

FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

LUANA MARES

A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

SÃO MATEUS/ES

2013

LUANA MARES

A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito
da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Samuel Davi
Garcia Mendonça.**

SÃO MATEUS/ES

2013

LUANA MARES

A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

PROF. SAMUEL DAVI GARCIA MENDONÇA

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

ORIENTADOR

PROF. VALQUÍRIA GAGNO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF. SILVIA HELENA GARCIA MENDONÇA

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Dedico o presente trabalho a minha família, razão da minha existência.

A Deus, por toda a misericórdia e amor conosco.

***In memoriam*, a Dr. Deodato Vital dos Anjos, um Juiz de escol, que com sua enorme generosidade, amor ao próximo, foi um grande incentivador para que eu pudesse seguir em busca desse sonho. Minha gratidão será eterna!**

Agradeço a meu orientador pela paciência e grande ensinamentos.

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.”

Cora Coralina

RESUMO

Esta dissertação teve como objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada e sua aplicabilidade no Direito brasileiro, examinando, para esse fim, a disciplina jurídica da autoridade parental e da guarda de filhos no ordenamento jurídico nacional. Foi feita, então, uma reconstrução do tratamento legislativo conferido pelo Brasil ao longo dos anos sobre a autoridade parental e a guarda de filhos, bem como um estudo voltado às várias modalidades de guarda de filhos que são defendidas pela doutrina nacional. Além disso, buscou-se aprofundar a análise sobre a guarda compartilhada, voltando-se para a análise da jurisprudência e das propostas de lei apresentadas e em trâmite no Congresso Nacional. Em um último capítulo, foram apresentadas as conclusões sobre a questão da guarda compartilhada e sobre o fato desta não representar nenhuma inovação no Direito nacional, já que as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, ao manter a titularidade e exercício do poder familiar com os pais mesmo após o divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, fazem com que a guarda conjunta já exista no Brasil. Palavras-chave: Guarda compartilhada; guarda de filhos; autoridade parental.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the institution of custody and its applicability in Brazilian law, examining, for this purpose, the legal discipline of parental authority and custody of children in national law. It was then made a reconstruction of the legislative treatment given by Brazil over the years about parental authority and custody of children, as well as a study aimed at various types of child custody that are advocated by the national doctrine. In addition, we sought to deepen the analysis of shared custody, turning to the analysis of jurisprudence and law proposals submitted and pending in Congress. In a final chapter, the findings were presented on the issue of custody and the fact that this does not represent any innovation in national law, since the peculiarities of the Brazilian legal system, while maintaining the ownership and exercise of the same family with parents after divorce, legal separation or dissolution of stable, make joint custody already exists in Brazil.

Keywords: Guard shared, child custody, parental authority.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PODER FAMILIAR.....	13
2.1 Evolução histórica, conceito e características.....	13
2.2 Titularidade e conteúdo.....	18
2.3 Suspensão, destituição e extinção do poder familiar.....	24
3. GUARDA DOS FILHOS	28
3.1 Definição e evolução histórica.....	28
3.2 A guarda na concepção do Código Civil de 2002.....	33
3.3 Modalidades de guarda.....	39
4. A GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	42
4.1 O princípio do melhor interesse como fundamento da guarda compartilhada	49
4.2 A aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos de dissolução consensual e litigiosa da sociedade conjugal	50
4.4 Pressupostos e vantagens da concessão da guarda compartilhada	52
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 - INTRODUÇÃO

A família é parte importantíssima no desenvolvimento da criança e do adolescente. A permanência destes num ambiente familiar sadio e equilibrado, com o envolvimento constante dos pais nas decisões concernentes ao menor propiciam seu melhor desenvolvimento.

Como será demonstrada, a relação dos pais no que tange as tomadas de decisões referentes aos seus filhos sofreu grandes alterações durante o percurso do tempo até chegar aos padrões atuais.

Tais transformações vieram de modo a favorecer os filhos durante o seu processo de formação moral, concedendo-lhes maiores mecanismos para seu desenvolvimento sadio.

Com a Constituição Federal de 1988, a relação entre os pais no tocante ao poder familiar foi igualada, sendo função de ambos o exercício do poder familiar sobre os filhos, cabendo aquele que encontrar-se inconformado procurar seus direitos junto à justiça.

Em plena consonância com a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 manteve tal isonomia entre os genitores, estipulando ainda as diversas modalidades de guarda quando ocorrer a separação dos pais.

Não obstante, com as alterações procedidas pela Lei nº. 11.698 de 2008, foi criada a modalidade de guarda compartilhada, na qual compete a ambos os pais o exercício da guarda do menor, mesmo quando estes não mais convivem em regime conjugal.

Assim, o problema do presente trabalho gira em torno dos efeitos da escolha da guarda compartilhada pelos pais ou pelo juiz, visando-se avaliar se sua escolha é benéfica ou não para o desenvolvimento do menor, bem como como se apresenta modalidade de guarda no direito brasileiro.

Tendo em vista a relevância do referido instituto, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise do sistema da guarda compartilhada, sendo imprescindível sua observação sob a ótica do exercício do poder familiar e sobre as perspectiva do sistema de guarda vigente no Código Civil de 2002.

Mais especificamente, este trabalho tem o intuito de analisar as vantagens que podem ser trazidas ao menor pela adoção da referida modalidade de guarda,

bem como analisar minuciosamente seus pressupostos para concessão, em consonância com a atual aplicação prática pelos operadores do Direito.

Na busca pelo mencionado objetivo, foi utilizado o método Dedutivo, pois este consubstancia-se num recurso metodológico em que a racionalização de ideias em sentido interpretativo vale mais que a experimentação de caso por caso. Referido método parte de premissas gerais para chegar a casos particulares.¹

Assim, primeiramente será abordado o poder familiar, para que posteriormente se analise a guarda no Código Civil de 2002, para finalmente proceder-se ao estudo acerca da guarda na sua modalidade conjunta.

Importante ressaltar que para a realização do trabalho em tela foi adotado o método de documentação indireta, recolhendo informações preliminares sobre o assunto a ser discutido.² Adotou-se, também, o método de pesquisa bibliográfica, direcionando o estudo a partir das inúmeras bibliografias já publicadas sobre o tema em estudo, como livros, artigos e aulas ministradas.³

No primeiro capítulo, fala-se sobre o poder familiar, realizando-se um breve esboço histórico, analisando-se seu conceito e suas características, vislumbrando, ainda, seu titular e o seu conteúdo, para, por fim, abordar-se as hipóteses de suspensão, extinção e perda do poder familiar.

Já no segundo capítulo, passa-se ao estudo da guarda, abordando seu conceito e realizando um breve esboço histórico, antes de adentrar-se no estudo da sua aplicação no Código Civil de 2002, assim como na análise de suas modalidades.

O terceiro e último capítulo é reservado ao estudo da guarda em sua modalidade compartilhada, abordando-se seu conceito, sua aplicação no direito comparado, bem como a sua aplicação nos casos de separação consensual e judicial. Ao final do terceiro capítulo analisa-se os pressupostos para a concessão da estudada modalidade de guarda, bem como as vantagens trazidas por esse novo sistema.

Desse modo, justifica-se a realização deste trabalho haja vista a importância do poder familiar para o desenvolvimento do menor e a necessidade de aprofundar o

¹ BARROS, Aidil Jesus da Silveira Barros; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de metodologia científica**. 3ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 77.

² LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 62.

³ *Ibid.*, p. 71.

debate sobre a nova modalidade de guarda trazida pela Lei n. 11.698 de 2008, de modo a esclarecer para sociedade suas hipóteses de aplicação e os benefícios que tal modalidade de guarda veio a trazer tanto para os genitores quanto para os filhos.

Ressalta-se que o presente trabalho será realizado visando englobar didaticamente as matérias aqui tratadas, isto é, sendo feita sempre no decorrer do texto remissão a assuntos anteriormente tratados.

Para iniciar os estudos, primeiramente será abordado o poder familiar, estudando-se seu conceito, breve contexto histórico, titularidade, conteúdo e suas hipóteses de suspensão, extinção e perda.

2 - PODER FAMILIAR

O presente tópico tem por objetivo abordar o poder familiar como um todo, analisando primeiramente sua evolução histórica, conceito e características para, posteriormente, serem estudados os aspectos relacionados à sua titularidade e conteúdo de modo que sejam esclarecidos, por fim, as hipóteses de suspensão, destituição e extinção do poder familiar.

Necessário se faz a realização de tal estudo propedêutico ante a necessidade de pleno conhecimento do tema para o melhor entendimento no desenvolver do trabalho, uma vez que as matérias são intimamente interligadas.

2.1 Evolução histórica, conceito e características

Antes de adentrar no tema propriamente dito, cumpre tecer alguns comentários sobre a evolução histórica, conceito e características do poder familiar, de modo a servir de suporte para o desenvolvimento do presente trabalho.

Alicerçada no princípio da autoridade, a estrutura autocrática de família no direito antigo veio a constituir a noção de pátrio poder em termos bastante severos, com significativa influência religiosa, ao passo que o chefe da família – *pater* – era ao mesmo tempo o sacerdote do culto doméstico. O mesmo ocorria na Grécia, apesar de ser admitida pelos monumentos históricos a possibilidade de deslocamento da autoridade do pai pela senectude ao filho.⁴

Em Roma, o *pater famílias* também era o condutor da religião doméstica, cabendo-lhe ainda conduzir todo o grupo familiar, que podia ser bastante numeroso, com vários agregados e escravos. Eis a razão do excesso de rigor.⁵

A partir da influência religiosa e da indispensável autoridade do *pater famílias*, lhe foi concedido o direito de vida e morte sobre o filho e demais membros do seu clã (*ius vitae et necis*), muito embora não haja qualquer notícia histórica sobre a ocorrência de tal fato.⁶

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.417.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 286

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit. p. 287.

Politicamente, o filho gozava de relativa autonomia, pois como cidadão era reclamado pelo Estado para o exercício de funções públicas, dentre as quais cita-se a participação em comícios.⁷

No entanto, no que concerne aos direitos civis, o pai detinha poder absoluto sobre o filho, devendo este durar para sempre, extinguindo-se apenas pela morte ou *caítis deminutio* (diminuição da autoridade do pai) do *pater*, elevação do filho a certas dignidades maiores e pela emancipação voluntária.⁸

No tempo do imperador cristão Constantino foi aprovada à venda de filho recém-nascido, motivada pela extrema pobreza dos pais, sendo feita uma ressalva a possibilidade de restituição dele à antiga condição, por iniciativa do pai ou do próprio filho, mediante a oferta do preço que valesse.⁹

Além do mais, em Roma o filho não detinha quaisquer direitos patrimoniais e, portanto, tudo que ganhasse era de propriedade de seu pai. Sob a influência do estoicismo e do cristianismo houve o abrandamento dessa concepção rigorosa do pátrio poder, não sendo tal influência, porém, exclusiva e muito menos definitiva, ao passo que antes do cristianismo o rigor do pátrio poder já havia esmaecido.¹⁰

Com o referido abrandamento do rigor do pátrio poder, percebe-se no campo patrimonial, a partir de Augusto e possivelmente Julio Cesar, que restou permitido ao filho a titularidade do pecúlio castrense, isto é, a propriedade dos bens que adquirisse na vida militar, passando, assim, a ser o senhor de bens que não se confundem com o patrimônio de seu pai.¹¹

Com a codificação Justinianéia do Século VI, a instituição do pátrio poder severo ainda foi mantida, mas, no entanto, não sendo mais admitido o *ius vitae et necis* (direito de vida e morte) do pai sobre o filho.¹²

Saindo do Direito Romano e adentrando no Direito germânico, percebe-se que nesse o poder paterno não foi tão severo quanto naquele. Apesar de ainda persistir a faculdade de expor e vender o filho, é notória sua contribuição para a evolução do instituto.¹³

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 417.

⁸ Ibid., p. 417.

⁹ Ibid., p. 418.

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 354.

¹¹ Ibid., p. 354.

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit. p. 287.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 419.

Fala-se isso, em virtude de que as relações dele oriundas eram dúplices, gerando o dever de o pai e a mãe criarem e educarem o filho, cessando a autoridade paterna com a capacidade do filho.¹⁴

Já no Direito das Ordenações restou predominante a sistemática vigente em Roma, com o poder de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição e administrar seu patrimônio sendo conferido exclusivamente ao pai. Aqui, a maioria não significava a emancipação do filho, que somente se libertava da sujeição paterna quando cessasse o pátrio poder pelas formas então previstas.¹⁵

Tecidos os comentários pertinentes sobre a evolução do poder familiar mundo afora, cabe agora analisar sua evolução no âmbito nacional, ou seja, estudar a evolução do tema no cenário brasileiro.

De início, cumpre mencionar a Resolução de 31 de outubro de 1831, que veio a fixar a idade de 21 anos para o termo da menoridade e aquisição da capacidade civil. Quase sessenta anos depois veio o Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, que concedeu a viúva o pátrio poder sobre os filhos do casal extinto. No entanto, a concessão do pátrio poder era cessada caso a viúva viesse a contrair novas núpcias.¹⁶

No Código Civil de 1916, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, a função de exercer o pátrio poder sobre os filhos menores, e somente na sua falta ou impedimento tal incumbência passava ser atribuída à mulher, nos casos em que ela exercia a chefia da sociedade conjugal.¹⁷

De acordo com o Decreto – Lei nº. 5.513 de janeiro de 1943, o filho natural ficava sob o poder do pai ou da mãe que o reconhecesse. Caso ambos o fizessem, ficaria sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse diversamente, observando o interesse do menor.¹⁸

Com o advento da Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da mulher casada) houve a emancipação da mulher casada e o reconhecimento da igualdade dos cônjuges, modificando, assim, o art. 380 do Código Civil de 1916.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 419.

¹⁵ Ibid., p. 419.

¹⁶ Ibid., p. 419.

¹⁷ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: o novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 283.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 419.

Com a referida modificação, o pátrio poder passou a ser exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um desses, cabia ao outro exercê-lo com exclusividade.

No entanto, caso divergissem os progenitores com relação ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a decisão do pai, sendo ressalvado a mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

Com o Projeto do Código Civil de 1965 foi dado um passo ainda maior na matéria, ao ser estabelecido que o pátrio poder seja exercido em comum pelos pais do menor.¹⁹

A Constituição Federal de 1988 manteve o preconizado pela Lei nº. 4.121 de 1962, havendo somente uma modificação no que diz respeito à divergência entre os cônjuges, onde não mais prevalecia a vontade paterna, devendo aquele que estiver inconformado recorrer à Justiça, pois o exercício do pátrio poder passou a ser de ambos os cônjuges, de forma igualitária, nos termos do art. 21 da Lei nº. 8068 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁰

Ainda nessa linha de entendimento, o novo Código Civil preconiza, em seu art. 1.631, que durante o casamento e a união estável, o poder familiar compete aos pais e apenas na falta ou impedimento de um deles é que o outro o exercerá com exclusividade.²¹

Silvio Rodrigues critica fortemente o novo Código Civil pela designação do instituto como poder familiar:

O novo Código optou por designar esse instituto como *poder familiar*, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao pai (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, antes de poder, como visto, representa uma obrigação do pais, e não da família, como sugere o nome proposto.²²

Não obstante a crítica supracitada, deve ser ressaltada a tendência moderna que vem se consolidando no direito brasileiro acerca do pátrio poder. Referido

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 420.

²⁰ WALD, Arnoldo. Op. Cit. p. 284.

²¹ Ibid., p. 284.

²² RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 355.

instituto vem sendo reconhecido pelo seu caráter eminentemente protetivo, em que são atribuídos vários deveres ao seu titular.²³

Mencionado instituto transcende a órbita do direito privado, ingressando no âmbito do direito público, ao passo que é de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas são as matérias-primas do futuro da sociedade.²⁴

Assim, nota-se que o pátrio poder consubstancia-se nesse *múnus* (encargo) público imposto pelo Estado, aos pais, com o fito de que estes zelem pelo futuro de sua prole. Eis a razão de se discutir a inadequação do nome pátrio poder, sugerindo-se outros, como poder de proteção ou mesmo pátrio dever.²⁵

Nesse sentido cumpre transcrever os ensinamentos de Ana Carolina Silveira Akel:

Na verdade, a alteração teve como fundamento o fato de que a expressão pátrio poder denota, imediatamente, a idéia da prevalência da figura paterna sobre os filhos, o que não é verdade, uma vez que a designação pátrio, há muito tempo, se dissociou do elemento masculino da paternidade.²⁶

Uma vez tecidos os comentários históricos necessários, já se reúne bagagem necessária para o estudo dos conceitos existentes sobre o instituto do pátrio poder, também devendo ser lido como poder familiar. Primeiramente, cabe citar Maria Helena Diniz:

O Poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.²⁷

Silvio Rodrigues apresenta sua definição: “[...] o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.²⁸

Por sua vez, Waldyr Grisard Filho o conceitua do seguinte modo:

²³ Ibid., p. 355.

²⁴ Ibid., p. 355.

²⁵ RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 355.

²⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 514.

²⁸ RODRIGUES, Silvio. Op. Cit. p. 356.

É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.²⁹

A partir dos trechos supracitados, percebe-se que não há polêmica alguma acerca da conceituação de poder familiar. Uma vez apresentados seus conceitos, cabe agora analisar seus caracteres.

Inicialmente, como já dito, o primeiro caractere do poder familiar é que esse se constitui um *múnus* (encargo) *público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho.

Apresenta-se como irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele e inalienável (indisponível), haja vista que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso. A única exceção prevista era a delegação do poder familiar, desejada pelos pais ou responsáveis, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor, devendo ser reduzida a termo, em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, dele constando advertência sobre os direitos e deveres decorrentes do instituto, nos termos do art. 21 e 23 do Código de Menores.

É também imprescritível, ao passo que o direito do genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos previstos em lei, que serão estudados mais adiante. Estudado instituto é ainda incompatível com a tutela, uma vez que não se pode nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Por fim, conserva a natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, vez que os genitores detêm o poder de mando e a prole, por sua vez, possui o dever de obediência.[33]

Devidamente realizado o breve esboço histórico sobre o pátrio poder, assim como expostos sua conceituação e seus caracteres, cabe agora passar ao estudo acerca da sua titularidade e do seu conteúdo.

2.2 Titularidade e conteúdo

²⁹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.35-36.

Como já observado, a titularidade do poder familiar sofreu algumas alterações ao longo do tempo até chegar às delineações atuais. Por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente através do seu art. 21, restou estipulado que aos pais cabe a tarefa de exercer o pátrio poder de forma igualitária.

Pontua-se que é princípio constitucional, plasmado no art. 229 da Constituição Federal de 1988, o dever genérico imposto aos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, e em contrapartida o dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

Há de ser ressaltado que o poder familiar existe independentemente do vínculo entre os pais, derivando do reconhecimento dos filhos por seus genitores, não importando a origem do seu nascimento. Nesse sentido, cabe transcrever os ensinamentos do Professor Silvio de Salvo Venosa:

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável.³⁰

Dito isso, cumpre analisar a quem caberá o exercício do poder familiar em determinadas circunstâncias especiais, tais como separação judicial, divórcio, morte e etc.

Deve ser ressaltado, que todos os filhos, enquanto forem menores de idade, estão submetidos ao poder familiar, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não faz qualquer distinção entre os filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos.

Em caso de morte de um dos pais do menor, o poder familiar passa em sua plenitude ao progenitor sobrevivente. No que concerne ao divórcio, como já mencionado, não há qualquer modificação com relação aos direitos e deveres dos pais para com os filhos, não importando eventual novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos qualquer restrição a esses direitos e deveres, nos termos do art. 1.579 do Código Civil de 2002.

O mesmo ocorre com relação à separação judicial, ou a dissolução da união estável, uma vez que não modificam as relações entre pais e filhos, salvo as relações de guarda destes, que será convencionada pelas partes na separação por

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit. p. 289.

mútuo convencimento e dissolução amigável da união estável ou determinada pelo juiz, tratando-se de separação judicial litigiosa ou ação de guarda.

As questões relativas à guarda dos filhos nos procedimentos de divórcio ou separação judicial serão discutidas em momento oportuno, num capítulo especialmente dedicado a matéria.

Com relação aos filhos havidos fora do casamento, destaca-se que este ficará sob o poder do genitor que o reconheceu. Caso ambos venham a reconhecê-lo, ambos serão titulares, mas a guarda ficará com aquele que revelar melhores condições para exercê-la.

Feitos os comentários necessários acerca dos titulares do poder familiar, cumpre agora analisar o conteúdo desse poder, abordando e esmiuçando suas principais características.

No art. 1.634 do Código Civil pode-se extrair uma noção preliminar acerca dos deveres dos progenitores para com seus filhos menores, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O inciso primeiro é tido como o mais importante de todos, pois não é tarefa dos pais só garantir o sustento de seus filhos, mas como também zelar pela sua formação, com o fito de torná-los úteis a si, para sua família e para sua sociedade.³¹

Referido inciso pode ser visto como um corolário do art. 227 da Constituição Federal, que coloca dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente o direito à educação e a cultura.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 373.

Além do mais, a Carta Magna também proclama o seguinte teor em seu art. 205, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Uma vez caracterizada a imperiosidade da educação do menor, o Código Penal, em seu art. 240, configura como crime de “abandono intelectual” na hipótese de os pais deixarem, sem justa causa, de prover a instrução primária do filho em idade escolar.

O inciso II consubstancia-se num complemento indispensável do dever de criação e educação do menor. Refere-se a um direito que os pais detêm de reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, de modo a reger seu comportamento em relações a terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência em determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses do menor.

Quanto ao inciso III, pressupõe-se que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus próprios pais. Assim, o consentimento deverá ser específico, para o casamento com determinada pessoa, não bastando que seja efetuado em termos gerais, sendo exigida a anuência de ambos os cônjuges ou do representante legal.

De pouca utilidade prática é o inciso IV, que refere-se à faculdade dos pais de nomear tutor aos seus filhos, objetivando o cuidado com a prole, face a morte do progenitor.

No que concerne ao inciso V, a representação dos filhos ocorre somente até que estes venham completar 16 anos. Após essa idade, os menores passarão a ser apenas assistidos pelos seus pais, nos termos do art. 1.690 do Código Civil de 2002.

Com relação ao inciso VI, os pais do menor poderão reclamá-los por meio da ação de busca e apreensão, para exercer seu direito e dever de ter seus filhos em sua companhia e guarda.

Por fim, pode-se extrair da dicção do inciso VII que os menores deverão não só respeitar e obedecer aos seus pais, mas como também prestar-lhes serviços compatíveis com sua situação, participando inclusive da manutenção da família, preparando-se para os embates da vida.

Para que se alcance a obediência almejada, é facultado aos pais castigar seus filhos fisicamente, desde que o façam com moderação, uma vez que a aplicação de castigos imoderados caracteriza o crime de maus-tratos, causa de perda do poder familiar, que será estudado mais adiante.

Visando proteger o menor, a Consolidação das Leis Trabalhistas proíbe o seu trabalho fora do lar até os 16 anos (CLT, art. 403), salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (Constituição Federal, art. 7º, XXXIII) e veda-lhe o trabalho noturno até os 18 anos (CLT, art. 404).

Uma vez tecidos os comentários pertinentes sobre o papel dos pais na condução da vida dos filhos, cabe agora estudar seu papel com relação à administração dos bens do filho menor.

Nos termos do art. 1.689 do Código Civil, o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar são usufrutuários dos bens dos filhos (inciso I) e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Assim, os pais são os administradores legais dos bens dos filhos menores, não podendo, contudo, efetuar atos que não sejam os de administração (pagamento de impostos, defender judicialmente, receber juros ou rendas e etc.) e não perfazem direito a qualquer remuneração em virtude dos atos praticados.

Conforme preconiza o art. 1.691 do Código Civil, para que possam alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores, os pais necessitam obter autorização judicial, mediante demonstração da necessidade, ou evidente interesse da prole.

Uma vez expedido o Alvará, a venda poderá ser feita a quem melhor pagar, não devendo o preço ser inferior ao da avaliação, não se exigindo a oferta em hasta pública para tanto.

Caso a venda seja efetuada sem autorização judicial, essa padecerá de nulidade relativa, ao passo que só poderá ser alegada pelo próprio filho, seus herdeiros ou seu representante legal, nos termos do parágrafo único do art. 1.691 do Código Civil.

Caso os interesses do progenitor venham a colidir com o do filho menor, este deverá ser representado ou assistido por curador especial, a requerimento do filho ou do Ministério Público, também como aplicação dos princípios gerais sobre conflitos entre representantes e representados, conforme preconiza o art. 1.692 do Código Civil vigente.

No que concerne ao usufruto, os pais o detêm com relação às rendas oriundas dos bens do filho menor sem prestar contas e muito menos caução, podendo consumi-las sem qualquer óbice legal, uma vez que a lei autoriza-os a fazê-lo como compensação dos encargos decorrentes com a criação e educação do filho, embora possam, eventualmente, ser compelidos a prestar contas dos rendimentos dos bens sujeitos ao seu usufruto.

No entanto, existem alguns bens que não estão sujeitos ao usufruto e muito menos a administração dos pais, a saber:

Código Civil

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício da atividade profissional e os bens como tais recursos adquiridos;

III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão;

O inciso I refere-se à hipótese daqueles bens que já se encontravam no patrimônio do menor quando este foi reconhecido, voluntária ou judicialmente, por um dos pais.

Com relação ao inciso II não cumpre tecer demais comentários, ao passo que a lei é bastante clara. Quaisquer comentários que por ventura fossem realizados acabariam por se tornar tautológicos.

Quanto ao inciso III, o doador ou testador pode incluir cláusula vedando à administração ou usufruto dos bens a determinada pessoa. Caso não seja nomeado administrador, caberá ao juiz fazê-lo, na hipótese de ambos os pais terem sido vetados para o cargo.

Por fim, o inciso IV trata da sanção imposta ao herdeiro pela indignidade com relação ao seu pai. Os filhos do excluído o sucedem como se fosse pré-morto, não se podendo imaginar a eficácia de tal sanção caso o indigno pudesse administrar ou ter o usufruto dos bens havidos por seu filho, decorrentes de uma sucessão de que foi excluído.

Feitas as colocações acerca da titularidade e do conteúdo do poder familiar, cabe agora proceder um estudo pormenorizado acerca das suas causas de extinção e suspensão.

2.3 Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar

Primeiramente, convém ser ressaltado que o presente tópico tratará dos temas propostos de acordo com seu nível de gravidade, isto é, levando-se em conta a severidade das penas impostas aos pais. Sendo assim, inicialmente serão abordadas as causas de suspensão do poder familiar, para posteriormente analisar as suas causas de destituição.

Por ser o poder familiar um *múnus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que autorizam o juiz a privar o genitor, ou genitores, de seu exercício temporariamente ou definitivamente.

Tanto a suspensão como a destituição do poder familiar constituem-se sanções aplicadas aos pais pela infração genérica do poder parental de acordo com o direito positivo vigente. No entanto, tais sanções possuem menor cunho punitivo aos pais, visando preservar os interesses dos filhos, afastando-os da convivência e influência nociva daqueles.

Caracterizando-se por ser uma medida menos severa do que a destituição ou perda[60], as causas de suspensão do poder familiar encontram-se preconizadas no art. 1.637 do Código Civil, *in verbis*:

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

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

Assim, pode-se perceber que são duas as hipóteses de suspensão do poder familiar: quando o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes, ou arruinando os bens dos filhos; e quando o pai ou mãe forem

condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Com relação à primeira hipótese de suspensão, os deveres inerentes aos pais não são apenas aqueles que se encontram dispostos no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 7º a 24, e na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 227.

Quanto à segunda possibilidade, a suspensão do poder familiar em virtude de condenação criminal do seu titular por sentença irrecorrível, não se faz necessário que o atentado contra o bem físico ou moral do filho seja permanente ou contínuo, bastando apenas uma ocorrência para se constituir perigo ao menor.

Podendo recair apenas no filho vitimado e não a toda prole, bem como abranger somente algumas das prerrogativas do poder familiar, a suspensão caracteriza-se por ser temporária e facultativa, ao passo que o juiz pode deixar de aplicá-la caso o pai ou a mãe venham a se comprometer a internar o filho em algum estabelecimento de educação ou garantir que ele será bem tratado.

Para finalizar os comentários acerca da suspensão, pode-se dizer que esta pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, referendo-se, exemplificando, apenas à administração dos bens ou à proibição de o genitor ou genitores terem o filho em sua companhia. Uma vez suspenso o poder familiar com relação a um dos pais, concentra-se o exercício no outro e caso esse não possa exercê-lo, ou tiver falecido, nomeia-se um tutor ao menor.

Superadas as hipóteses de suspensão do poder familiar, passa-se ao estudo da forma mais agravada de penalidade impostas aos pais pelo descumprimento de determinadas regras com relação aos seus filhos: a destituição ou perda do poder familiar.

As hipóteses de destituição ou perda do poder familiar encontram-se plasmadas no art. 1.638 do Código Civil, a saber:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I – castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente;

Com relação ao inciso I, cumpre mencionar que a infringência ao dever só resta caracterizada quando o castigo se revelar deveras excessivo, o que possibilita, portanto, que os pais venham a castigar fisicamente os seus filhos, com o propósito de emendá-lo, desde que sejam moderados.

No que concerne ao inciso II, o abandono não se refere apenas ao ato de deixar o filho sem assistência material, mas abrange também a completa supressão do apoio intelectual e psicológico.

Apresenta-se como corolário desse inciso o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe, nos seus artigos 22 a 24, sobre a perda do poder familiar pela infração ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Quanto ao inciso III, ressalta-se que este visa evitar que o exemplo dos pais venha a contaminar a formação moral de sua prole. Por fim, com relação ao último inciso, inovação frente à legislação revogada, este representa uma medida que visa evitar a repetição das falhas dos pais capazes de ensejar a suspensão do exercício do *múnus*.

Ao contrário da suspensão, a perda ou destituição do poder familiar não é temporária e muito menos facultativa, caracterizando-se, assim, por ser imperativa. Desse modo, uma vez configurada as hipóteses de destituição do poder familiar, reconhecida a incapacidade do titular para o seu exercício, este será destituído do cargo, somente retornando caso reste cuidadosamente comprovado que as causas que ensejaram a destituição tenham sido cessadas.

Além do mais, há de ser salientado que as hipóteses de destituição do poder familiar não se encontram previstas só no Código Civil, ao passo que o Código Penal também prevê a perda do poder familiar como efeito da condenação, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra o filho, nos termos do art. 92, II.

Ainda nesse sentido, a Consolidação das Leis Trabalhistas prescreve, no seu art. 437, parágrafo único, a destituição do poder familiar como sanção aplicável aos pais que permitirem o trabalho dos seus filhos em locais nocivos à sua saúde ou o exercício de atividades atentatórias à sua moral.

O procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar deverá ser iniciado por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, devendo o processo ser de competência da Justiça da Infância e da Juventude,

sendo facultado ao juiz a determinação para realização de estudo social ou de perícia por equipe interprofissional, assim como a oitiva de testemunhas.

Finalizadas as considerações concernentes a perda ou destituição do poder familiar, passa-se ao estudo das causas de sua extinção, que se encontram previstas no art. 1.635 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Com relação ao inciso I, deve ser ressaltado que a morte de um dos pais não põe termo ao poder familiar, que continua sob a titularidade do genitor sobrevivente, somente cessando quando ambos os genitores falecerem, o que acarreta a colocação dos filhos menores não emancipados sob tutela.

A emancipação do filho (inciso II) nada mais é do que a atribuição completa de sua capacidade de direito, enquanto a maioridade (inciso III), reflete a forma normal de extinção do poder familiar.

No que concerne a adoção (inciso IV), esta, em regra, não põe fim ao poder familiar, haja vista que o menor apenas sai da esfera de ingerência dos pais naturais, para transferir-se para o poder dos pais adotivos.

Por fim, a decisão judicial (inciso V) é aquela que vem a concluir pela incompatibilidade dos genitores para o exercício do poder familiar em virtude dos fatos graves ali narrados.

Devidamente expostas as questões concernentes ao poder familiar, justifica-se agora o estudo do instituto da guarda, abordando seus principais aspectos de modo a propiciar a criação de uma estrutura coerente para o melhor desenvolvimento do presente trabalho.

3 - GUARDA DOS FILHOS

Com a base adquirida do capítulo anterior, torna-se possível discorrer sobre a guarda dos filhos, questão de extrema importância no que se refere ao exercício do poder familiar.

Para melhor entendimento, inicialmente será exposto sua conceituação e realizado um breve esboço histórico sobre sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será estudado como o Código Civil de 2002 trata da matéria para, por fim, esmiuçar os tipos de guarda existente.

3.1 Definição e evolução histórica

Antes de se começar a estudar qualquer matéria, torna-se indispensável proceder uma análise detalhada do seu conceito e das características dispostas pelos principais doutrinadores sobre o tema.

Com o divórcio, havendo prole comum, inevitavelmente discute-se acerca da guarda dos filhos menores, uma vez que a ruptura da sociedade conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida em conjunto pelo pai e pela mãe.

Família monoparental nada mais é do que uma família quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças.

Dito isso, cabe agora analisar o conceito de guarda trazido por Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

Guarda nos traz a idéia de proteger, manter seguro, entre seus sinônimos encontra-se vigilância, cuidado, defesa e criação. Portanto, através da guarda, compete aos pais vigiar, defender, cuidar, proteger e dirigir a vida de seus filhos.³²

Seguindo a mesma linha, assevera Maria Helena Diniz:

A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, sob pena de incorrer no art. 249, dando ao seu

³² QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a lei nº. 11.698/08**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, regularizando assim a posse de fato.³³

Assim, o poder guarda refere-se aos deveres concedidos aos pais ou outra pessoa que se encontrem investidos nessa tarefa de prestar assistência material e moral ao menor, de modo a garantir-lhe o seu pleno desenvolvimento.

Além disso, visa-se assegurar com a guarda não só a educação e formação moral do menor, mas também um clima harmônico, capaz de manter a união da família, independentemente da separação ou do divórcio.

A separação judicial, ou antigo desquite, vem a dissolver a sociedade conjugal sem desfazer o vínculo. Ou seja, os desquitados ou separados judicialmente prosseguem com o vínculo, embora a sociedade conjugal tenha sido dissolvida.

Referido vínculo só será dissolvido por meio do divórcio ou do falecimento de um dos cônjuges, que poderá ser requerido após previa separação judicial por mais de um ano, ou comprovada à separação de fato por mais de dois anos, nos termos do art. 1.580 do Código Civil vigente.

Outra modalidade de divórcio, a qual também se aplica a separação consensual, é por meio de Escritura Pública, possibilidade introduzida pela Lei nº. 11.441 de 2007, sendo necessários os seguintes requisitos: a) inexistência de filhos menores ou incapazes do casal; b) a escritura pública lavrada por tabelião de notas; c) a observância do prazo de um ano da celebração do casamento para a separação, ou do prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio; e) assistência de advogado.

Na referida escritura deve constar a livre decisão do casal acerca do valor e do modo de pagamento dos alimentos que um dos cônjuges irá pagar ao outro, ou a sua dispensa, a descrição e a partilha dos bens comuns e se o cônjuge que tiver adotado o sobrenome do outro irá mantê-lo ou não.

Havendo discordância em qualquer um desses pontos, o tabelião não poderá lavrar a escritura. Para finalizar as considerações acerca do divórcio e separação consensual por meio de escritura pública, há de ser frisado que não há necessidade de alusão aos bens particulares de cada cônjuge, de acordo com o regime de bens adotado, mas sua explicitação não prejudicará a escritura.

³³ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 577.

Feito o parêntese necessário para expor breves características acerca da separação judicial e do divórcio, convém dispor que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069\90) é norma específica e reguladora da proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em relação às crianças e aos adolescentes.

Referido Estatuto dispõe, em seu art. 33, sobre a finalidade da guarda, qual seja, a educação e formação moral do menor, dentre outras medidas visando assegurar a necessidade de prestação de medidas ao menor, *in verbis*:

Art. 33. A guarda obriga à 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.

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

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

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

Também caracterizada a necessidade de garantir ao menor meios materiais e morais para garantir seu desenvolvimento, o aludido dispositivo legal do Estatuto da Criança e do Adolescente menciona ainda acerca da tutela e da adoção.

A tutela caracteriza-se como um instituto assistencial consistente em um complexo de deveres conferido a certas pessoas idôneas a benefício de determinados menores para proteção pessoal e de seus bens, quando estejam desprovidos do pátrio poder.

Não se pode confundir guarda e tutela, uma vez que o guardião não se investe da mesma autoridade que o tutor. A primeira, mesmo que deferida a terceiros, é compatível com a titularidade e o exercício do pátrio poder pelos genitores, enquanto a tutela não pode coexistir com o pátrio poder, quando menos, a sua suspensão.

No que concerne a adoção, esta pode ser conceituada como o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa estranha a ela.

Considerada como uma ficção jurídica, a adoção cria o parentesco civil entre o adotante e o adotado, gerando laços de paternidade e filiação entre eles, face a sua inexistência natural.

Uma das diferenças do instituto da adoção para guarda encontra-se consubstanciada na possibilidade de modificação, uma vez que a adoção é irrevogável, nos termos do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a guarda é passível de ser modificada, conforme será demonstrado adiante.

Menciona-se, ainda, a vedação ao deferimento de guarda, a qualquer título, a estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, estando a referida violação também prevista no art. 51, §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que veda a saída do adotando do território nacional antes de consumada a adoção.

Devidamente exposto o conceito de guarda, passa-se a análise do seu histórico legal no direito brasileiro, isto é, verificar como as legislações anteriores ao Código Civil vigente tratavam do tema.

O Decreto nº. 181 de 1890 foi o primeiro a tratar do destino dos filhos, ao dispor em seu art, 90, que a sentença do divórcio determinará a entrega dos filhos ao cônjuge inocente e fixará a cota com o que o culpado deverá concorrer para educação deles.

A partir do aludido Decreto, pode-se perceber que a preocupação com a educação dos filhos menores permeavam as legislações pátrias desde a primeira legislação que veio a tratar dos destinos dos menores.

Não obstante, o Código Civil de 1916, ao dispor sobre a dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, veio a distinguir as hipóteses de dissolução amigável e judicial, determinando que, na primeira, os cônjuges viessem a acordar sobre a guarda dos filhos e na última devia ser observado a culpa do cônjuge ou de ambos, o sexo e a idade dos filhos.

Funcionava da seguinte maneira: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficaram os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues a guarda do pai; d) por fim, havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda.

Em seguida, o Decreto-Lei nº. 3.200 de 1941 veio a disciplinar sobre a guarda do filho natural, determinando que este ficasse com o progenitor reconhecente e, fosse ambos, sob o poder do pai, salvo cognição diversa por parte do juiz.

Posteriormente, a Lei nº. 4.121 de 1962 veio a alterar o desquite litigioso, mas conservando as disposições do desquite amigável no que concerne a guarda dos filhos menores.

Desse modo, a referida lei veio a alterar o esquema plasmado no Código Civil de 1916 com relação a guarda dos filhos menores. Com a modificação, a questão da guarda dos filhos passou a ser tratada da seguinte maneira: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade, salvo disposição contrária do juiz; c) Caso o juiz verifique que os filhos não deveriam ficar sob a guarda dos pais, a lei o autorizava a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-lhes o direito de visita.[97]

No caso da guarda dos filhos não ser entregue a nenhum dos pais, mas sim a pessoa idônea da família do cônjuge inocente, o Decreto-Lei nº. 9.701 de 1946 veio a garantir o direito de visitas aos filhos ao outro cônjuge.

Modificando o art. 16 do Decreto-Lei nº. 3.200 de 1941, a Lei nº. 5.582 de 1970 acrescentou-lhe parágrafos, determinando que, a partir de então, o filho natural reconhecido por ambos os genitores ficasse sob o poder agora da mãe, salvo se de tal solução adviesse prejuízo ao menor. Apesar da modificação, referida lei manteve a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

Esse quadro só foi modificado com a Lei nº. 6515 de 1977, que instituiu o divórcio no Brasil e regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, revogando as disposições atinentes do Código Civil de 1916, conservando, de modo geral, o sistema vigente, realizando certas adaptações.

Desse modo, com o advento da aludida lei, a questão da guarda dos filhos menores restou assentada do seguinte modo: a) na dissolução conjugal, devia ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos; b) nas dissoluções judiciais, o destino dos filhos deverá obedecer a certas peculiaridades: b.1) os filhos ficarão com o cônjuge que a separação não deu causa; b.2) os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estava durante a separação da vida em

comum; b.3) os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Assim, percebe-se que a questão da guarda dos filhos estava diretamente relacionada ao comportamento dos cônjuges durante o casamento, pois, como regra, ao inocente se resguardava esse direito, embora fosse permitido dispor de modo contrário em determinadas circunstâncias especiais, em prol da prole.

No caso de separação judicial em que ambos os cônjuges deram causa, os filhos, independentemente de sexo e idade, ficariam sob a responsabilidade da mãe, permanecendo, assim, o disposto pela Lei nº. 4.121 de 1962.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 não veio a dispor de modo direto sobre a guarda, mas preconiza em sua topografia o dever da família, da sociedade e do Estado de garantir as crianças e aos adolescentes os direitos plasmados no seu art. 227, *in verbis*:

Art. 227. 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.

Nota-se, portanto, que a Carta Magna vigente protege com extrema abrangência os direitos das crianças e adolescentes, estendendo a necessidade de assegurá-los não só a sua família, mas como também a sociedade e ao próprio Estado.

Finalizadas as considerações sobre o histórico do instituto da guarda na legislação brasileira, passa-se ao estudo da atual situação do mencionado instituto, de modo a analisá-lo de acordo com o Código Civil de 2002.

3.2 A guarda na concepção do Código Civil de 2002

Inicialmente, cumpre dispor que o novo Código Civil fez alterações substanciais na concepção anterior de guarda, uma vez que conservou o espírito do sistema até então vigente, visando a preservação do interesse do menor.

Entretanto, referido Código veio a por fim a perda da guarda do filho pela culpa do cônjuge na separação e o da prevalência materna na sua fixação no caso

de culpa recíproca, devendo ser observado o princípio da prevalência dos interesses dos filhos.

Um dos dispositivos que pode exemplificar melhor essa nova concepção trazida pelo Código Civil é o seu art. 1.584, que dispõe:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com disposto na lei específica.

Percebe-se, portanto, o fim da prevalência da mãe em relação ao pai, prevalecendo agora aquele que revelar melhores condições de exercer a guarda do menor.

Sobre o tema ensina Rosana Fachin:

A máxima “no interesse da criança”, preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente à guarda, é princípio informador para que o juiz confira a guarda àquele dos pais que efetivamente tenha melhores condições de realizar, dentro de padrões mínimos, esses interesses.

Conforme mencionado pela autora citada, o princípio do melhor interesse do menor também encontra-se plasmado no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente em seu art. 22, *in verbis*:

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

Ainda nessa linha, torna-se oportuno citar também o Professor Silvio Rodrigues:

Todavia, aqui como alhures, em toda essa questão de guarda de filhos menores, os interesses destes é que devem ser determinantes. Portanto, se quem pleiteia a busca e apreensão do filho demonstra que o ambiente em que ele se encontra é nocivo à sua formação moral ou física, em virtude do gênero de vida que leva o progenitor que o guarda, deve o juiz ordenar a apreensão pedida, tendo em vista, como sempre, o interesse do menor.

Superado o princípio da prevalência do interesse do menor, o princípio da prioridade absoluta também se destaca no tocante a guarda do filho menor. Este

princípio visa assegurar que toda criança tenha o direito de desenvolver-se de maneira adequada, física e psicologicamente.

Revela-se, portanto, como um dos alicerces a necessidade do guardião garantir ao menor todos os recursos necessários, materiais e morais, para seu pleno desenvolvimento.

Não obstante, para a determinação da guarda alguns critérios devem ser observados além do interesse do menor, tais como a idade e o sexo do menor; se os irmãos vão ficar juntos ou separados; a opinião do menor; e, por fim, o comportamento dos pais.

Superada a questão do interesse do menor, deve-se atentar para a sua idade, fator de grande influência na escolha de quem será a guarda, uma vez que esta faz variar suas necessidades. Falasse isso, em vista de que quanto mais novo o menor, maior pode se revelar a necessidade deste necessitar dos auxílios maternos.

Incide também na escolha da guarda a possibilidade de não se separar os irmãos, isto é, dividi-los entre os pais, haja vista que pode enfraquecer a solidariedade entre eles e provoca cisão profunda na família.

Quanto à opinião do menor, alguns aspectos não de serem observados. Primeiramente, há de se observar é que o testemunho do filho tende somente a amenizar o clima de disputa, evitando-se, assim, a manipulação que poderia favorecer o pedido de audição feito por um só dos genitores.

Outro aspecto é que essa opinião do menor nunca deve ser obrigatória, configurando-se apenas como uma prerrogativa do juiz, quando ela se revela necessária e não comporta inconvenientes aos menores. Este tema será tratado com maior profundidade no presente trabalho no momento oportuno.

Por fim, a opinião do menor deve ter a finalidade de mera indagação, por parte do juiz, do ambiente social, moral e afetivo, vivenciado pela criança num determinado lar, sem jamais fazer quaisquer tipos de perguntas que a possam deixar em situação constrangedora e em situação de escolha, tal como: “Com que pai você gostaria de ficar?” .

O último critério a ser adotado para se proceder a escolha de quem ficará com a guarda do menor é a conduta dos pais. Por essa conduta pode-se entender o estudo das condições que os cercam, sejam elas matérias ou morais.

Sobre tal pesquisa a de ser feita sobre as condições dos genitores ensina Eduardo de Oliveira Leite:

O objetivo da pesquisa social é obter o maior número possível de informações sobre a situação material e moral da família, sobre as condições em que vive e são educados os filhos e sobre as medidas que se fazem necessárias tomar no interesses deles.

Deve ser ainda observada a questão da culpa pelo fim do relacionamento, haja vista que o Código Civil impõe uma série de punições ao cônjuge culpado, tais como a impossibilidade de usar o nome de casado, a não ser que haja o consentimento do cônjuge inocente, bem como a percepção dos alimentos de modo mínimo, visando não lhe trazer maiores sofrimentos.

No ponto, convém citar Maria Berenice Dias:

A perquirição da culpa, além de ser de todo impertinente, tem seqüelas perversas. Evidencia que o interesse do legislador é simplesmente a mantença dos sagrados laços do matrimônio, punindo quem dele quer se afastar. O culpado perde a própria identidade, pois o uso do nome depende da benemerência do inocente (art. 1.578). Ainda que não mais seja condenado a morrer de fome[1][1], o responsável pela separação irá receber alimentos tão-só para assegurar a sobrevivência (art. 1.704, parágrafo único). Afora tal, a inocência do cônjuge sobrevivente garante-lhe direitos sucessórios ainda que separado de fato há dois anos (art. 1.830).³⁴

Assim, percebe-se a necessidade de superação da culpa como elemento fundante da separação, de modo a evitar a imposição de penalidades pelo seu comportamento durante a relação.

Tecidas as considerações necessárias acerca dos critérios que devem nortear a escolha daquele que terá direito a guarda do filho menor, passa-se a análise das peculiaridades de cada caso de cisão da guarda.

Fala-se em cisão, uma vez que enquanto os genitores vivem juntos, a guarda dos filhos menores é exercida em igualdade de condições. Com o fim da sociedade conjugal, dá-se a cisão da guarda comum.

Nos casos de separação de fato, a Lei não menciona com quem deverá ficar a guarda do menor. Ambos os genitores conservam os mesmos direitos e deveres com relação aos seus filhos, como ocorre na sociedade conjugal íntegra.

Face ao silêncio da lei, não se vislumbra qualquer ilegalidade caso um dos pais venha a deter o filho em sua posse. Em contraponto, é possível que um dos

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Culpado ou inocente?** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=398&isPopUp=true. Acesso em: 08 de maio de 2009.

pais obtenha contra o outro a guarda do filho, desde que haja motivos graves para tal modificação.

Já na separação judicial amigável e no divórcio consensual, em regra, os pais devem convencionar sobre quem ficará com a guarda dos filhos. Todavia, pode o juiz regular a guarda de forma diversa, levando em conta o melhor interesse do menor, podendo até mesmo se recusar a homologar a convenção caso não esteja realmente convencido de que o acordado preserva suficientemente os interesses do menor.

Nos casos de separação judicial e no divórcio não-consensual, a guarda será deferida da seguinte forma: a) havendo aferição de culpa, em regra, a guarda caberá ao cônjuge inocente, perdendo o outro a guarda dos filhos; b) havendo culpa recíproca, a guarda ficará com a mãe do menor; c) verificando o juiz que ambos os cônjuges não reúnem condições de assumir a guarda do menor, este deferirá a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges; d) havendo ruptura da vida em comum a mais de um ano, a guarda dos filhos ficará com o cônjuge que estava em companhia do menor à época do afastamento; e) em caso de doença mental, que tenha se manifestado após o casamento, perdurando a mais de 05 anos e de cura improvável, os filhos ficarão sob a guarda do cônjuge que estiver em plenas condições de assumir tal encargo.

Em relação à união estável, a lei não dispõe especificamente sobre a quem caberá a guarda nos casos de ruptura da relação, devendo ser aplicado, por analogia, os dispositivos atinentes ao casamento do Código Civil.

Já nos casos de casamento inválido, a questão da guarda segue os mesmos parâmetros adotados para os filhos de um casamento íntegro quando da separação judicial dos cônjuges.

No que concerne aos filhos extra matrimoniais, a questão da guarda fica intimamente relacionada ao reconhecimento por ambos ou só um dos pais, como pressuposto para produção de efeitos jurídicos.

Quando apenas um dos pais o reconhece, logicamente a este caberá a guarda do filho. Caso seja reconhecido por ambos os pais, a guarda caberá aquele que revelar melhores condições de exercê-la, de acordo com o princípio do interesse do menor.

Havendo apenas a separação de corpos, a guarda será atribuída àquele que revelar melhores condições de exercê-la.

Aquele que for nomeado guardião do menor não terá só o dever de fixar-lhe a residência, como também caberá a administração de todos os bens do menor, bem como responder civilmente por atos danosos praticados pelo filho menor.

Não obstante, aquele que não for nomeado guardião do menor também terá direitos, como o direito de visita, devendo este obedecer aos contornos traçados na separação amigável ou por sentença de separação ou mesmo no divórcio.[130]

Terá ainda o direito e o dever de fiscalização da atuação do guardião do menor, isto é, terá o direito de fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro. Referido direito de fiscalização é permanente, só cessando com o fim da necessidade de guarda.

Possuidor de direitos, o não guardião também é detentor de deveres, tais como o dever de alimentos. Referido dever é consequência do disposto no art. 1.568 do Código Civil vigente, *in verbis*:

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Apesar do Código Civil de 2002 não apresentar qualquer conceito sobre o que seria alimentos, entende-se que este refere-se à satisfação das necessidades primárias do menor, quais sejam, alimentação, vestimenta, habitação, instrução e educação, medicamentos e saúde, higiene e lazer.

Há de se destacar que não há qualquer distinção entre o genitor guardião e o genitor não-guardião quanto ao dever de sustento dos filhos, estando o dever de alimentar estritamente vinculado às condições econômicas do obrigado.

Clóvis Beviláqua apresenta as características da obrigação alimentar:

A obrigação alimentar, se cumpre por meio de prestações periódicas de uma certa soma, cuja fixação se determina, judicialmente, segundo os recursos do devedor e as necessidades do credor.³⁵

No caso do dever de alimentos relacionado à guarda, o credor será aquele que for nomeado o guardião do menor, enquanto o devedor será o não guardião, logicamente.

O fato de ter sido nomeado guardião do menor não o exime da obrigação pecuniária referentes à sua manutenção. Os alimentos que porventura sejam pagos

³⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 376.

pelo não guardião têm o condão de auxiliá-lo na busca pela concretização dos seus deveres como guardião.

Sobre a matéria expõe Washington de Barros Monteiro:

Os alimentos objetivam a satisfação de necessidades atuais e futuras e não passadas (*in praeteritum non vivitur* ou *Nemo vivit in praeteritum*). Têm eles finalidade prática, a subsistência da pessoa alimentada.

Solucionadas as questões concernentes a guarda em relação ao Código Civil de 2002, expostos os critérios de determinação do guardião, assim como os direitos e deveres do guardião e do não-guardião, passa-se agora a análise das modalidades de guarda.

3.3 Modalidades de guarda

Existe uma mais variada gama de modalidades de guarda no direito brasileiro. O estudo será iniciado a partir da análise da guarda jurídica e da guarda física.

A guarda jurídica é aquela deferida por Lei como elemento do poder familiar, referindo-se a responsabilidade dos pais de decidir o futuro dos filhos. Em contrapartida, a guarda física é a presença do menor na mesma residência dos pais. Estas não se confundem, haja vista a possibilidade que o detentor tenha a guarda jurídica, mas não detenha a guarda física.

Nesse aspecto, caso a família do guardião venha a deslocar seu domicílio, é natural que o filho menor os acompanhe, uma vez que é de seu interesse a sua convivência como membro desse agrupamento familiar.

Outra modalidade de guarda é a comum, que irá existir na constância do casamento, onde o seu exercício é dividido igualmente entre os genitores, como fator decorrente do poder familiar. Será desmembrada a guarda quando o Estado intervir no poder familiar, outorgando a guarda a quem não o detenha, para a devida proteção do menor. Se caracterizará por ser também uma guarda delegada, pois será exercida em nome do Estado por alguém que não tem a representação legal do menor.

Poderá ainda ser exclusiva ou unilateral. Será exclusiva a guarda quando for atribuída a apenas um dos genitores, em vista deste apresentar melhores condições. Desse modo, os filhos permanecem sob os cuidados de apenas um dos pais.

Guarda originária é aquela que corresponde aos pais em decorrência do poder familiar. Consubstancia-se num direito-dever de plena convivência com o menor, que possibilita o exercício de todas as funções parentais. Será derivada quando a lei indica quem deverá exercer a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial.

Existe ainda a guarda alternada, onde os filhos passam um período sob a guarda do pai e outro sob a guarda da mãe, o que acarreta, necessariamente, na alternância da guarda física, mas visa proporcionar a convivência com ambos os pais.

A guarda de fato caracteriza-se pelo fato da pessoa que tomou a guarda do menor ter o feito sem qualquer amparo legal ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, mas detém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação.

Tem-se também a guarda provisória e a definitiva. A primeira consubstancia-se numa medida provisória, como o próprio nome já sugere, visando apenas sanar uma questão temporária, surgindo normalmente durante os processos de separação ou de divórcio. A partir da sentença, que homologa ou decreta a dissolução da sociedade conjugal, é que a guarda passa a ser definitiva.

Não se pode deixar de mencionar dentre as modalidades de guarda, aquela que é objeto principal do presente trabalho: a guarda compartilhada. Por haver tópico específico que tratará do tema, referida modalidade de guarda não será aqui conceituada.

Há de se destacar a guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários. Verificando o juiz que os pais não reúnem condições de exercer a guarda do menor, este deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida. Este terceiro encontra-se incumbido de todos os deveres do guardião, isto é, deve prestar assistência material, moral e educacional ao menor, tendo o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Destaca-se, ainda, que a criança só será colocada em instituição governamental em último caso, desde que inexista parentes ou estranhos do menor que aceitem o cargo. Já a guarda para fins previdenciários visa assegurar ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito e previdenciários.[145]

Existe ainda a modalidade de aninhamento ou nidação, que ocorre quando os pais se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo.[146]

Expostas as modalidades de guarda, cumpre destacar que a fixação da guarda não se submete à autoridade da coisa julgada, isto é, ela pode ser modificada quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão.

4 - A GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No capítulo anterior foram destacadas todas as modalidades de guarda existentes no direito brasileiro, com exceção de uma: a guarda compartilhada. Esta modalidade de guarda foi apartada das demais por se tratar de uma inovação introduzida no ordenamento jurídico pátrio a partir da edição da Lei n.º 11.698 de 2008, que a disciplina, expondo seu conceito, sua importância e as hipóteses de sua aplicação.

De início cumpre expor o conceito legal de guarda compartilhada, preconizado no art. 1.583, §1º do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, **por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.** (grifou-se)

Não obstante a definição legal, torna-se oportuno citar o conceito trazido por Liane Maria Busnello Thomé:

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda jurídica atribuída a ambos os genitores e busca atenuar o impacto negativo da separação dos pais no relacionamento com seus filhos.³⁶

Percebe-se, assim, que a guarda na modalidade conjunta surgiu ante aos anseios de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento da sociedade conjugal dos genitores.

Antes mesmo da edição da referida lei, Waldyr Grisard Filho já se posicionava de modo favorável ao deferimento da guarda compartilhada, manifestando-se pela possibilidade jurídica do compartilhamento da guarda dos filhos menores depois da ruptura da sociedade conjugal ou da união estável.

³⁶ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.** Publicado no Datadez n.º 37, mar./abr. de 2007. CD-ROM, 2006.

Para ele, estudada modalidade de guarda é um modelo capaz de minorar os efeitos negativos que vivenciam os filhos em vista da situação de conflito entre os genitores.

Citado autor não estava isolado ao defender sua tese, tendo em vista que alguns julgados já concediam a guarda compartilhada antes mesmo da promulgação da Lei nº. 11.698 de 2008, conforme as jurisprudências que seguem:

DTZ4028286 - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA FORMULADO PELA GENITORA. PRETENZA ALTERAÇÃO DA GUARDA DO MENOR PELO GENITOR PARA QUE SEJA DEFERIDA EM SEU FAVOR. INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA PRINCIPAL A DA GENITORA. RECURSO NÃO PROVIDO. Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, devesse atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais.' (Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições. (AI n. 2001.012993-0, de Laguna, Des. Rel. Carlos Prudêncio, DJ de 13-6-2003). (TJSC - AC 2004.015747-9 - 1ª CDCiv. - Rel. Desemb. Carlos Prudêncio - DJ 27.03.2008)

GUARDA DE MENOR. PEDIDO FORMULADO PELO PAI. MENOR COM 5 ANOS DE IDADE, QUE VIVE SOB A GUARDA DE FATO DE UMA TIA. Interdição da mãe do menor, por deficiência mental. Curadoria exercida pela irmã, guardiã de fato do menor. Concessão da guarda do pai não recomendada. Manutenção do menor junto à guardiã e à mãe. Solução que melhor atende, no momento, aos interesses do menor. Ação julgada

procedente. Recurso provido. (TJSP, Apelação Cível 111.249-4, Rel^a. Zélia Maria Antunes Alves, j. 21.02.00).

Percebe-se que antes mesmo da promulgação da aludida lei a jurisprudência brasileira já concediam a guarda compartilhada sob o argumento de que é direito da criança conviver tanto com o pai quanto com a mãe, mesmo que após a separação.

Sendo assim, para garantir essa convivência familiar, a guarda compartilhada apresentava-se como um instrumento mais adequado.

Sobre a modificação ocorrida, assevera Maria Berenice Dias:

Agora houve uma profunda alteração. Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).³⁷

Alterando os artigos 1583 e 1.584 do Código Civil, a aludida lei detém pontos positivos e negativos. Como ponto positivo, pode-se indicar a inserção no Código Civil do conceito de guarda compartilhada, acabando com a confusão que ocorria com a guarda alternada.

Outro ponto que pode ser destacado como positivo é aquele concernente a determinação de que na audiência de conciliação o juiz deverá informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada, os direitos e deveres atribuídos a cada genitor e as respectivas sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Visou-se com isso ampliar o âmbito de atuação da guarda compartilhada e torná-la conhecida da sociedade.

Também se destaca como ponto positivo o fato que com a edição da Lei n^o. 11.698 de 2008, o Código Civil de 2002 passou a regular a proteção dos filhos também no fim da união estável. No seu art. 1.584, I, afirma que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida em ação de dissolução de união estável.

Como já dito, infelizmente não se pode elencar somente os pontos positivos trazidos pela Lei n^o. 11.698 de 2008, tendo em vista que esta ainda necessita de alguns reparos.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit.

Preliminarmente, há de se pontuar as diferenças existentes entre a guarda compartilhada e a guarda alternada. Na primeira não ocorre qualquer disputa envolvendo os pais do menor, haja vista que vive de forma equilibrada, contando com uma presença mais constante dos pais em sua vida.

Diferentemente do que ocorre na guarda conjunta, na guarda alternada o menor não possui residência fixa, leia-se também habitual, pois ora permanece com a mãe, ora com o pai, o que acaba por propiciar inevitável instabilidade emocional a criança.

Na guarda compartilhada, o menor vive constantemente com ambos os genitores, sem haver qualquer ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade.

Percebe-se, assim, que na guarda compartilhada os genitores dividem a responsabilidade legal sobre os filhos, ao mesmo tempo, e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

Desta maneira, o genitor que não for o detentor da guarda física, isto é, que não possui aquela convivência diária com o menor, não fica limitado a supervisionar a educação dos filhos, haja vista que participa diretamente dela, com autoridade para decidir diretamente na sua formação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos dentre outros aspectos que interfiram diretamente na vida cotidiana do menor.

Percebe-se, portanto, que a guarda compartilhada visa reorganizar as relações entre pais e filhos, de modo a diminuir os traumas causados pelo distanciamento.

Eduardo de Oliveira Leite traduz bem as benesses que a guarda compartilhada pode oferecer:

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes, alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução devida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais da expansão sentimental e social a ambos os genitores.³⁸

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit. p. 282.

Além do mais, pode-se extrair da dicção do §2º do art. 1.584 do Código Civil que a guarda compartilhada deverá ser aplicada como regra geral, mesmo não havendo acordo entre os genitores, *in verbis*:

Art. 1.584. (...)

(...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Sobre o tema, ensina Décio Luiz José Rodrigues que:

Além da reunião de todos esses atributos, em havendo divergência entre os genitores a respeito da guarda ser unilateral ou compartilhada, será sempre aplicada, pelo Juiz, a guarda compartilhada, conforme artigo 1.584, parágrafo segundo, do Código Civil. “*id est*”, a guarda compartilhada passa a ser regra geral do tipo de guarda a ser aplicado aos genitores, mas sem embargo de, caso a caso, verificar-se o preenchimento daqueles atributos (o afeto, a saúde e segurança e a educação, sem olvidar do poder de supervisão do outro genitor) pelos genitores ou por um só deles, caso em que a guarda será unilateral.³⁹

Assim, constata-se que a guarda conjunta ganha foros de princípio, de regra, enquanto a guarda unilateral se torna mera exceção, evitada sempre que possível.

Dito isso, aponta-se como ponto negativo o fato de que o referido dispositivo estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada, esquecendo-se da guarda alternada, que pode vir a melhor se adequar a determinadas circunstâncias, como nos casos onde não há um bom relacionamento entre os pais ou estes venham a morar em cidades diferentes.

Nesse ponto, a redação anterior do novo Código Civil parecia ser a mais correta, pois admitia qualquer modalidade de guarda sempre que os pais estivessem de comum acordo.

Outro ponto negativo a ser destacado é o fato da lei atribuir ao juiz possibilidade de fixar a guarda compartilhada sempre que possível, quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos.

Sobre o assunto ensina Maria Berenice Dias:

Mesmo que um dos genitores não aceite a guarda compartilhada, comprovado que ambos têm condições de ter o filho em sua companhia,

³⁹ RODRIGUES, Décio Luiz José. **Guarda Compartilhada**. Leme: Imperium Editora e Distribuidora de Livros, 2009, p. 64-65.

deve o juiz determinar, de ofício, o compartilhamento. A discordância de um dos pais ou eventuais desavenças entre eles não impede sua concessão, cabendo encaminhá-los, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA, 129, III).⁴⁰

Não é vista com “bons olhos” tal determinação, haja vista que um dos pressupostos (que serão demonstrados a seguir) para a aplicação da guarda compartilhada é o acordo entre os genitores no que diz respeito à guarda. Sendo assim, entende Maria Manoela de Albuquerque Quintas que “(...) torna-se difícil imaginar uma situação que se adéqüe ao que a lei estabelece como “sempre que possível”.

Citada autora termina afirmando que não há sustentabilidade prática no preceito legal, já que o elo de comunicação entre os pais é imprescindível e que o correto seria a busca de acordo entre os pais, através da mediação, sempre que possível.

Antes da referida lei não havia qualquer proibição legal para o deferimento da guarda compartilhada. Ocorre que sua aplicação se dava por meio de um arranjo mais apropriado a determinada situação, pois mantinha o exercício em comum do poder familiar após a ruptura.

E apesar da inexistência de restrições legais para a utilização da guarda compartilhada, esta não era usualmente aplicada, haja vista que enfrentava no direito brasileiro o desconhecimento pelo direito brasileiro e, conseqüentemente, a apreensão dos interpretes em aplicá-la.

Utilizada em outros países, a guarda compartilhada é de origem inglesa, criada a pouco mais de 20 anos, e desenvolvida na Europa Continental, primeiramente na França, para atravessar o Atlântico, aparecendo no Canadá e nos Estados Unidos, observando-se ainda sua utilização na Argentina e no Uruguai.

Inicialmente, observava-se na Inglaterra que o genitor era considerado o proprietário do filho. Sendo assim, em caso de conflito, a guarda (*custody*) do menor lhe era necessariamente concedida.

Tal concepção só veio a ser alterada no século XIX, atribuindo-se a mãe a prerrogativa de obter a guarda de sua prole, atenuando-se a prerrogativa exclusiva do pai, por meio do poder discricionário dos Tribunais.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Direito Das Famílias: alguns ganhos.** In: Leis & Letras. Ano III, nº 16. 2009. p. 08 – 09.

Já nos Estados Unidos da América, a guarda compartilhada surgiu com o fim da presunção maternal na atribuição da guarda, a igualdade entre homem e mulher e a busca do melhor interesse da criança.

Neste país, não há uma regra única para definir qual o modelo de guarda a ser adotado, uma vez que existem no país uma gama de possibilidades disponíveis aos genitores para que possam cuidar dos seus filhos após o divórcio.

Presente em 45 Estados norte-americanos, a guarda compartilhada seria presumida em alguns deles. Em certos Estados a presunção ocorria com a concordância dos pais e em outros há a preferência pela sua utilização.

Naqueles Estados onde não há a determinação clara sobre a escolha da guarda compartilhada, resta assegurada a presunção de que a criança deve manter um freqüente e continuado contato com ambos os pais.

Na França, a guarda compartilhada foi assimilada a partir de 1976, com a finalidade de minorar as injustiças que a guarda unilateral provocava. Com início tímido, a jurisprudência francesa buscava atenuar as conseqüências maléficas que o monopólio da autoridade parental nas mãos de um só guardião provocava na vida dos filhos menores.

A insistência da jurisprudência nesse sentido veio a ocasionar a promulgação da Lei nº. 87.570 de 1987, denominada Lei Malhuret, que modificou os textos do Código Civil Frances a respeito do exercício da autoridade parental.

Atualmente prevalece o entendimento de que na constância da união conjugal, o casal compartilha a guarda dos menores. Havendo separação, o exercício da guarda poderá ser atribuído, exclusivamente, a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visitas, ou poderá ser exercido por ambos.

Assim, percebe-se que a guarda compartilhada é tida como regra, e o modelo unilateral é exceção.

Como no local onde o poder discricionário dos juízes provocou descontentamentos de alguns grupos, o Canadá, foi invocada a necessidade do estabelecimento de uma presunção de guarda conjunta, isto é, quando os pais disputam a guarda do filho, o juiz deverá presumir que a guarda conjunta é a melhor solução para a criança.

Neste país existe um projeto (nº. 95), que foi proposto em 1988 com o intuito de emendar o *Children's Law Reform Act*, propondo que na medida que a guarda

seja conjunta, a criança deva passar, sempre que possível, um período na casa de cada um de seus genitores, o que redundaria numa guarda alternada.

Todavia, referido projeto ainda não foi votado e possui grandes chances de não ser acolhido, uma vez que a guarda alternada é prejudicial ao desenvolvimento da criança e porque a existência de tal presunção viria a reduzir o poder discricionário do juiz.

Feitos esses comentários propedêuticos acerca da guarda compartilhada, bem como a análise de sua transformação e utilização em alguns países, passa-se ao estudo da guarda compartilhada de modo mais específico no direito brasileiro, analisando-se primeiramente os princípios do melhor interesse do menor, que alicerça a guarda em sua modalidade conjunta.

4.1 O princípio do melhor interesse como fundamento da guarda compartilhada

Ultrapassadas as etapas introdutórias, torna-se necessário estudar a base fundamental para o deferimento da guarda compartilhada, isto é, seu princípio base, que é o da proteção do melhor interesse do menor.

Referido princípio, já anteriormente estudado, restringe a atuação do juiz, de modo a limitar seus atos a adequar a solução para o caso de modo que proteja integralmente a criança.

Assim, desde que observados os direitos e deveres legais, algumas diretrizes não de serem adotadas para proteger o infante, o que deve ser analisado caso a caso. Primeiramente, faz-se necessário manter o acordado pelos pais, uma vez que para as crianças é mais conveniente viver em harmonia com o que os pais decidiram do que com a imposição legal que eventualmente contrarie a opinião destes.

Há de dizer também que o processo em que se discute a guarda do menor deve correr da forma mais célere possível, face aos prejuízos que a demora pode trazer para os filhos, que esperam ansiosamente pela decisão judicial, já que suas vidas estão sem definição.

Não obstante a celeridade, deve-se tentar no curso do processo a manutenção da situação atual da criança, haja vista os danos que a alteração da guarda lhe acarreta, só se justificando qualquer alteração desde que seja para o seu melhor interesse, obviamente.

Com relação à opinião da criança, a vontade do menor deve ser considerada e acolhida, sendo importante para ponderar seu exato interesse. Sua oitiva não é obrigatória nos casos de guarda compartilhada, somente o sendo por imposição do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina sua oitiva quando da sua colocação em família substituta.

Apesar de não ser obrigatória para os casos de guarda compartilhada, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança permite e aconselha sua oitiva. Já o Código Civil não faz qualquer menção a tal possibilidade.

Faz-se necessária também a análise da capacidade dos pais para que possa a guarda ser deferida, não podendo estes demonstrarem ameaça à vida e à formação física e psíquica do filho. Conforme será demonstrado adiante, a análise da capacidade dos pais é um dos pressupostos para concessão da guarda compartilhada.

Também na estrita observância do melhor interesse do menor, o juiz poderá determinar que uma equipe interprofissional, de assistentes sociais e psicólogos, analisem todos os aspectos necessários para o caso, por meio de pesquisas e estudos sobre o caso.

Os assistentes sociais irão informar as condições de vida, materiais e sociais que os pais irão proporcionar aos filhos. Já os psicólogos irão traçar um perfil das capacidades psíquicas das partes envolvidas, de modo a auxiliar o juiz na sua tomada de decisão.

Expostos os fundamentos básicos que devem ser levados em consideração ao se proferir a decisão acerca da guarda compartilhada, justifica-se agora o estudo da sua aplicabilidade nos casos de dissolução consensual ou litigiosa da sociedade conjugal.

4.2 A aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos de dissolução consensual e litigiosa da sociedade conjugal

Conforme pode-se extrair da dicção do art. 1.584, inciso I[195], do Código Civil de 2002, com sua nova redação proferida pela Lei nº. 11.698 de 2008, sendo judicial ou divórcio direto consensual, é permitido aos pais de comum acordo requerem a guarda unilateral ou compartilhada, *in verbis*:

Como já observado no capítulo anterior, a manutenção do convencionado pelos genitores do menor sempre se apresenta como a solução mais adequada com relação a guarda.

Sobre a importância do acordo ensina Eduardo de Oliveira Leite que:

O acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos é, indiscutivelmente, a solução ideal, embora nem sempre corresponda ao melhor interesse dos filhos, porém, permanece sendo ideal porque evita a imposição de uma decisão judicial, sob todos os aspectos menos desejável, porque alheia ao ambiente familiar.⁴¹

Antes da nova redação do art. 1.584, o Código Civil permitia que os pais convencionassem sobre a guarda dos filhos, podendo requerer qualquer espécie de guarda, a que melhor se adaptasse ao caso em si.

Entretanto, com o advento da Lei nº. 11.698 de 2008, restringiu-se à possibilidade de escolha dos pais pela guarda unilateral ou compartilhada, o que, segundo Maria Manoela de Albuquerque Quintas, deixou a desejar, pois entende que a guarda dos filhos deverá ser analisada conforme cada caso concreto.

Deve ser pontuado que não se verifica quaisquer dificuldades na aplicação do instituto nos casos de dissolução consensual do casamento ou união estável, quando normalmente há acordo entre os cônjuges e companheiro a respeito.

O problema ocorre quando não há o famigerado acordo, ou seja, o juiz é quem fixa a quem caberá a guarda, o que normalmente ocorre nas ações litigiosas de dissolução do casamento ou união estável.

Assim como na ocorrência da dissolução conjugal consensual, nas separações e divórcios litigiosos a guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida por qualquer dos pais, ou ainda determinada pelo juiz, desde que observadas as necessidades do menor, segundo o texto do art. 1.584, incisos I e II.

Ressalta-se que mesmo que haja uma fervorosa batalha judicial envolvendo os pais, a guarda compartilhada poderá ser aplicada sempre que possível, isto é, observados os pressupostos para sua concessão que serão estudados a seguir.

Tecidos os comentários acerca da guarda compartilhada nos casos de dissolução consensual ou judicial da sociedade conjugal, justifica-se agora o estudo dos pressupostos para concessão da referida modalidade de guarda, bem como a análise das vantagens e desvantagens de sua utilização.

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 356.

4.3 Pressupostos e vantagens da concessão da guarda compartilhada

Com relação aos pressupostos necessários para concessão da guarda compartilhada, há de se frisar que o Código Civil brasileiro não estabelece nenhum critério especial para sua concessão.

Entretanto, apesar de não existir nenhum requisito legal, alguns detalhes não de ser observados para a concessão da referida modalidade de guarda, de modo a garantir a concretização dos seus objetivos.

Primeiramente, deve ser observada a capacidade dos pais para exercer a guarda. Ou seja, é preciso que eles detenham habilidade, capacidade legal, moral e intelectual, isto é, condições de desempenhar as funções do poder familiar.

Caso um dos pais não reúna a capacidade necessária para o exercício da guarda esta deverá ser conduzida apenas ao genitor capaz, pois a convivência com ambos, sendo um dos pais incapazes para seu exercício, pode acarretar sérios problemas que venham a comprometer o melhor interesse do menor.

Percebe-se, portanto, a necessidade de se averiguar as reais condições dos genitores de modo que se possa escolher a modalidade de guarda mais adequada visando o melhor interesse do menor.

Mesmo que um dos genitores seja inapto para o exercício da guarda, o dever de visitas ao menor lhe deve ser assegurado, objetivando a manutenção do convívio com ambos os pais.

Outro requisito que deve ser apontado é a necessidade de um bom relacionamento entre os pais após a separação, uma vez que é de suma importância a boa comunicação entre os pais, assim como a existência de respeito recíproco, para que a guarda compartilhada possa desempenhar sua função e garantir o melhor interesse da criança.

Sobre a necessidade de bom relacionamento entre os pais escreve Sylvia Maria Mendonça do Amaral que:

O sucesso da guarda compartilhada, no entanto, tem um preço: é imprescindível que os pais tenham um bom relacionamento, já que se encontrarão com maior frequência, além de exigir que ambos reconheçam

que seu filho precisa da presença do pai e da mãe para seu sadio desenvolvimento.⁴²

Sabe-se da dificuldade de se manter essa boa relação após a ruptura do vínculo familiar, mas ao mesmo tempo cabe aos pais, em prol dos filhos, tentarem superar eventuais problemas de relacionamento que ainda existam entre eles, visando a manutenção da guarda conjunta.

Por fim, outro requisito é exigido quando houver alternância de residência. Nessas hipóteses, não será deferida a guarda compartilhada se cada um dos pais decide de modo diferente quando está com a criança.

Assim, faz-se necessário que sejam impostas às crianças as mesmas normas e regras em ambas as casas, de modo a garantir-lhes a estabilidade de que tanto necessitam.

Imaginem os transtornos que podem ser causados na cabeça de uma criança ao lhe serem impostas regras diferentes pelo pai e pela mãe? Para o pai, o menor pode brincar com determinados brinquedos, já para a mãe esses brinquedos são perigosos e em hipótese alguma o menor deverá brincar com eles.

Tal confusão pode ocasionar danos de grandes proporções na educação do menor, sendo, portanto, imprescindível a adoção pelos pais de regras uniformes para a melhor educação do seu filho.

Devidamente observados os pressupostos para o deferimento da guarda compartilhada, devem agora ser esmiuçadas as suas vantagens, de modo a não restarem dúvidas acerca das benesses que a adoção da mencionada modalidade de guarda nos proporciona.

Uma das primeiras vantagens a serem apontadas é a possibilidade de minoração dos problemas emocionais e de comportamento do menor, elevando-se a sua auto-estima, melhorando seu desempenho na escola e sua integração no próprio seio familiar.

Evita-se, também, que os filhos tenham que escolher entre seus genitores com qual ficará, pois no Brasil já se vem discutindo a possibilidade do testemunho infantil, face a diversas convenções internacionais que já o admite.

⁴² AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Guarde de Menores compartilhada, alternada e uniparental**. Revista Prática Jurídica. Ano VII, nº 71 – 29 de fevereiro de 2008. p. 36.

Em favor dos filhos, pode-se apontar também como uma vantagem da guarda compartilhada a diminuição do estigma que ainda circunda o divórcio, uma vez que os filhos de pais divorciados sentiriam-se diferentes dos amigos. A guarda compartilhada não modifica a realidade, isto é, o fato dos pais do menor estarem divorciados, mas é capaz de manter algumas características da família nuclear.

Admite-se ainda que com o deferimento da guarda compartilhada os filhos menores deixariam de ver as relações entre homem e mulher como um fato negativo, uma vez que minimiza o potencial das disputas, ao requerer que os pais tomem decisões em conjunto.

Outro aspecto a ser levantado como positivo é o fato de que a guarda compartilhada privilegia e envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, visando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo-lhes maiores responsabilidades e garantindo-lhes um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental.

Assim, evita-se que os pais tenham que discutir quem reúne melhores condições para exercer a guarda dos filhos, afastando com essa medida agressões e ataques desnecessários.

Em vista do compartilhamento da guarda, emerge respeito entre os pais, pois mesmo que não mais convivam, para que bem desempenhem o poder familiar devem conviver de forma harmônica, a fim de tomar as melhores decisões acerca da vida dos filhos.

Deste modo, o menor deixa de ser uma “moeda” nas decisões acerca do valor da pensão alimentícia e dentre outras questões que necessariamente surgem com a dissolução da sociedade conjugal.

A utilização da guarda compartilhada não representa vantagens apenas para os filhos e para os pais, pois o Poder Judiciário também é beneficiado com sua escolha na medida em que evita a morosidade processual posto que não é necessário discutir com quem ficarão os filhos, evitando conflitos longos.

Sua utilização também facilita a resolução do processo de alimentos, pois a convivência de ambos com o menor tornam os pais conhecedores e plenamente conscientes da necessidade dos seus filhos, facilitando a celebração de um acordo no tocante aos alimentos e a posterior satisfação destas necessidades.

Apesar das indicadas vantagens no acolhimento da guarda compartilhada, alguns defeitos ainda surgem quando a referida modalidade de guarda se depara com alguma situação peculiar.

Nos casos em que sequer houve relacionamento entre os pais, ou até mesmo no rompimento da relação, torna-se deveras dificultoso vislumbrar a possibilidade de compartilhamento das decisões a respeito da educação e criação dos filhos.

No entanto, como já dito, é indispensável para o deferimento da guarda compartilhada que haja respeito recíproco entre os genitores e boa comunicação entre eles, de modo a facilitar o exercício da guarda.

Quando este bom relacionamento inexistente e há desrespeito entre os genitores, torna-se inviável a escolha da estudada modalidade de guarda, face a indispensabilidade de tais requisitos.

Desse modo, naquelas famílias em que não haja o respeito recíproco, impossibilitando a convivência entre os genitores, deve-se optar pela guarda única, modelo tradicional, deferindo-a ao genitor que melhor tem condições de guardar os filhos menores, sendo resguardado ao não-guardião o direito de visitas.

Outra desvantagem citada ocorre quando o pai não vem a assumir a guarda do filho, somente ingressando em juízo com o intuito de atingir a mãe do menor, para que precise do pai para tomar qualquer decisão.

No entanto, caso o pai venha a demonstrar interesse em compartilhar a guarda da criança, vindo a convencer o juiz das suas reais intenções, nada impediria que os direitos lhe fossem concedidos.

De suma importância ressaltar também que a decisão sobre a guarda compartilhada não faz coisa julgada, uma vez que é possível de modificação sempre que visar atender ao melhor interesse da criança.

Persistindo os pressupostos da época em que foi estabelecida, a decisão não será modificada. Entretanto, se com o decorrer do tempo tais circunstâncias se alterarem, não mais atendendo aos pressupostos da guarda compartilhada e ao que foi decidido pelo juiz, surge a possibilidade de modificação da decisão.

Por fim, critica-se o fato de haver a alternância de residências, mas como bem ensina Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, “a alternância de residências é uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta, que impeça a sua aplicação, podendo a mesma ser adotada com uma residência fixa para os filhos.”

Ainda sobre o assunto ensina Waldyr Grisard Filho:

A guarda compartilhada, ao contrário dessa preocupação da autora, tem como pressuposto uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ela a estabilidade que o direito e a psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina.⁴³

Nota-se, assim, que as críticas que são tecidas sobre a guarda compartilhada não chegam perto dos benefícios que esta traz aos menores, aos genitores e até mesmo ao Poder Judiciário.

Caso não haja bom relacionamento entre os pais, impossibilitando a tomada de decisões conjunta, nada mais justo do que optar por outra modalidade de guarda que não seja a compartilhada, conforme acima explanado.

Se o genitor da criança não vier a assumi-la ou até mesmo não demonstre qualquer interesse em tomar seu papel de pai, que seja mantido o menor sob a guarda da mãe, mas que sejam observados os direitos e deveres incumbidos ao genitor.

Com relação à alternância de residências, trata-se de uma crítica completamente contornável, pois a boa comunicação e o respeito recíproco existente entre os pais é suficiente para contornar qualquer problema que venha a surgir em razão de tal alternância.

Além do mais, como bem salientou Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, a alternância de residências é uma possibilidade e não uma característica da guarda compartilhada, podendo, pois, ser completamente descartada caso assim convençionem os genitores.

Sendo assim, torna-se cristalino as benesses trazidas pela introdução da guarda compartilhada no Sistema Jurídico brasileiro, pois possibilita ao menor, aos pais e a justiça a minoração de diversos problemas que antes pareciam intransponíveis.

Sua adoção como regra geral visa sempre a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, objetivando o seu melhor desenvolvimento e as melhores condições materiais e morais para o seu crescimento saudável.

⁴³ FILHO, Waldyr Grisard. Op. cit. 2009, p. 226.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do estudo realizado – que se propôs a analisar o poder familiar e suas especificidades, bem como o instituto da guarda dos filhos, explicando suas características e modalidades, dando, ao final, especial enfoque com relação a aplicabilidade da guarda compartilhada no direito brasileiro, é possível que se alcance algumas conclusões.

Como foi observado, o poder familiar transformou-se bastante ao longo do tempo, superando a idéia do princípio da autoridade, que permeava as relações familiares de outrora.

Em vista dessa autoridade concedida ao chefe da família, foi-lhe assegurado o direito de vida e morte sobre o filho e demais membros do seu clã (*ius vitae et necis*), direito este que só foi extinto com a codificação de Justinianéia do Século VI.

Com a evolução histórica, percebe-se a diminuição da autoridade do chefe de família, passando a vigorar a divisão dos deveres com relação a educação do filho, competindo agora não só ao pai, mas também a mãe o dever de criarem e educarem sua prole.

No Brasil, o Código Civil de 1916 sofreu alterações ao longo do tempo, sendo alterada sua concepção inicial sobre o exercício do pátrio poder com relação aos filhos, não mais sendo exclusividade do marido, passando a discutir-se mais o tema segundo cada caso concreto, avaliando-se o papel de cada um dos cônjuges durante o processo de reconhecimento do menor (Lei nº. 5.513 de janeiro de 1943).

Foram dados outros passos em direção à igualdade no que diz respeito ao pátrio poder, tais como a promulgação da Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da mulher casada).

Com o advento da Constituição de 1988, o pátrio poder passou a ser exercido de forma igualitária por ambos os genitores, devendo aquele que encontra-se informado recorrer ao Poder Judiciário para tentar valer-se dos seus direitos.

No mesmo sentido firmou o Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe, em seu art. 21, que aos pais cabe a tarefa de exercer o pátrio poder de forma igualitária.

Por fim, veio o Código Civil de 2002, que preconiza, em seu art. 1.631, que durante o casamento e a união estável, o poder familiar compete aos pais e apenas na falta ou impedimento de um deles é que o outro o exercerá com exclusividade.

Superadas as questões acerca da titularidade do poder familiar, não se pode olvidar da sua importância, uma vez que constitui-se um *múnus* (encargo) público imposto pelo Estado aos pais, para que zelem pelo futuro de sua prole.

As tarefas dos genitores com relação aos filhos menores no exercício do pátrio poder encontram-se preconizadas no art. 1.634 do Código Civil. Assim como as possibilidades de suspensão, extinção e perda do poder familiar encontram-se dispostas nos artigos 1.637, 1.635 e 1.638 do Código Civil, respectivamente.

Trazidos os conceitos de poder familiar, tem-se como consequência natural deste a questão da guarda do menor, devendo esta ser entendida como os deveres concedidos aos pais ou outra pessoa que se encontrem investidos nessa tarefa de prestar assistência material e moral ao menor.

Esta deve ser exercida por aquela pessoa que reúna as melhores condições de prestar assistência material e moral a criança, devendo ser observado o princípio do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta.

Conforme isto, durante o processo de concessão de guarda, alguns pressupostos não de serem observados de modo a facilitar a escolha do guardião, tais como a idade e sexo do menor, bem como sua opinião, a conduta dos pais e a não separação de irmãos.

Expostas as diversas modalidades de guarda (seja ela jurídica, física, comum, unilateral, alternada, provisória ou definitiva), foi esclarecido que não só o guardião possui deveres com relação ao menor, mas também o não-guardião, tais como o dever de fiscalização dos atos do guardião para com a criança e o dever de prestar alimentos.

A novidade trazida pela Lei nº. 11.698 de 08, a guarda compartilhada foi caracterizada por ser exercida por ambos os genitores, de modo igual, apesar de separados.

Considera-se que a referida modalidade de guarda representou uma inovação e atendeu aos anseios jurisprudenciais que já dispunham sobre sua aplicabilidade em diversos julgados pelo Brasil.

Observou-se ainda que para sua concessão, deve ser averiguada a capacidade dos pais, a existência de um bom relacionamento entre eles e a

uniformidade com relação as regras a serem estipuladas ao menor, a guarda compartilhada apresenta diversas vantagens, tais como a diminuição de problemas emocionais e de comportamento do menor, pois este permanece em contato contínuo com ambos os pais.

Com poucos defeitos, e mínimos se comparados as suas vantagens, entendeu-se que a guarda compartilhada possibilita ao menor, aos pais e ao Poder Judiciário a minoração de diversos problemas que antes pareciam intransponíveis durante o processo de separação e averiguação com quem ficaria a guarda.

Adotado pelo art. 1.584 como regra geral, a guarda compartilhada visa sempre à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, objetivando o seu melhor desenvolvimento e as melhores condições de materiais e morais para o seu crescimento saudável.

Observadas as peculiaridades de cada caso, dentre todas as modalidades de guarda estudadas a guarda compartilhada revelou-se como a mais benéfica para o menor, desde que presentes os requisitos para sua concessão.

Pode-se concluir, portanto, que a guarda compartilhada trata-se de louvável inovação trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que vem a trazer diversos benefícios ao desenvolvimento das crianças deste país.

Face das benesses que proporciona, a guarda conjunta deve ser utilizada com maior frequência pelo Poder Judiciário, de modo que seja incentivada aos pais a escolha dessa modalidade de guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei nº. 11.698/08.** Jus Navegandi. Teresina, ano 13, nº. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>. Acesso em: 11 de maio de 2009.

AMARAL, Sylvia Mendonça do. **Guarde de Menores compartilhada, alternada e uniparental.** Revista Prática Jurídica. Ano VII, nº 71 – 29 de fevereiro de 2008.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira Barros; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de metodologia científica.** 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de Família.** Campinas: Red Livros, 2001.

CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 5. ed. coord. São Paulo: Malheiros, 2002.

CURY, Munir; GARRIDO; MARÇURA. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Culpado ou inocente?** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=398&isPopUp=true Acesso em: 08 de maio de 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Direito Das Famílias: alguns ganhos.** In: Leis & Letras. Ano III, nº 16. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 5º vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Rosana. **Do parentesco e da filiação.** In: Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: quem é o melhor para decidir a respeito?** Revista Jurídica. nº. 268.

FILHO, Fernando Malheiros. **Os princípios e a casuística na guarda dos filhos.** Revista de Direito Privado, p. 123 abril junho 2002. Coordenação: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família.** 4. ed. São Paul: Saraiva, 2007.

HONORATO, Cassio Mattos; LENTCH, Gliciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação.** In: Revista de Direito Privado, p. 60. Nº. 29. janeiro-março, 2007. p. 40-77. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio e separação consensuais extrajudiciais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1433, 4 jun. 2007. Disponível em: . Acesso em: 09 maio 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NETO, Caetano Lagrasta. **Direito de Família: A família brasileira no final do século XX.** São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** Vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a lei nº. 11.698\08.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Guarda Compartilhada.** Leme: Imperium Editora e Distribuidora de Livros, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio. Laguna, SC, 13 jun. 2003. Disponível em: www.tjsc.gov.br

SANTA MARIA, José Serpa de. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Vol. VIII. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SANTINI, José Raffaelli. **Adoção – Guarda, medidas socioeducativas: doutrina e jurisprudência – prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, Moacyr Motta da.; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 111.249-4. Relator: Desembargadora Zélia Maria Antunes Alves. São Paulo, SP, 21.fev. 2000. Disponível em: www.tjsp.gov.br

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro**. (Publicado no Datadez nº 37, mar./abr. de 2007. CD-ROM) - Data do artigo: 22.12.2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: o novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.