exercise a power by canceling out the other such as looking for a child at school the modality is and will be one-side guardianship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Shared guardianship, One-side guardianship, Guardianship setting, Setting elements, Guardianship modality

1. INTRODUÇÃO

Em uma dissolução conjugal sempre há interesses distintos quanto a quem ficará a guarda dos filhos. É natural que ambos os pais queiram estar próximos da prole, deixando de analisar que o bem a ser protegido é o da criança e não a vontade dos pais. Assim, a guarda sempre deve ser interpretada à luz do melhor interesse do infante. Inúmeros são os casos em que o Poder Judiciário é acionado para que substitua a vontade das partes no exercício da guarda. Ocorre, porém, nesse caso, que a tutela jurisdicional deverá se curvar às peculiaridades do caso concreto, analisando de forma criteriosa os elementos subjetivos dos que pretendem a guarda. Foi-se o tempo em que o filho ficava com a mãe. A melhor interpretação hoje é que o filho deve ficar com aquele que reúna as melhores condições psicossociais para o bem-estar do infante, para que proporcione uma vida digna, formando-o para a vida em sociedade.

Contudo, a legislação vigente trata de que a guarda compartilhada deve ser a regra. Malgrado a imposição dada pelo legislador e a jurisprudência vigente, pois na maioria dos casos, a guarda compartilhada será prejudicial ao infante. Não se discute que ambos os pais pretendem exercer a guarda de forma a participar de todos os atos da vida do infante. Entretanto, o filho precisa se referenciar, ou seja, ter uma consciência de onde, de fato, reside, pois ficar à mercê de viver em dois lares, sem uma referência básica e sólida não parece razoável para seu crescimento psicológico.

Por outro lado, a guarda compartilhada será indicada nos casos em que incontestadamente os genitores possuam uma relação de proximidade e amizade íntima, o que não se reflete na maioria dos casos de dissolução conjugal. Por isso, não são raros os casos de revisional de guarda para a unilateral, visto que na prática se avalia ser de fato o mais benéfico para os filhos.

Dessa forma, surge analisar que na prática, seja em acordos judiciais, seja em decisões judiciais é comum que, a despeito da interpretação equivocada de que a guarda compartilhada é a regra, os termos e sentenças trazem que a guarda compartilhada será exercida por um dos pais, com direito de visita ao outro, regulamentando assim a visita. Nessa máxima, *datíssima vênia*, merece total reprovação a nomenclatura do termo. Se o próprio termo ou sentença preveja que a guarda será exercida por apenas um dos cônjuges, é forçoso entender que essa guarda seja compartilhada, pois evidente que a nomenclatura correta é que a guarda unilateral será exercida por um dos cônjuges com a regulamentação de visitação a outra.

Dessa feita, sem sombra de dúvidas, a guarda compartilhada será exercida por ambos os cônjuges, em comum acordo, não sendo necessário mencionar com quem ficará. Logo, nessa modalidade especificamente, a guarda compartilhada será exercida por ambos os cônjuges, sem reserva e condição. Havendo condição, seja em restrição de horários de visitação, de retirada da escola, dentre outras, a guarda é e será unilateral.

Embora a discussão pareça irrelevante, na prática terá desdobramentos relevantes, como pretende demonstrar o presente estudo, no que refere à discussão doutrinária e jurisprudencial, bem como o impacto negativo quanto à nomenclatura incorreta da modalidade da guarda.

2. DE GUARDA E SUAS PECULIARIDADES

Não se pode confundir poder familiar de guarda. O primeiro está estritamente ligado aos direitos e deveres entre as relações entre os pais e seus filhos, expressão trazida pelo legislador no art. 1.630 do Código Civil, dispondo que "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores". Assim dizendo, esse poder dos pais em relação aos filhos menores se estende enquanto perdurar a menoridade civil. Esse poder, como dito, deve ser exercido pelos pais, com a tomada de decisões em conjunto. Contudo, essa relação entre os genitores, nem sempre são harmônicas, havendo divergência entre ambos, cabendo, nesse caso, recorrer ao Poder Judiciário para a solução do desacordo.

Nesse contexto, o exercício regular da guarda não está restrito à união dos pais, estando separados não altera esse poder, reconhecido pelo estado do convívio pleno do poder familiar. Por outra banda, em algumas situações esse poder familiar garantido aos pais, ficará restrito ou limitado parcialmente, pois as peculiaridades do caso concreto avaliarão o poder amplo ou restrito do poder garantido aos pais.

Acerca desse tema, a doutrina de Luíza Franco Rezende (2020, p. 42), informa que:

> O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos genitores visando o exercício da autoridade de ambos os pais sobre os filhos, tendo em vista o bem dos menores, configurando uma autoridade temporária exercida até a emancipação ou maioridade. Tanto o pai quanto a mãe exercem o poder familiar, indiferentemente de com quem esteja o filho. Caso não haja reconhecimento paterno, todo o encargo relativo a tal poder recai sobre a genitora; se ela não for capaz de ter o filho sob seus cuidados, será nomeado um tutor ao menor.

Ainda sobre o tema em estudo, segundo Mello (2023, p. 436) "O poder familiar é o instituto jurídico que concede aos pais não só a função de criar, prover e educar seus filhos, bem como a administração de seus bens, se houver." Nesse sentido, o poder familiar diz

respeito à autoridade que os genitores exercem sobre os filhos, isso até que atinjam a maioridade ou ocorra caso de emancipação, mas sempre objetivando o melhor interesse dos filhos (MELLO, 2023, p. 436).

Incumbe destacar, que o pleno exercício do poder familiar, conforme estabelece o artigo 1.634 do Código Civil, é exercido por ambos os genitores, independente da situação conjugal. Dessa forma, conforme a doutrina de Rezende (2020, p. 42) sobre o exercício do poder familiar:

> A igualdade entre os membros de uma família é praticamente a mesma, prevalecendo o diálogo nas relações entre pais e filhos, e não mais atos ditatoriais. Os direitos e deveres dos familiares estão em proporção equilibrada, e os filhos continuam sujeitos ao poder familiar enquanto forem menores de idade, visando seu bem.

Assim, Luíza Franco Rezende em seus ensinamentos, destaca os deveres e as obrigações que acompanham o exercício do poder familiar que compete igualmente a ambos os genitores, da seguinte forma:

> O poder familiar é uma obrigação dos pais para com seus filhos. Consiste basicamente em fazer com que os genitores criem e eduquem seus filhos a fim de lhes proporcionar a possibilidade de um desenvolvimento saudável, em que prevaleça a proteção dos menores, devendo prolongar-se até a maioridade. Essa função é controlada pelo poder público. Se for constatada a existência de qualquer situação fora das determinações legais do exercício do poder familiar previstas nas leis, o Estado pode suspender ou retirar tal poder dos genitores (REZENDE, 2020, p. 51).

Dessa forma, compete destacar que é garantia da criança e do adolescente 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. Assim, incumbe aos genitores, em primazia, assegurar-lhes tais condições, sendo vedada qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF/88, art. 227, *caput*).

Diante disso, uma vez acentuado que o poder familiar compete a ambos os genitores e que essa obrigação não se exaure pelo divórcio, altera-se, porém, as suas atribuições dos pais em relação aos filhos; a guarda, que será exercida por um ou ambos os pais. Pode-se entender que a guarda é o dever dos pais, ou não, de prestar auxílio e o bem-estar do infante, como dito, seja de forma conjunta, seja de forma unilateral.

Para a autora Larissa Ribeiro Tomazoni (2020, p. 57):

> Sobre o poder familiar o Código Civil dispõe que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores e durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Nesse contexto, observa-se que independentemente de os genitores estarem casados, o dever surge em benefício do menor, ou seja, a luz do melhor interesse do infante. Surge precisar que sendo a guarda o dever de ambos os pais, e o questionamento se essa regra será aplicada de forma irrestrita ou se, haverá exceção à regra. Para Ana Maria Milano Silva (2008):

> [...] numa separação, quem pede a guarda não pede o poder familiar, mas seu exercício efetivo, na prática, é do genitor guardião. O do outro, embora repita-se, conserve todas as faculdades que decorem o poder familiar [...].

Para Maria Berenice Dias (2007) a guarda nada mais é do que o "ato ou afeto de guarda, vigilância, cuidado, guardamento". Logo, pode-se entender em um sentido amplo que a guarda não está atrelada unicamente ao vínculo parental, mas está estritamente ligada à vinculação do infante ou a sua subordinação à vontade de um dos genitores ou de ambos. Em regra, espera-se que a guarda seja exercida entre os pais, contudo, a realidade fática que denota os tratos sociais, dificilmente será possível o compartilhamento desta guarda de forma ampla.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 354) a guarda abrange uma série de cuidados, do qual “pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família”. Nessa pegada a guarda não está apenas atrelada aos cuidados, mas também ao dever de alimentar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 4º), a respeito do tema, estabelece que “é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público” garantir com irrestrita prioridade a efetivação dos direitos e garantias que assegurem o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente por conta da condição peculiar de ser menor, incapaz e um ser humano em construção, o qual necessita de assistência como pessoa em desenvolvimento.

Desse modo, conforme a doutrina de Larissa Ribeiro Tomazoni (2020, p. 13) "O princípio da convivência familiar é dirigido a todos os membros da família, ao Estado e à sociedade, e é ainda o substrato da família socioafetiva”.

Para Mello (2021, p.104), o Estado tem a obrigação jurídica de garantir por meio de leis e por outros meios os direitos fundamentais essenciais para o pleno desenvolvimento da

criança e ao adolescente. Nesse sentido, qualquer que seja o objeto da lide envolvendo um menor, compete ao Estado zelar por seus interesses em primazia, já que, trata-se de um ser humano em desenvolvimento, sem condições de se autoproteger, portanto é obrigação do Estado zelar por seus interesses, em qualquer circunstância.

Acerca dos deveres legais dos genitores ensina Mário Luiz Ramidoff (2022, p. 45):

> O sustento, a guarda e a educação dos filhos infantes e adolescentes são atribuições estabelecidas aos pais ou responsável legal, pois constituem deveres legais; e, não diversamente, deveres jurídicos decorrentes de solidariedade social.

Diante do que foi exposto, destaca-se o princípio do melhor interesse da criança que é um conceito fundamental na proteção dos direitos das crianças e do adolescente. Esse princípio estabelece que, em todas as medidas relacionadas às crianças, sejam adotadas decisões que sopesem primordialmente o bem-estar e o desenvolvimento saudável, da criança e do adolescente. Esse princípio é aplicado em diversas áreas no direito de família como, na adoção, na guarda, na proteção contra abusos e negligência, entre outras situações que envolvem menor.

Vale ressaltar, que o princípio do melhor interesse da criança é aplicado de forma individualizada, considerando as especificidades de cada criança e levando em conta o contexto social, cultural e familiar em que ela está inserida. Também é importante destacar que a sua aplicação deve ser realizada de acordo com os demais princípios e direitos estabelecidos na Constituição e nas demais legislações voltadas à proteção da infância e da adolescência.

Do mesmo modo, se pai ou mãe no exercício do poder familiar, abusar de sua autoridade ou existindo indícios suficientes que configurem uma situação de risco para o infante, compete ao Poder Público atuar visando ao melhor interesse da criança e a garantia dos direitos fundamentais. Em situações como esta, se evidenciada situação de risco, poderá acarretar em suspensão ou extinção do poder familiar.

A perda do poder familiar, também conhecida como destituição ou suspensão do poder familiar, acontece quando os genitores ou responsáveis legais perdem a autoridade e o direito de exercerem os deveres e responsabilidade em relação à criança ou adolescente. Essa é uma medida extrema que é adotada quando se averigua que a manutenção do poder familiar é lesiva ao desenvolvimento saudável e a segurança da criança, portanto, essa medida busca garantir a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, protegendo-a de situações de negligência, abuso ou abandono.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 155), instituto de proteção ao menor, também estabelece procedimento da perda ou a suspensão do poder familiar, na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações dos genitores para com os filhos menores.

Sobre esse tema ensina Mário Luiz Ramidoff (2022, p. 208):

> Aos genitores e ao responsável legalmente constituído é possível a aplicação de medidas legais – em algumas hipóteses, pelo Conselho Tutelar, e, em outras, pelo juiz de direito – em razão de comportamentos não condizente com o poder familiar e, até mesmo, por respectivas faltas, omissões ou abusos.

Neste sentido, continua o mesmo autor acrescentando que:

> As faltas, as omissões e os abusos dos genitores ou do responsável legal devem ser gravíssimos para tornar incompatível o exercício do poder familiar com os interesses indisponíveis, os direitos individuais e as garantias fundamentais da criança ou do adolescente. (RAMIDOFF, 2012, p. 210).

Flávio Tartuce (2015, p. 254), em nada discordando do entendimento acima, assevera que:

> De acordo com o teor do enunciado doutrinário, qualquer pessoa que detenha a guarda do menor, seja ela pai, mãe, avó, parente consanguíneo ou socioafetivo, poderá perdê-la ao não dar tratamento conveniente ao incapaz. O enunciado, com razão, estende a toda e qualquer pessoa os deveres da guarda de acordo com o maior interesse da criança e do adolescente. Tal premissa doutrinária deve ser plenamente mantida com a emergência da Lei 13.058/2014.

Importante dar destaque aos ensinamentos de Cleyson de Moraes Mello (2023, p. 90) ao afirmar que: "o princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento jurídico adorna o direito das famílias com suas cores". Desse modo, a questão relacionada ao abandono afetivo ou material por qualquer um dos genitores da criança ou adolescente, caracteriza lesão à dignidade humana e dá ensejo a uma ação de responsabilidade civil, por abandono de incapaz (MELLO, 2023, p. 90).

Diante disso, é importante acrescentar que nos casos de suspensão ou da destituição do poder familiar somente é possível, por decisão judicial devidamente fundamentada, sendo assegurada a ampla defesa e o contraditório para a parte, no decorrer do devido processo legal, direitos garantidos expressamente pela Constituição Federal de 1988.

3. DA GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral é usualmente conhecida como guarda exclusiva, que representa uma modalidade de guarda em que a responsabilidade principal sobre a criança ou adolescente é atribuída a apenas um dos genitores ou responsável legal, enquanto o outro tem direito a visitas e convivência.

Essa modalidade de guarda está prevista no artigo 1.583 do Código Civil, o qual determina que "a guarda será unilateral ou compartilhada". A guarda unilateral é verificada quando um dos genitores é considerado mais apto a exercer a guarda exclusiva, levando em conta o princípio do melhor interesse da criança.

Nos ensinamentos de Mário Luiz Ramidoff (2022, p. 208):

> O poder familiar deverá ser exercido com responsabilidade e cuidados diferenciados, tendo-se em conta a condição humana peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente, os quais deverão ser criados, educados e assistidos sob condição de proteção especial e integral.

Nesse sentido, é relevante a observação feita por Rezende (2020, p. 42):

> Diferentemente do poder familiar, a guarda pressupõe o contato direto entre guardião e guardado, sendo um instituto eminentemente fático. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de apenas dois tipos de guarda: unilateral ou compartilhada. Contudo, percebe-se certa confusão, e por vezes equiparação entre termos "compartilhada" e "alternada".

De tal modo, visando garantir as condições que melhor possibilitarão o desenvolvimento pleno, saudável e estável da criança e do adolescente, não apenas sob o aspecto material, mas também afetivo e social, é que algumas características devem ser ponderadas, como as condições emocionais e psicológicas dos genitores, o ambiente familiar que melhor favorecerá o desenvolvimento, criação e cuidado da criança e do adolescente, no modelo de guarda unilateral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) preceitua no artigo 3º a proteção integral à criança e ao adolescente quando estabelece:

> 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 esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O princípio do melhor interesse da criança leva em consideração os direitos fundamentais da criança, sua segurança, sua saúde física e mental, sua educação, sua cultura,

sua identidade, sua liberdade e seu direito de convivência familiar. Esse princípio orienta os responsáveis, as instituições e o Poder Público a tomar decisões e adotar medidas que promovam o bem-estar da criança de forma integral, garantindo sua proteção e desenvolvimento adequado.

Cleyson de Moraes Mello (2023, p. 91), esclarece que:

> A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, reconhecem ser a criança titular do direito ao amor. Ainda que o pai/mãe não nutre nenhum sentimento de amor perante o filho, aquele é devedor de afeto e cuidado (é o princípio da paternidade responsável e o dever de assistência que falam mais alto).

O princípio da paternidade responsável é um dos pilares do direito de família e se relaciona diretamente com a obrigação dos genitores na manutenção e criação dos filhos. Segundo esse princípio, os pais devem assumir a responsabilidade de criar, educar e prover o sustento de seus filhos, independentemente do estado civil ou da convivência familiar entre os genitores.

Na modalidade de guarda unilateral, não significa necessariamente, que o genitor que não detém a guarda perde os direitos e deveres em relação ao menor, uma vez que, ele ainda mantém o direito de visita, convivência e de participação na vida do filho. Entretanto, compete ao genitor que detém a guarda unilateral a responsabilidade principal em relação às decisões de cuidado e proteção na vida da criança, como moradia, saúde, educação, lazer e segurança, ou seja, é o guardião que toma para si a responsabilidade na criação e desenvolvimento do menor.

Em relação à guarda unilateral, Rezende (2020, p. 43), aponta:

> A guarda unilateral é exclusiva, atribuída a apenas um dos pais ou a alguém que os substitua. É o responsável que deterá o poder de decisão sobre os principais aspectos da vida da criança enquanto menor de idade ou não emancipada. (...) Ao genitor não guardião caberá o direito de visitação ao(s) filho(s), bem como a obrigação de supervisionar seus interesses. Essa modalidade de guarda é atribuída às mães, mas gradativamente está sendo discutida e modificada.

Para determinar a guarda unilateral, o juiz considera uma série de fatores, tais como a capacidade dos genitores exercerem a guarda, a relação da criança com cada um deles, a disponibilidade de tempo, o grau de cooperação entre os pais, entre outros elementos relevantes para o bem-estar da criança. O objetivo principal é garantir que a decisão tomada esteja de acordo com o interesse, segurança, proteção, cuidados e bem-estar da criança ou adolescente que se trata de ser humano em desenvolvimento.

Ocorre que, na atualidade a separação de um casal nem sempre é de maneira amigável, visto que geralmente existem dissabores que acompanham a dissolução de um vínculo conjugal. Com isso, grande parte das discussões do ex-casal alcança os filhos menores, que são a parte hipossuficiente dessa relação, que necessita de ser protegida, no entanto, fica exposta às intrigas e desavenças dos genitores.

Desta forma, em situações como esta, o modelo de guarda compartilhada acaba por se tornar ineficaz, uma vez que não existe um clima apropriado e harmonioso de convivência entre os genitores, já que existe uma necessidade de amadurecimento entre os genitores para que entendam que a prioridade é o bem-estar da criança. Consequentemente, para que isso ocorra, é inegável que necessita existir um bom convívio, muita tolerância e diálogo entre os genitores, em benefício da relação com os filhos.

É importante ressaltar que a guarda unilateral não é a única forma de guarda existente. Nos casos em que os pais têm uma boa relação e demonstram capacidade de compartilhar as responsabilidades parentais, a guarda compartilhada pode ser considerada uma opção mais adequada, visando garantir a participação ativa e igualitária de ambos os genitores na vida da criança.

4. DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é uma espécie de guarda em que ambos os genitores têm a responsabilidade e o direito de tomar decisões em relação à criança, mesmo que ela resida predominantemente com apenas um deles. Essa modalidade de guarda busca garantir a participação solidária e equilibrada de ambos os pais na vida e na educação dos filhos.

A guarda compartilhada foi adentrada no ordenamento jurídico pela Lei 13.058/2014, que alterou o Código Civil. O artigo 1.584 do Código Civil estabelece que a guarda compartilhada é a regra a ser observada, sendo considerada a mais adequada aos interesses dos filhos.

Em seus ensinamentos, Rezende (2020, p. 43) esclarece que a legislação da guarda compartilhada gera ao Poder Judiciário que estabeleçam o compartilhamento obrigatório dos filhos menores aos pais, pois a guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico. Dessa forma, os pais têm o direito a visitas e convivência contínua com os filhos, que por sua vez têm o direito de convívio com ambos os genitores. Esse acordo acaba por ser positivo e benéfico para os filhos, desde que os genitores possam manter uma convivência saudável e respeitosa.

Na guarda compartilhada, os pais devem buscar a cooperação mútua na tomada de decisões importantes, como em situações relacionadas à saúde, educação e bem-estar da criança. Essa modalidade visa a garantir a ininterrupção da relação dos filhos com ambos os genitores, proporcionando um ambiente saudável e tranquilo para o desenvolvimento da criança.

Tendo em vista que a guarda compartilhada trata de uma modalidade que trará vantagens na criação dos filhos, como profere a doutrina de Rezende (2020, p. 43):

> A guarda compartilhada significa corresponsabilidades e maturidade emocional na criação dos filhos; é preciso que haja cooperação de um ex-casal para o sucesso dessa modalidade de custódia, o que depende de ambos e não pode ser algo exigido, mas apenas esperado. Em casos em que os pais não têm uma convivência amigável, acredita-se que a guarda unilateral é a opção mais benéfica à criança.

Seguindo esse mesmo entendimento Mello (2023, P. 438), acentua que:

> Na guarda compartilhada (artigo 1.583), o filho mantém a relação familiar com o ex-casal, da mesma forma como era realizada na convivência conjugal. Os direitos e deveres são recíprocos entre os responsáveis, bem como a manutenção dos laços afetivos e amorosos com a criança. As escolhas em relação à vida dos filhos são realizadas de forma conjunta entre os responsáveis, especialmente, quanto à educação, lazer, saúde, alimentação, etc. Nesta espécie de guarda o filho é beneficiado, eis que receberá com a comunhão de esforços e responsabilidades entre os pais, a partir de escolhas conjuntas, estimulando, pois, o diálogo em benefício do filho, ainda que não ocorra uma relação harmônica entre o antigo casal.

Ao incluir as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e, de tal modo, possuidores de direitos fundamentais, necessita-se irromper com a visão da doutrina da situação desigual até então dominante para a doutrina da proteção integral. (BRANCO, *et al.,* 2020, p.106). No mesmo sentido:

> É preciso compreender que essa nova concepção amplia nossa responsabilidade como cidadãos, família e Estados, principalmente com relação aos direitos como pessoa em condição peculiar em desenvolvimento, não tendo capacidade plena, por si só, de exercer seus direitos. (BRANCO, *et al.,* 2020, p.106).

A concepção da busca pela proteção integral da criança, em questão de guarda e convivência com os genitores, tem como intenção priorizar as necessidades da criança e do adolescente em todos os aspectos. A partir dessa conduta busca-se garantir o respeito à sua dignidade, que como um direito constitucional, deve ser inviolável e protegida, nesse sentido:

> [...] digno, significa ser merecedor, não porque tenha agido corretamente, mas como um direito fundamental, por se tratar de um ser humano. No caso da criança e do

> adolescente, a condição é de desenvolvimento humano e, para que esse desenvolvimento aconteça de forma correta e saudável, é preciso que eles tenham seus direitos como pessoa humana garantidos e mantidos pelas legislações, não como normas apenas, mas como políticas efetivamente implementadas e de acesso garantido. (BRANCO, *et al.,* 2020, p. 107).

A guarda compartilhada é uma forma de garantir à criança ou adolescente a convivência familiar, atribuindo a ambos os genitores a obrigação de assegurar o desenvolvimento como pessoa, desta forma garantido a sua dignidade. Como assevera Rosa *et al*. (2018, p. 17):

> À criança e ao adolescente é garantido, em sua integralidade, o reconhecimento dessa condição e qualidade de dignidade, não podendo ser considerados de maneira inferiorizada em relação a outras pessoas, gozando em sua integralidade de todos os direitos e de toda a proteção como garantia de sua condição humana.

Por consequência da condição especial do menor, por se tratar de indivíduo em formação, o entendimento de aplicar as leis sempre visando ao melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, essas serão as diretrizes a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais ou responsáveis. (ROSA, *et al.,* p.12)

A guarda compartilhada pode ser estabelecida de diferentes maneiras, de acordo com as necessidades e particularidades de cada caso. Os pais podem acordar sobre a divisão de responsabilidades e períodos de convivência, ou o juiz pode determinar os termos da guarda compartilhada com base no princípio do melhor interesse da criança. Como afirma o autor Branco, *et al.* (2020, p. 107): "Com isso, busca-se assegurar o convívio familiar, seja na família natural, seja na família extensa da criança e do adolescente, visando um desenvolvimento saudável e harmonioso". Nesse sentido:

> [...] vale dizer, superando um entendimento de atuação apenas naqueles casos em que a criança ou o adolescente se encontra em situação irregular, por força do princípio da proteção integral, é dever da família, da sociedade e do Estado adotar medidas proativas de maneira a garantir o pleno desenvolvimento da infância e da juventude, antes mesmo do surgimento de qualquer situação de risco ou irregular. (ROSA *et al.*, 2018, p. 18).

É importante destacar que a guarda compartilhada não significa necessariamente uma divisão exata de tempo igualitário entre os genitores. A divisão de tempo pode variar de acordo com as circunstâncias e a disponibilidade dos genitores, sempre levando em consideração o bem-estar da criança. Entretanto, a disponibilidade dos genitores e a divisão de tempo e tarefas e cuidados com a criança dependerá da cumplicidade e amizade entre os

genitores que precisam ter um bom diálogo e relacionamento saudável, visando o melhor interesse da criança.

Contudo, quando ex-cônjuges não conseguem ter uma comunicação construtiva e cooperativa, é mais desafiador alcançar um acordo em relação à guarda compartilhada, já que o diálogo é essencial para discutir e tomar decisões conjuntas em relação a questões importantes, como saúde, educação e bem-estar da criança. Além disso, a hostilidade e os conflitos frequentes podem afetar negativamente o ambiente emocional em que a criança está inserida, causando estresse, ansiedade, sentimento de revolta e até mesmo agressividade, entre outras emoções que certamente afetarão as relações sociais e educacionais da criança e do adolescente.

A relação conflituosa entre ex-cônjuges pode ser um fator complicador quando se trata da implementação da guarda compartilhada. A guarda compartilhada pressupõe a cooperação e a comunicação mútua e saudável entre os genitores, já que ambos devem participar ativamente na tomada de decisões em relação à criação dos filhos. No entanto, quando há conflitos intensos entre os pais, isso pode dificultar a efetivação da modalidade de guarda compartilhada.

Manuel Maria Antunes de Melo (2016, p. 332) esclarece que: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação.”

Do mesmo modo, existindo conflitos entre os genitores na aplicação da guarda compartilhada, se faz necessário:

> [...] disponibilizar programas e/ou benefícios socioassistenciais, estabelecido pelas políticas públicas, fundamentados nesse princípio, tendo em vista ser a família considerada a base fundamental para o desenvolvimento e a formação de crianças e adolescentes. (BRANCO, *et al.,* 2020, p. 108).

Assim, quando as partes solicitarem, o juiz determinará a suspensão do processo enquanto os genitores do menor sejam submetidos à mediação extrajudicial ou acompanhamento multidisciplinar, com objetivo de solução do conflito de forma amena (MELO, p. 332).

É importante lembrar que, apesar dos desafios, a guarda compartilhada pode trazer benefícios significativos para o desenvolvimento da criança e do adolescente, desde que seja implementada de forma saudável e responsável. É fundamental que os pais coloquem de lado suas diferenças pessoais e priorizem o bem-estar e os direitos da criança, buscando formas de

superar os conflitos e trabalhar em prol do melhor interesse dos filhos, a fim de proporcionar o pleno desenvolvimento, sempre levando em apreço as melhores garantias materiais e éticas.

A guarda compartilhada visa a proporcionar uma convivência harmoniosa e saudável para a criança com ambos os genitores, estimulando a cooperação e a participação ativa de ambos na vida dos filhos. Essa modalidade de guarda reconhece a importância da figura paterna e materna na formação da criança, promovendo a igualdade de direitos e responsabilidade entre os genitores.

5. CONCLUSÃO

Nos dias atuais não se discute que a guarda deve ser exercida pelos pais de forma compartilhada pois, foi-se o tempo em que tão somente a mulher tinha direito de preferência. Depois de grandes debates e avanço cultural que forçou a legislação a se adaptar, pode-se considerar, sem sombra de dúvidas, que a guarda dos filhos deve ser atribuída àquele que reúne, de fato, os melhores elementos subjetivos e objetivos para proporcionar um crescimento saudável e digno à prole. Nesse contexto, a legislação vigente traz como regra que a guarda será exercida pelos pais de forma compartilhada. Ao analisar um contexto geral, parece ser o mais prudente que os pais exerçam, sem subordinação o exercício pelo da guarda de forma conjunta, ou seja, a guarda compartilhada. Ocorre que nem sempre a dissolução conjugal ou a relação dos pais são harmoniosas. Nesse exemplo é comum que se ocorra a alienação parental.

Em outro cenário deve ser avaliada quanto à logística de uma guarda compartilhada, uma vez que o filho não terá uma referência de casa, passando a viver em dois lares, dividindo totalmente a atenção e as obrigações atribuídas por ambos os genitores. Nesse contexto, não parece razoável que o filho cresça em ambientes distintos, salvo se de fato os pais são bons amigos e estão dispostos a criarem juntos, como se casados fossem, mesmo que estejam em casas separadas.

A crítica atual está, infelizmente, no despreparo de alguns magistrados que querem aplicar a regra, nua e crua, a todo e qualquer procedimento que envolva a guarda dos filhos. Malgrado, nota-se que termos de acordos ou decisões judiciais que atribuem a guarda unilateral a um dos pais, mas a nomenclatura do termos está como a regra, qual seja a guarda compartilhada. Da leitura rápida pode até parecer que não há efeito prático quanto à nomenclatura do termo, mas se a guarda é compartilhada é de concluir que ambos podem, sem restrição, praticar todos os atos no exercício pleno dos direitos e obrigações da vida do filho. Se, por exemplo, fica estipulado que apenas a genitora poderá buscar o filho na escola e

que o genitor terá tão somente o direito a visitas no final de semana, esse não é, e jamais poderá ser considerado guarda compartilhada, trata de guarda unilateral, pois limita o exercício de um dos pais. É evidente que os desdobramentos são vastos, no exemplo da escola, estando de posse o genitor do termo de guarda compartilhada, é evidente que a direção da escola interpretará que ele pode e deve retirar o filho, sem qualquer restrição.

Da detida leitura da legislação vigente e da análise de decisões judiciais, pode-se interpretar que a guarda compartilhada tem sido atribuída de forma equivocada. Não se discute que os pais devem exercer a guarda de forma livre e com igualdade, mas o bem jurídico tutelado, ou seja, o bem-estar do menor e por isso fica em detrimento da vontade dos pais. Em função dessas considerações, a guarda compartilhada somente deverá ser atribuída quando os pais são amigos incontestáveis e exercem uma relação de proximidade e intimidade, ainda que separados. Caso contrário, havendo qualquer restrição do exercício do direito por um dos pais, ainda que pequena, rompe-se a possibilidade da guarda compartilhada. Nesse contexto a guarda é, e será a unilateral, com a regulamentação de visitas ao outro, o que será mais eficaz e benéfico na relação parental.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: jul.http://gg.gg/15gu6x. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e adolescente -ECA). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRANCO, Amelia Aparecida Lopes Vieira. EMÍLIO, Gustavo Fernandes. SANTOS, Nilza Pinheiro dos. **Políticas sociais de atenção à criança, ao adolescente e à mulher**. [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2020.

DIAS, Maria Berenice *et al* (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Código Civil Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Processo. 2023.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil** - famílias. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora processo, 2023.

MELO, Manuel Maria Antunes de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. Leme/SP: CL EDIJUR. 2016.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente** [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2022.

REZENDE, Luíza Franco. **A psicologia jurídica e proteção das crianças e dos adolescentes**. Curitiba: Contentus, 2020.

ROSA, Emanuel Motta da. NEVES, Gustavo Bregalda. LOYOLA, Kheyder [livro eletrônico]. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8.069/1990. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2018.
ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 329.
SILVA, Ana Maria Milan. **A Lei sobre Guarda compartilhada**. 2.ed. São Paulo: JH-MINUZO, 2008.
TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 10.ed. São Paulo: Método, 2015.
TOMAZONI, Larissa Ribeiro. **Direito e Família** [recurso eletrônico]. Curitiba: Contentus, 2020.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.