

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RAQUEL RODRIGUES RAIMUNDI**

**CONTORNOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

***Curitiba***

***2008***

**RAQUEL RODRIGUES RAIMUNDI**

**CONTORNOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

Monografia apresentada à disciplina de Direito Civil como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

***Curitiba***

**2008**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Decélia e José Maria que criaram e educaram a mim e a meus irmãos com toda a dedicação e carinho e, por quem tenho amor incondicional.

Aos meus adoráveis irmãos, Débora e Vitor, que sempre estiveram ao meu lado, com muito companheirismo, compreensão e paciência.

A Thiago Salles de Souza por todo o carinho e por sempre estar por perto quando eu mais preciso, me apoiando e incentivando.

Ao querido Professor e nosso Paraninfo Elimar Szaniawski, por quem nutro grande admiração, pelas orientações e aulas inspiradoras.

# SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>IV</b>
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>2 BREVE HISTÓRICO.....</b>	<b>9</b>
2.1 DIREITO ROMANO .....	9
2.2 DIREITO BRASILEIRO .....	12
2.2.1 <i>O Instituto do Poder Familiar</i> .....	15
2.2.1.1 Do pátrio poder ao poder familiar .....	16
2.2.1.2 Do exercício e do conteúdo do poder familiar .....	18
2.2.1.3 Da suspensão e da extinção do poder familiar .....	21
<b>3 O INSTITUTO DA GUARDA.....</b>	<b>24</b>
3.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO .....	26
3.2 DA CISÃO DA GUARDA DOS FILHOS .....	32
3.2.1 <i>Da guarda dos filhos na união estável</i> .....	33
3.3 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES .....	34
3.3.1 <i>O Princípio do Melhor Interesse do Menor</i> .....	35
<b>4 MODALIDADES DE GUARDA DOS FILHOS.....</b>	<b>40</b>
4.1 A GUARDA UNIPARENTAL .....	40
4.1.1 <i>Direitos e Deveres dos Detentores e dos Não Detentores da Guarda dos Filhos Menores</i> .....	41
4.1.2 <i>O direito de visita</i> .....	44
4.2 A GUARDA ALTERNADA .....	46
4.3 A GUARDA COMPARTILHADA .....	48
4.3.1 <i>Noção de guarda compartilhada</i> .....	48
4.3.2 <i>A guarda compartilhada e o direito comparado</i> .....	50
4.3.2.1 Direito inglês .....	51
4.3.2.2 Direito francês .....	52
4.3.2.3 Direito americano .....	53
4.3.2.4 Direito português .....	54
4.3.2.5 Direito espanhol .....	55
4.3.2.6 Direito italiano .....	56
4.3.2.7 Direito alemão .....	57
4.3.3 <i>A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro</i> .....	58
4.3.4 <i>A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008.</i> .....	59
4.3.5 <i>O Instituto da guarda compartilhada.</i> .....	63
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>69</b>
<b>6 BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>71</b>
<b>7 SITES PESQUISADOS NA INTERNET.....</b>	<b>75</b>

## RESUMO

Esta monografia trata da modalidade da Guarda Compartilhada, ou Guarda Conjunta, como sendo a melhor forma de guarda a ser instituída quando da separação dos genitores, por atender ao princípio do melhor interesse da criança, bem como ao princípio da igualdade entre o homem e a mulher. Embora o homem tenha figurado por muito tempo como o “cabeça do casal”, tomando todas as decisões referentes à família, sendo o titular do “pátrio poder”, com as alterações ocorridas na sociedade, nas últimas décadas, a mulher adquiriu patamares de igualdade ao homem, passando a ser tal igualdade um direito fundamental, garantido constitucionalmente.

Por muito tempo, foi aplicado e ainda o é, o sistema da guarda exclusiva, em que os filhos permanecem sob a guarda apenas do pai ou da mãe, sendo que o outro genitor apenas exerce o direito de visitas, o qual não viabiliza uma convivência adequada com o genitor não-guardião e o menor.

No direito comparado, iniciando-se os estudos no direito inglês, já era, há mais tempo, aplicada a guarda conjunta como a melhor forma de guarda, pelo fato de que ambos os pais exercem os direitos e deveres inerentes ao poder familiar em igualdade de condições.

Em contrapartida, no direito brasileiro, tal modalidade de guarda estava sendo aplicada de forma tímida pela jurisprudência, sendo que apenas com a promulgação da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, passou a haver dispositivo legal acerca da guarda compartilhada, estabelecendo que a mesma deve ser aplicada sempre que possível, priorizando este modelo de guarda em detrimento à guarda única.

Esta monografia defende a fixação da guarda conjunta, por ser a modalidade de guarda que melhor atende aos interesses dos filhos, obstaculizando que este seja utilizado como moeda de troca ou que seja manipulado de forma a magoar o genitor que não detém a sua guarda, fazendo com que este se sinta derrotado em uma disputa pela guarda do filho.

Da mesma forma, tal modelo de guarda permite que tanto o pai quanto a mãe exerçam simultaneamente e em igualdade de condições a autoridade, fazendo com que o genitor não-guardião não se sinta excluído da vida e da tomada de decisões importantes referentes aos filhos. A guarda conjunta torna efetivo o exercício do poder familiar ainda que tenha havido a ruptura da sociedade conjugal, vez que tal ruptura não pode refletir no relacionamento dos pais com os filhos, devendo este ser contínuo e o mais próximo possível ao que havia antes da separação dos pais.

**Palavras-chave:** Poder familiar. Melhor interesse do menor. Igualdade entre os pais. Guarda compartilhada.

# 1 INTRODUÇÃO

A situação dos filhos quando da separação dos pais, antes tratada de maneira quase que acessória em nosso ordenamento, passou a receber reconhecimento e tratamento especiais com o Código Civil de 2002 e, recentemente, com a Lei 11.698, que instituiu a Guarda Compartilhada, sancionada em 13 de junho de 2008, alterando, substancialmente, os artigos 1583 e 1584 do Código Civil.

Deve-se, entretanto, observar que apenas com a perspectiva do texto constitucional de 1988 e da posterior legislação infra-constitucional, principalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi dado um reconhecimento próprio ao princípio do “melhor interesse da criança”, passando a entrar no âmbito da concretude legislativa e se afastando das normas meramente programáticas.

Levando em consideração o princípio do “melhor interesse da criança”, o legislador tomou como principal preocupação o instituto jurídico da guarda, ressaltando, primeiramente, a vontade exprimida de comum acordo pelos pais.

A guarda decorre do poder parental, sendo que o direito de ter os filhos em guarda e companhia corresponde a uma extensão tanto do dever estabelecido pela Constituição de assistir o filho, como do dever de criar e educar, posto que os pais apenas poderão criar e educar seus filhos se os tiverem consigo, em sua companhia.

Antes da Lei 11.698, de junho de 2008, o art. 1583 do Código Civil estabelecia que “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual,

observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”, sendo que a expressão ‘guarda dos filhos’ tanto poderia se referir à guarda uniparental quanto à guarda compartilhada ou guarda conjunta, a qual já vinha sendo aplicada de forma tímida pela jurisprudência brasileira, sendo que se deveria atentar sempre para o princípio do melhor interesse da criança.

Com a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada, a nova redação do artigo 1583 passa a ser a seguinte: “A guarda será unilateral ou compartilhada”. E, ainda, com a alteração, passa a ser dada prioridade a esta forma de guarda conjunta, não mais ficando pendente de acordo entre os cônjuges a forma de guarda dos filhos, posto que a nova redação do artigo 1584, § 2º, do Código Civil estabelece que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

A discussão a respeito do instituto da guarda conjunta apresenta importância porque é um instituto ainda não muito conhecido no Brasil, tendo sido sancionada e entrado em vigor apenas neste ano a lei que disciplina o referido instituto, o que acaba por provocar dúvidas referentes ao seu conceito e definição por aqueles que o conhecem, como no caso dos que confundem a guarda compartilhada com a guarda alternada.

A discussão a respeito da guarda conjunta apresenta importância também pelo fato de que esta modalidade de guarda visa garantir um relacionamento de qualidade entre pais separados e seus filhos, sendo, também, o tipo de guarda que melhor atende aos princípios estabelecidos constitucionalmente, quais sejam: igualdade de direitos e a dignidade da pessoa humana, sendo que esta se refere tanto à dignidade dos pais, quanto à dos filhos.

Ambos os pais possuem responsabilidade no exercício do poder familiar, mesmo quando deixam de viver juntos. Ao se aplicar a guarda

compartilhada nenhum dos pais irá se sentir excluído e tampouco um se sentirá vencedor e o outro vencido em uma disputa pela guarda do filho. A guarda única deve ser concedida apenas motivadamente.

A guarda conjunta permite a convivência física e imediata dos filhos com os seus genitores, ainda que estes não vivam mais sob o mesmo teto, assegurando, com efetividade, a co-responsabilidade parental, garantindo a conservação de vínculos mais estritos e uma ampla participação dos pais no desenvolvimento e educação do filho, a que a mera visitação, estabelecida na guarda uniparental, não permite. Este instituto possibilita, que mesmo após a separação, ambos os pais possuam as mesmas prerrogativas na tomada de decisões em relação ao destino de seus filhos.

Na guarda compartilhada importa que haverá, entre os pais, uma partilha efetiva da responsabilidade legal sobre os filhos, concomitantemente. Desta forma, neste tipo de guarda, ainda que haja a separação dos pais, ambos continuam respondendo pela criação, formação, educação, lazer e saúde dos filhos.

Neste trabalho, inicialmente, será abordado um breve histórico demonstrando que com a evolução da sociedade e a busca da igualdade entre o homem e a mulher houve uma modificação na estrutura familiar. Da mesma forma, houve, também, uma evolução do instituto do pátrio poder, que antes competia ao marido, com a colaboração da mulher (art 380, do CC/1916) para o denominado poder familiar (art. 1631, do CC/2002), o qual é exercido igualmente por ambos os genitores e, a separação destes em nada afeta esta prerrogativa. O poder familiar funda-se em valores e princípios diversos dos do pátrio poder, buscando vincular o interesse dos pais ao melhor interesse do menor.

Em seguida, será feita uma análise sobre os diferentes modelos de guarda, bem como, uma análise da guarda compartilhada no direito comparado.



Num terceiro momento, será realizado um estudo acerca da Lei 11.698, que sancionada em 13 de junho de 2008, institui e disciplina a guarda compartilhada no direito brasileiro.

E, por fim, será realizado um panorama da guarda conjunta e os motivos pelos quais ela deve ser preferida em relação às demais modalidades de guarda, pois atende aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e também ao o princípio do melhor interesse da criança. Assim, serão demonstrados os benefícios que a guarda conjunta possui, tanto para os genitores quanto para os filhos menores.

## 2 BREVE HISTÓRICO

Antes de tratarmos propriamente da Guarda Compartilhada, é importante realizarmos um estudo do instituto do poder familiar, a sua origem e evolução histórica, bem como o seu conceito e características em conformidade com o que dispõe o Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002) e as disposições do texto constitucional acerca da autoridade parental.

### 2.1 *Direito Romano*

Grande parte dos doutrinadores aponta o Direito Romano como ponto inicial para o estudo do poder familiar. Em Roma o poder familiar era considerado um poder absoluto, sem limites, exercido exclusivamente pelo *pater familias*, o qual não era exercido apenas sobre os filhos, mas também sobre a sua esposa, seus descendentes e as esposas dos seus descendentes.

O *pater familias* tinha poderes não apenas domésticos, ele conduzia a religião e todo o grupo familiar, o qual por vezes era numeroso, possuindo muitos agregados e escravos. O pai romano exercia, com exclusividade, para si e em seu proveito as funções de juiz, sacerdote, chefe e administrador absoluto do seu lar. Assim, o poder familiar em Roma era um poder ilimitado, absoluto, que era exercido exclusivamente pelo homem.

Dentre os diversos poderes que o *pater familias* possuía estavam os que possibilitavam que ele deliberasse sobre abandonar o filho (*ius expoendi*), ou mesmo o de decidir acerca da própria vida do filho (*ius vitae es necis*). Os filhos

continuariam sob a autoridade do pai até o momento em que este morresse, quando então, o filho homem, o substituiria, tornando-se o novo *pater familias*.

No Império o estado passou a restringir a autoridade do *pater familias*, podendo aqueles que estavam sob seu poder, recorrer aos magistrados em caso de abusos cometidos por aquele. O *pater* passou a somente poder aplicar a pena moderada (*modica castigatio*)<sup>1</sup>.

Diversamente dos romanos, os povos germânicos tratavam as mulheres e os filhos de forma menos severa. Os germânicos entendiam que o pai poderia rejeitar o filho apenas quando do nascimento e, se o aceitasse, exerceria a autoridade parental (*munt*) como forma de proteção; não havia a possibilidade de o pai germânico dispor da vida de seu filho. Também, quando a mulher se casava, permanecia o seu vínculo de parentesco com a sua família de origem, que continuaria a protegê-la e defendê-la.

Assim, a *munt* (do povo germânico) constitui-se em um abrandamento da *patria potestas* (do povo romano), havendo a redução da característica despótica que marcou a autoridade do chefe da família romana.

A diversidade referente ao que os romanos e os germânicos entendiam por pátrio poder foi presenciada na Idade Média. Nesta época o direito canônico disciplinava as relações familiares e, este opunha-se ao divórcio, considerando-o como um instituto contrário ao interesse do filhos, pois prejudicava a sua formação e, também, contrário à própria família; os canonistas entendiam que o homem não poderia rescindir uma união que havia sido realizada por Deus.

Na Idade Média, os direitos do pai em relação aos filhos, sofreram uma influência benéfica e civilizadora dos germanos e dos ensinamentos advindos do cristianismo. As relações eram estabelecidas apenas entre pais e filhos, não

---

<sup>1</sup> WALD. A. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1970.

havendo a preponderância do ascendente vivo que fosse mais idoso, havia o predomínio do indivíduo em relação à idéia de linhagem, de continuidade.

Da mesma forma, os filhos adquiriram a capacidade patrimonial na Idade Média; ainda que o chefe da linhagem medieval estivesse vivo, os filhos poderiam adquirir bens para si. O pátrio poder medieval, ao contrário do romano, embora pudesse delongar-se indefinidamente, não era vitalício por natureza.

Na Idade Medieval a compreensão romana de pátrio poder é afrontada com a noção menos rigorosa de autoridade parental que possuíam os povos estrangeiros.

Contudo, mesmo tendo sido amenizada a concepção romana de pátrio poder, o fato é que ela chega até a Idade Moderna, ingressando, inclusive no direito brasileiro por meio das Ordenações do Reino. De acordo com Marcial Barreto Casabona:

“No Brasil, por exemplo, a concepção romana de pátrio poder, como manifestada por Justiniano, ingressou no ordenamento jurídico pátrio pela influência do Direito português, por meio das famosas Ordenações do Reino”.<sup>2</sup>

Tanto as ordenações Afonsinas, como as Manoelinas e as Filipinas, possuíam um forte resquício do direito romano, permanecendo, no que tange ao pátrio poder, também a sistemática romana, sendo que apenas com a Resolução 31 de outubro de 1831, combinada com a Lei de 22 de setembro de 1822, a maioria foi fixada em 21 anos, havendo, conseqüentemente, a emancipação do filho para todos os efeitos.

---

<sup>2</sup> CASABONA, M. B. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 37.

## 2.2 *Direito Brasileiro*

A igualdade entre o homem e a mulher foi obtida por meio de uma evolução muito lenta no Direito Brasileiro. Afirma Sérgio Gischkow Pereira que:

“No regime das Ordenações, os poderes maritais eram quase absolutos. Permitia-se ao homem a interferência em assuntos particulares da mulher, tais como imposição de leituras, vestidos ou penteados; proibição de freqüentar familiares ou de fumar; controle sobre correspondência da esposa”<sup>3</sup>.

Embora o Código Civil de 1916 tenha relativizado estes excessos, ele permaneceu limitando os direitos da mulher casada, considerando esta como relativamente incapaz e atribuindo o pátrio poder apenas ao cônjuge homem.

Com os posteriores movimentos sociais e econômicos, os quais produziram reflexos no plano jurídico, consagrando os ideais de igualdade entre marido e mulher, o Código Civil de 1916 sofreu algumas alterações.

No entanto, foi apenas com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 17 de agosto de 1962) que houve a previsão de que o exercício do pátrio poder se daria por ambos os cônjuges, ao estabelecer que o pátrio poder era atribuição do pai, mas que a mãe deveria contribuir no seu exercício; sendo que a mãe passava a ter o pátrio poder na ausência do pai e, que ao contrair novas núpcias, a mulher não perderia o pátrio poder sobre os filhos do primeiro casamento.

A Lei 4.121 de 1962 previa regras de proteção e, também, regras que objetivavam diminuir a situação de inferioridade da mulher perante o homem.

O Estatuto da Mulher Casada alterou o Código Civil de 1916 estabelecendo no art. 380 que “Durante o casamento compete o pátrio poder aos

---

<sup>3</sup> PEREIRA, S. G. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2004, p. 63.

pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade” e ainda, dispunha em seu parágrafo único que “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”.

A este propósito destaca Sílvio de Salvo Venosa:

“Na redação originária do Código Civil, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal”.<sup>4</sup>

Quinze anos após o Estatuto da Mulher Casada, a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, apesar de ter sido muito polêmica e inovadora por ter introduzido o divórcio no país, não produziu mudanças significativas em relação ao pátrio poder, apenas, regulamentou a situação dos filhos que não mais conviveriam simultaneamente com ambos os pais; tendo permanecido a disposição do Código Civil acerca do pátrio poder, prevista no art. 380 do Código Civil de 1916, bem como a que previa que no caso de separação consensual os pais decidiriam conjuntamente acerca da guarda dos filhos.

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal que garante, como um direito fundamental, a igualdade entre homens e mulheres ao dispor em seu artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988, no artigo 226, §5º, consagra a igualdade no exercício dos direitos e deveres relativos à sociedade conjugal entre homens e

---

<sup>4</sup> VENOSA, S. de S. **Direito civil**: direito de família. 7ª ed – São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil; v. 6). p.288

mulheres. Assim, com esta Constituição ambos os pais atuam em igualdade de condições no que tange à família.

Nas palavras de Denise Damo Comel:

“Consagrando o princípio da igualdade na família, bem como o da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, a Constituição Federal conduziu à construção de um novo modelo jurídico de família, atingindo de modo incisivo não somente as relações entre pais e filhos, como também todo o ordenamento legal referente ao tema, até então fundado na autoridade do marido como chefe da sociedade conjugal, ainda que abrandado pelo citado EMC”.<sup>5</sup>

Com a Lei 10.406, sancionada em 10 de janeiro de 2002, a qual instituiu o Código Civil, qualquer diferença jurídica que ainda pudesse permanecer em relação aos cônjuges, foi completamente eliminada.

Da mesma forma, para o que o Código Civil de 1916 denominava de Pátrio Poder, o atual Código Civil, de 2002, no artigo 1631, utiliza a denominação de Poder Familiar ao dispor que “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Contudo, deve-se considerar que não houve apenas uma substituição terminológica, mas sim uma evolução do instituto, que antes competia ao marido, com a colaboração da mulher (art 380, do CC/1916), e passou a ser exercido igualmente por ambos os genitores, sendo que a separação destes em nada afeta esta prerrogativa. Funda-se o poder familiar em valores e princípios diversos dos do pátrio poder, buscando vincular o interesse dos pais ao melhor interesse do menor.

Assim, assegurada a igualdade entre o homem e a mulher nas relações familiares, passa a ter relevância o melhor e maior interesse dos filhos no

---

<sup>5</sup> COMEL, D. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

caso concreto, deixando o poder familiar de ser tido como o exercício de poder dos pais em relação aos filhos para constituir um múnus, em que prevalecem os deveres.

### 2.2.1 O Instituto do Poder Familiar

A idéia de pátrio poder existente no Brasil em conformidade com o direito romano, de acordo com a qual os pais exerciam um poder absoluto em relação aos filhos, foi alterada, vez que a família patriarcal foi substituída pela família nuclear, na qual há a igualdade e o companheirismo e, também, pelo fato de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 226, § 5º, uma total igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher na sociedade conjugal. Como assinala Luiz Edson Fachin:

“Não se trata, pois, de um ofício de exercício unilateral, mesmo que as mudanças na direção que deixa de ser unitária e passa a diárquica se imponham como decorrentes da supremacia do direito da igualdade e remeta tais funções aos pais. Mais ainda: a terminação formal, por força da nova regra constitucional de 1988, do desenho patriarcal da família, retira legitimidade não apenas da expressão ‘pátrio-poder’, mas de certo modo, também de ‘pátrio-dever’, embora esta, bem mais adequada que aquela. Ambas, porém, remetem para uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe. Falar-se-ia, um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> FACHIN, L. E. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.263.



Trataremos a seguir do instituto do poder familiar, o qual sofreu uma evolução, deixando de ter como foco o interesse do pai, a quem incumbia o pátrio poder, passando a ser o poder familiar uma atribuição de ambos os genitores e vinculando o interesse destes ao melhor interesse do menor.

### **2.2.1.1 Do pátrio poder ao poder familiar**

Embora seja consideravelmente melhor do que “pátrio poder”, a expressão “poder familiar” ainda não é a mais adequada; não só pelo fato de que esta é uma prerrogativa dos pais e não da família, não guardando o termo “familiar” nenhuma correlação com a igualdade entre os pais e nem uma identificação com o vínculo existente entre os pais e filhos, mas também pelo fato de que muito mais do que ter transferido o poder do pai para um poder compartilhado entre os genitores, a alteração neste instituto deu-se principalmente no sentido de que o interesse dos pais passa a estar vinculado aos interesses dos filhos.

As legislações estrangeiras mais recentes, como a francesa, optaram pelo termo autoridade parental, pois expressa melhor a relação de parentesco que há entre pais e filhos. A expressão adotada pelo nosso Código Civil não é a mais adequada por ainda permanecer a terminologia “poder”, quando, na realidade, o instituto deveria guardar tanto a noção de poderes quanto a de deveres dos pais em relação aos filhos, dando-se maior ênfase aos deveres, considerando-se sempre o interesse dos filhos.

No entanto, há que se considerar que não houve uma mera substituição terminológica de “pátrio poder” para “poder familiar”, houve uma

evolução daquele para este, ocasionada pelas mudanças na sociedade, como a igualdade entre os cônjuges, entre os filhos e o predomínio do interesse destes em relação aos interesses dos pais. Da mesma forma, deve ser também considerado que o poder familiar se funda em valores e princípios distintos dos que fundamentavam o pátrio poder. Não foi apenas transferido o poder do pai para um poder compartilhado entre os pais, houve sim uma alteração ideológica que passou a vincular o interesse dos pais ao melhor interesse dos filhos.

Marcos Alves da Silva assinala que a autoridade parental se configura como um direito-dever dos genitores em relação aos filhos, o qual possui como foco principal o desenvolvimento destes, em um plano que ressalta a afetividade e a realização pessoal de cada membro que faz parte da família. Afirma o autor que:

“Na ‘nova’ família, a autoridade parental menos que uma titularidade, constitui-se e mantém-se pelos efetivos e afetivos laços que unem pais e filhos. A Constituição de 1988 fixou o marco referencial em matéria de direito de filiação. Desatrelada do matrimônio, a relação paterno-filial foi tutelada como um bem em si. [...]. Logo a autoridade parental não deriva meramente de um título de registro de nascimento, nem tampouco do simples reconhecimento do vínculo genético entre progenitor e gerado, decorrendo, antes e sobretudo, da real existência da posse de estado de filho”.<sup>7</sup>

E ainda, ressalta o referido autor que:

“Como corolário do que se acaba de afirmar, tem-se que a autoridade parental distingue-se dos meros deveres oriundos do vínculo genético. Ainda que os deveres de sustento em relação aos filhos sejam ínsitos à autoridade parental, com esta não se confundem, isto porque a autoridade parental constrói-se, fundamentalmente, em razão de uma comunhão de vida entre pais e filhos, que não comporta sua redução a meros deveres”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> SILVA, M. A. da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 196 e 197.

<sup>8</sup> SILVA, M. A. da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197.

Se incluem no poder familiar os direitos conferidos tanto ao pai quanto à mãe, estando estes em igualdade de condições, como forma de poder exercer os deveres a que se obrigam. Da mesma forma, este exercício sempre deverá ocorrer observando-se o melhor e maior interesse dos filhos menores, sendo vedada qualquer discriminação em relação a estes.

Importante ressaltar que embora predominem estes deveres dos pais em atender o melhor interesse do filho menor, o poder familiar engloba também o dever do filho de obedecer ao que for determinado pelos pais como o meio de viabilizar as funções do poder familiar, posto que os pais não poderão exercer tais funções se não houver respeito e obediência por parte dos filhos.

#### **2.2.1.2 Do exercício e do conteúdo do poder familiar**

O poder familiar é exercido tanto pelo pai quanto pela mãe em igualdade de condições, sendo atribuído a ambos os mesmos direitos e deveres e, embora o art. 1631 do Código Civil disponha que “Durante o casamento e união estável, compete o poder familiar aos pais (...)”, por ser decorrente da relação entre pais e filhos não se vincula ao estado daqueles, mesmo porque a Constituição Federal e o próprio Código Civil estabelecem outras formas de constituição de família que não apenas o matrimônio ou a união estável.

O exercício do poder familiar é a sua realização de forma efetiva pelos pais, desempenhando as funções que lhe são inerentes, realizando o que for necessário para assegurar e defender os interesses dos filhos que estão submetidos ao poder familiar.

Afirma Silvana Maria Carbonera que:

“[...] a autoridade parental traduz uma relação onde os pais dirigem seus esforços e proteção para proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades.<sup>9</sup>”

No que tange ao conteúdo do poder familiar, o artigo 229 do texto constitucional destaca os deveres que lhe são inerentes, quais sejam, o de assistência, de criação e de educação dos filhos menores de dezoito anos.

O dever de assistência engloba as demais funções do poder familiar, devendo os pais estar sempre presentes na vida do filho, assumindo todas as suas obrigações a fim de assegurar o pleno desenvolvimento do filho. A assistência compreende tanto os aspectos morais quanto os materiais.

O dever de criar é função essencial dos pais, devendo estes garantir o pleno desenvolvimento e a formação do filho desde a sua concepção até a maturidade; os pais devem garantir aos filhos todos os direitos fundamentais que são inerentes ao indivíduo. O dever de criar engloba os direitos previstos no artigo 227, ‘caput’, da Constituição Federal, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado devem garantir à criança e ao adolescente, com total 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”. Há também o dever de proteger a criança e o adolescente de todo modo de negligência, discriminação, violência, exploração, opressão e crueldade.

Em relação ao dever de educar, é importante que este não seja confundido com o dever de sustentar, posto que o dever de educar é muito mais do que apenas pagar as despesas. “Educar é orientar, é ouvir, é falar, é trocar idéias, é ministrar ensinamentos, é devotar sentimentos de amor e

---

<sup>9</sup> CARBONERA, S. M. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Poto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 71

companheirismo, é participar do cotidiano do filho”.<sup>10</sup> O dever de educar deve preparar o filho para o exercício da cidadania, bem como, deve qualificá-lo para o trabalho.

Discorre Ana Carolina Brochado Teixeira que:

“Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre os genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva poder dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade e da Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao fundamento de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta.”<sup>11</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece em seu artigo 22 que a educação é dever dos pais, bem como o sustento e a guarda dos filhos menores, incumbindo ainda aos pais, no interesse dos filhos menores, cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Também o Código Civil, em seu art. 1634 do Código Civil estabelece outros direitos-deveres do poder familiar, complementando o previsto no texto constitucional, ao dispor que:

“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, até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-

---

<sup>10</sup> CASABONA, M. B. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. P. 59

<sup>11</sup> TEIXEIRA, A. C. B. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130.

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”.

Ainda, são atributos do poder familiar a administração dos bens dos filhos menores, posto que, em regra, os pais seriam as pessoas mais adequadas para decidir o que é melhor para o patrimônio de seu filho e, ligando-se a este, o direito de usufruto, o qual por se tratar de usufruto legal, dispensa prestação de contas e de caução referidas no art. 1400 do Código Civil.

### **2.2.1.3 Da suspensão e da extinção do poder familiar**

O poder familiar confere aos pais um complexo de direitos e de deveres em relação aos filhos menores e por se tratar de um *munus* público, o Estado é legitimado para entrar no âmbito familiar com o objetivo de defender os menores que fazem parte dele. O Estado interfere fiscalizando a atuação dos pais, para que não haja abusos, uma vez que o poder familiar não é nem absoluto e nem intangível.

O poder familiar poderá ser suspenso, impossibilitando, assim, o seu exercício temporariamente sendo tal suspensão aplicada em três hipóteses previstas no art. 1637 do Código Civil, quais sejam: se houver o descumprimento dos deveres aos quais os pais são incumbidos, se estes provocarem a ruína dos bens dos filhos ou se forem condenados por sentença irrecorrível em razão de crime que possua pena superior a dois anos de prisão. Caracterizam abuso familiar as duas primeiras hipóteses mencionadas.

Quando os motivos que deram causa à suspensão forem superados, ela poderá ser revista, sendo que a suspensão somente deverá ser aplicada pelo juiz quando não houver outra medida que possa causar o efeito desejado, sempre observando-se a segurança do menor e de seus haveres.

Em contrapartida, a extinção impossibilita o exercício do poder familiar definitivamente. As formas ordinárias de extinção do poder familiar são: a morte dos pais ou dos filhos, a maioridade ou a emancipação do filho, a adoção do filho por terceiros, ou ainda, por decisão judicial.

Havendo a morte de apenas um dos pais o poder familiar ficará concentrado no sobrevivente. A emancipação ocorre mediante instrumento público, por autorização dos pais, sendo dispensada homologação judicial se o filho possuir mais de 16 anos. A adoção determina a perda definitiva do vínculo com o parentesco original, levando também à extinção do poder familiar em relação aos genitores biológicos.

A perda por decisão judicial ocorrerá se houver castigo imoderado do filho, se este for abandonado, se houver a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou se houver a reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

A perda do poder familiar é uma pena civil mais grave e que pode atingir apenas um dos pais, permanecendo o poder familiar com o outro genitor e, se este não possuir condições de assumir o ônus, o juiz irá nomear tutor ao menor. Entretanto, por ser uma sanção imperativa, a perda do poder familiar recai sobre toda a prole. Importante ressaltar que mesmo que ocorra a privação do exercício do poder familiar, os pais não se desobrigam do dever de alimentar, posto que esta obrigação decorre do vínculo de parentesco.

Ressalta Marcos Alves da Silva, que “Se o dever de sustento e amparo material é inerente ao exercício da autoridade parental, por outro lado, não é de

sua essência. O dever de prestação de alimentos é extensivo aos parentes e, também, é recíproco entre pais e filhos”<sup>12</sup>. Desta forma, ainda que os genitores não mais exerçam o poder familiar, eles devem prestar alimentos aos filhos, pois o dever de alimentos não decorre da autoridade parental, mas sim constitui-se em uma necessidade dos filhos, não podendo o pai ou a mãe que praticou atos faltosos ser beneficiado com a liberação do seu dever de sustento e amparo material.

Contudo, deve-se observar, que devido à sua gravidade, a perda do poder familiar deve ser decidida apenas quando o fato que lhe der causa colocar em perigo permanente a dignidade e a segurança do menor. Deve-se preferir a suspensão do poder familiar em detrimento à perda de tal poder quando se verificar a possibilidade de uma posterior recomposição dos laços afetivos.

---

<sup>12</sup> SILVA, M. A. da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 105.



### 3 O INSTITUTO DA GUARDA

A guarda é tratada em diferentes diplomas e oferece uma diversidade de conceitos o que dificulta encontrar um único e apropriado significado a este instituto que é um dos mais delicados do direito de família. A guarda não possui um significado em si própria, ela se define por meio dos elementos que a garantem.

“Derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir, proteção, observação, vigilância ou administração. (...) GUARDA DE FILHOS. É locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E *guarda*, neste sentido, tanto significa a *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”<sup>13</sup>.

Embora a guarda seja um dos atributos do poder familiar, ela não se confunde com este, podendo, inclusive, constituir-se em um direito autônomo. No entanto, enquanto permanecer a sociedade conjugal, a guarda liga-se ao exercício do poder familiar, sem que haja qualquer cisão destes institutos.

A guarda é tanto um direito como um dever dos titulares do poder familiar, sendo um pressuposto que viabiliza o exercício das funções inerentes ao poder familiar, posto que faz com que haja a convivência dos pais com os filhos menores.

---

<sup>13</sup> SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico**/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008. p. 669.

Dispõe o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “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”.

Assim, o detentor da guarda tem o dever de cuidar diretamente do filho, prestando-lhe assistência moral, material e educacional, o que conseqüentemente, gera a convivência com o filho, o que é um direito, o direito de ter o filho sob sua companhia e guarda, garantido pelo art. 1634, II, do Código Civil. A guarda é um dever que determina não apenas a presença física do seu detentor, mas também a presença na educação e no desenvolvimento da personalidade do filho, garantindo a sua integração social.

Ao comentar o art. 384 do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua afirma que:

“[...] é ao lado dos pais, na atmosfera da família, que devem estar os menores, porque é nesse meio que melhor se pode desenvolver o espírito, no sentido do bem, do justo e, ainda do útil social e individual. Reconhece a lei esse direito dos pais, como uma conseqüência natural da paternidade e da maternidade e também, como condição do dever de educação que lhes incumbe”.<sup>14</sup>

A guarda corresponde ao direito de ter o menor em companhia, podendo opor a sua posse a terceiros. A guarda vincula-se aos deveres de prestar assistência moral, educacional e material. Ter o menor sob guarda não significa apenas residir na mesma casa que ele, mas possuir um vínculo afetivo com este, uma relação voltada a atender o menor interesse do menor, a protegê-lo e ampará-lo.

---

<sup>14</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, v. 2. P. 284.

Ainda, estabelece o art. 33 do mesmo diploma legal que “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Desta forma, embora a guarda dos filhos seja um atributo do poder familiar, ela não constitui-se na essência deste poder, podendo não ser conferida aos genitores quando tal atribuição for prejudicial ao menor. Na determinação da guarda deve ser considerado o melhor interesse da criança, mesmo que este seja contrário aos anseios do pai ou da mãe.

### **3.1 Evolução do Instituto da Guarda no Direito Brasileiro**

O artigo 90 do Decreto 181, de 1890 foi a primeira regra no direito brasileiro a tratar do destino dos filhos de pais que não convivem mais. O referido artigo estabelecia que a sentença de divórcio litigioso determinaria a entrega dos filhos comuns e menores ao cônjuge que fosse inocente, bem como fixaria a quantia com a qual o culpado deveria participar para a educação dos filhos, estabelecendo também a contribuição do marido para sustentar a mulher se esta fosse inocente e pobre.

Importante ressaltar que embora tal decreto faça referência ao termo divórcio, o mesmo não se confunde com o divórcio atual, vez que não dissolvia o a relação conjugal, embora autorizasse a separação indefinida de corpos e findasse com o regime de bens, como se o matrimônio houvesse sido dissolvido. Expõe Youssef Said Cahali que

“Disciplinada a separação de corpos como *divórcio* na acepção canônica (*divortium quoad thorum et mensam*), as respectivas causas foram

indicadas no art. 82 e §§: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem cadados há mais de dois anos<sup>15</sup>.

O Código Civil de 1916 disciplinou a questão no capítulo em que tratava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos. Foram diferenciadas as hipóteses de dissolução amigável, quando deveria ser observado o que os cônjuges acordassem acerca da guarda dos filhos e, de dissolução judicial, quando, distintamente, era observada a culpa de um ou de ambos os cônjuges pela dissolução da sociedade conjugal, bem como, o sexo e a idade do menor.

As hipóteses seriam as seguintes: se um dos cônjuges fosse inocente, ele ficaria com os filhos menores; se os dois cônjuges fossem culpados, a mãe ficaria com as filhas enquanto menores e com os filhos até os seis anos de idade, quando estes seriam entregues ao pai; os filhos que fossem maiores de seis anos quando da ruptura eram entregues ao pai. Ainda, se existissem motivos graves, o juiz em qualquer caso e visando o bem dos filhos, poderia regular de forma diversa o exercício da guarda. Da mesma forma, o Código Civil de 1916, previa que se houvesse anulação do casamento e, possuindo os cônjuges filhos em comum, seriam aplicadas as regras acima referidas.

O artigo 16 do Decreto Lei 3.200/1941 tratou da guarda do filho natural estabelecendo que este, enquanto menor, deveria ficar com o progenitor que o reconheceu e, no caso de ambos o terem reconhecido, ficaria sob o poder do pai, salvo se, no interesse do menor, o juiz decidisse de outra forma.

Na situação de desquite judicial, quando os filhos não fossem entregues aos pais, mas sim a pessoa da família do cônjuge inocente que fosse

---

<sup>15</sup> CAHALI, Y. S. **Divórcio e separação**. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

notoriamente idônea, o Decreto Lei 9701 de 03 de setembro de 1946, garantia ao outro cônjuge o direito de visita aos filhos.

Com a Lei 4.121 de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, quando a dissolução da sociedade conjugal fosse litigiosa, o Código Civil passou a disciplinar a guarda dos filhos das seguintes formas: se houvesse cônjuge inocente, a guarda dos filhos menores ficaria com ele; se os dois cônjuges fossem culpados a mãe ficaria com a guarda dos filhos menores, não mais havendo distinção em relação ao sexo dos filhos e, se o juiz não determinasse contrariamente. A guarda dos filhos poderia ser deferida a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, quando o juiz entendesse que os filhos não deveriam ficar com nenhum dos genitores, no entanto, garantia-se o direito de visitas.

O artigo 16 do Decreto Lei 3200/1941 foi posteriormente alterado pela Lei 5.582 de 1970, passando a estabelecer que a guarda do filho natural que fosse reconhecido por ambos os genitores ficaria com a mãe, salvo se desta solução resultasse prejuízo ao menor. A Lei 5.582/70 também acrescentou parágrafos ao art. 16 prevendo a hipótese de a guarda do filho ficar com pessoa idônea, preferencialmente da família de qualquer dos genitores, quando o filho não devesse permanecer com nenhum dos pais e, ainda, previu que o juiz poderia decidir de outra forma, no interesse do menor, se houvesse motivos graves que fossem devidamente comprovados.

A Lei do Divórcio, a Lei 6.515 de 1977, instituiu o divórcio no Brasil e passou a disciplinar os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento nos casos em que ocorria a ruptura por culpa e nos casos em que não havia culpa, revogando as disposições previstas no Código Civil vigente a seu tempo. Contudo, as linhas gerais do Código foram conservadas com algumas adaptações.

Na dissolução consensual deveria ser observado o acordado entre os cônjuges acerca da guarda dos filhos. Na dissolução não consensual o destino dos filhos menores dependia de cada uma das modalidades de dissolução.

“Na hipótese do artigo 5º, caput (divórcio-sanção – conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento), os filhos ficavam com o cônjuge que a ela não deu causa (artigo 10, caput); no caso do artigo 5º, § 1º (divórcio-remédio/ falência – separação de fato há mais de cinco anos), os filhos ficavam com o cônjuge em cuja companhia estavam durante todo o tempo de ruptura da vida em comum (artigo 11); por fim, na hipótese regulada no art. 5º, § 2º (divórcio-remédio – grave doença mental de um dos cônjuges, os filhos ficavam com o cônjuge que estivesse em condição de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (art. 12)<sup>16</sup>”.

Ainda, estabelece a Lei do Divórcio que quando ambos os cônjuges forem culpados pela separação não consensual, os filhos menores devem ficar sob o poder da mãe, independentemente do sexo e da idade. Da mesma forma, o juiz pode, quando verificar que os filhos não devem ficar com nenhum dos pais, determinar que a guarda seja atribuída a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges; bem como, pode o juiz estabelecer de forma diversa das regras ordinárias referentes à guarda, se houver motivo grave e no interesse do menor.

Todos estes critérios estabelecidos são gerais e abstratos. O legislador entendeu que estes critérios seriam os mais apropriados para que os interesses dos filhos menores fossem atendidos, sendo que tais interesses restringem até mesmo o livre acordo entre os pais no caso de separação consensual, posto que o juiz pode se recusar a homologar tal acordo se ficar demonstrado que este não garante de forma adequada os interesses dos filhos menores. Assim, o ponto central na separação dos pais é o predomínio dos interesses dos filhos menores e não a autoridade dos pais.

---

<sup>16</sup> CASABONA, M. B. **Guarda compartilhada** – São Paulo: Quartier Latin, 2006. P. 108

Ainda, com a Lei do Divórcio foram ampliados o direito de visita, o direito de ter os filhos em sua companhia, acompanhando o seu desenvolvimento e educação e, também, foram ampliadas as disposições que tratam da guarda dos filhos menores ou dos maiores incapazes.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 garantiu à criança o direito à convivência familiar e comunitária, sendo tal direito disciplinado pela Lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe em seu art. 33, § 1º que a guarda tem por objetivo regularizar a posse de fato do menor.

Com o Código Civil de 2002 não mais se questionou acerca da culpa ou não dos cônjuges na dissolução da sociedade conjugal, bem como, foi abandonada a predominância da mulher na fixação da guarda quando ambos os cônjuges eram responsáveis pela ruptura.

O referido diploma legal seguiu o espírito do sistema vigente até então, buscando preservar o superior interesse do menor em conformidade com o previsto no Princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, segundo o qual:

“A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. **Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança**”<sup>17</sup>. (Grifos nossos).

O Código Civil de 2002 trata da guarda dos filhos inicialmente como um dos direitos-deveres inerentes ao casamento ou à união estável, obrigando ambos os cônjuges ou conviventes. Posteriormente, refere-se à guarda como uma

---

<sup>17</sup> **Declaração Universal Dos Direitos Das Crianças – UNICEF**. 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos\\_internacionais/id90.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id90.htm)>. Acesso em: 18/07/2008

forma de proteção dos filhos quando da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável.

A Lei 11.698, sancionada em junho de 2008, alterou a redação do Código Civil, disciplinando o que antes estava previsto no art. 1584 do referido diploma, consagrando como critérios de decisão do juiz os princípios da proteção integral e do superior interesse do menor, ao dispor no § 2º do art. 1583 que:

”A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação”.

Ainda, dispõe o § 3º do mesmo artigo que o pai ou a mãe que não detiver a guarda unilateral se obriga a fiscalizar os interesses dos filhos.

Traz ainda a Lei 11.698 de 2008 alterações nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil, tratando da Guarda Compartilhada, a qual não possuía até então dispositivo legal que a regulamentasse, no entanto, tal instituto será tratado posteriormente por este trabalho.

Permanece no Código Civil de 2002 a disposição de que o juiz, havendo motivos graves, em qualquer caso e no interesse dos filhos, poderá regular de forma diversa a guarda dos filhos. O art. 1588 confere ao pai e à mãe que contrair novas núpcias, o direito de ter consigo os filhos havidos em leito anterior.

Ainda, o pai ou a mãe que não possuir a guarda dos filhos, possui o direito de visitá-los e de tê-los em sua companhia, em conformidade com o art. 1589 do Código Civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se à guarda como o instituto que tem por objetivo regularizar a posse de fato, podendo ser concedida liminar ou incidentalmente, nas situações de tutela e de adoção, salvo em



procedimentos de adoção por estrangeiro, quando é juridicamente impossível. A guarda prevista no ECA tanto pode ser definitiva, nos casos de tutela e de adoção, quanto pode ser provisória, no caso do § 2º, do art. 33, que estabelece que:

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

Diferentemente da tutela e da adoção, a guarda não modifica o poder familiar, possuindo os pais o dever material de prestar assistência, como os alimentos, embora o detentor da guarda tenha o dever de prestar assistência material, educacional e moral.

A fixação da guarda deve sempre observar a proteção integral dos filhos, bem como o superior interesse destes, tornando efetivo o seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, assegurado constitucionalmente.

### ***3.2 Da Cisão da Guarda dos Filhos***

A guarda dos filhos menores é exercida igualmente pelos genitores enquanto eles vivem juntos, uma vez que, em conformidade com o art. 226, § 5º, da Constituição Federal, o homem e a mulher exercerão em igualdade de condições os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal.

A guarda dos filhos menores é exercida, ordinariamente, em conjunto pelos pais; no entanto, mesmo sem a suspensão ou a perda do poder

familiar, poderá haver a necessidade de os filhos serem entregues a terceiros, os quais poderão ser parentes ou não dos genitores. Poderá o juiz, quando houver motivos graves e a bem do menor, deferir a sua guarda a terceiros, perdendo os pais o direito de ter seus filhos em sua companhia e guarda.

Quando os pais deixam de viver juntos há a cisão da guarda comum, passando os filhos a conviverem com apenas um dos genitores, mas é assegurado ao outro o direito de visitas e de fiscalização da guarda, devendo haver a manutenção das relações entre o pai ou mãe que não é detentor da guarda e o filho. Os pais continuam titulares da autoridade parental mesmo havendo a cisão da guarda, os vínculos entre pais e filhos não são rompidos.

### **3.2.1 Da guarda dos filhos na união estável**

A Constituição Federal em seu art. 226, § 3º, reconheceu, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, para efeito de proteção do Estado.

O exercício do poder familiar é de atribuição dos pais enquanto durar a união estável, sendo que este exercício será realizado em igualdade de condições.

A Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, que regulamenta a união estável, estabeleceu em seu art. 2º, inciso III, que a guarda, o sustento e a educação dos filhos comuns estão entre os direitos e deveres iguais dos conviventes. Tal lei, contudo, não tratou da questão da guarda quando da dissolução da união estável, devendo ser aplicado, por analogia, o disposto no Código Civil.

Importante ressaltar que assim como na separação judicial e no divórcio, dispõe o art. 1632 do Código Civil que a dissolução da união estável não modifica “as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

### ***3.3 Critérios para Determinação da Guarda dos Filhos Menores***

Enquanto há união entre os pais, a guarda é um direito de ambos, como atributo do poder familiar, devendo ser exercida por ambos os pais. Passam a existir dúvidas referentes à guarda dos filhos quando há a separação dos pais, posto que aqueles não mais conviverão com ambos os genitores devendo ficar com apenas um deles.

Quando há a separação judicial, a nulidade ou anulação do casamento ou ainda, a dissolução da união estável, a guarda dos filhos será determinada por meio de decisão judicial. Pode também a guarda ser estabelecida através de acordo, que seja homologado judicialmente quando houver separação consensual ou divórcio direto consensual, contudo, tal acordo poderá ser recusado se entender o juiz que não prevalece o interesse do filho em tal acordo, ou seja, que não está sendo priorizado o bem estar do menor.

Ainda, poderá o juiz fixar a guarda a outra pessoa que não os genitores, a fim de garantir o bem estar do filho, em conformidade com o art. 1584, § 5º, do Código Civil, que com a alteração pela Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, passou a dispor que verificando o juiz que o filho não deve continuar sob a guarda dos genitores, a guarda deverá ser atribuída a pessoa que possua

compatibilidade com a medida, sendo preferencialmente considerados o grau de parentesco e as relações de afinidade e de afetividade.

Portanto, independentemente da forma como for fixada, a guarda deverá sempre atender ao interesse do filho. Ao determinar a guarda o juiz deverá sempre ter por base o melhor interesse do menor, e não o interesse dos pais, podendo a guarda não ser atribuída a o pai ou à mãe do menor, se tal forma de atribuição melhor atender ao princípio do melhor interesse do menor.

### **3.3.1 O Princípio do Melhor Interesse do Menor**

A expressão do Direito Anglo-Saxão, *best interest of the child*, ressalta, não exaustivamente, pontos gerais que devem ser considerados quando se verifica o interesse do filho em situações em que estejam discutindo a guarda, o direito de visitas e a adoção, quais sejam, o amor e os vínculos afetivos entre o detentor da guarda e o menor; a capacidade do detentor da guarda em propiciar à criança amor e orientação; a aptidão do guardião assegurar o sustento do menor; o padrão de vida que ele pode oferecer à criança; a saúde do detentor da guarda; a habilidade daquele que possui a guarda em estimular o relacionamento do menor com o que não possui a guarda.

A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1989, viabilizou o ingresso da Doutrina da Proteção Integral no plano jurídico e, esta doutrina em conjunto com os princípios assegurados na Constituição Federal de 1988, deram origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

No dizer centrado de Rodrigo da Cunha Pereira:

“[...] o que a Convenção proclama é a prioridade absoluta e imediata da infância e da juventude, conduzindo a criança e o adolescente a uma consideração especial, sendo seus direitos fundamentais universalmente salvaguardados. Além disso, impõe aos pais e responsáveis o dever de dirigir às crianças cuidados especiais, corolário do Princípio do Melhor Interesse da Criança.<sup>18</sup>”

O princípio da proteção integral da criança engloba o princípio do melhor interesse do menor, sendo que pelo princípio da proteção integral busca-se assegurar que toda a criança e adolescente tenham além de seus direitos fundamentais, que possuem como pessoas, direitos próprios e especiais, tendo em vista a sua condição de pessoa em desenvolvimento, com o fim de ser dada uma proteção diferenciada, especializada e integral.

O princípio do melhor interesse do menor, reafirmado pelo princípio da proteção integral da criança, é assegurado no art. 227 do texto constitucional, o qual possui suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, anteriormente mencionada neste estudo e que prevê como o seu Princípio II que o interesse superior da criança deverá ser tomado como fundamento na elaboração de leis que tenham como fim assegurar a proteção especial, oportunidades e serviços que possibilitem o desenvolvimento físico, mental, moral e social de forma saudável e normal, bem como condições de liberdade e dignidade para as crianças.

Também a legislação infraconstitucional assegura que sejam preservados os interesses dos filhos, dispondo o Código Civil que a guarda unilateral deverá ser conferida ao genitor que possuir melhores condições para exercê-la.

---

<sup>18</sup> PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Ao fixar com quem ficará a guarda do menor, o juiz deverá atentar para que os seus interesses sejam assegurados e não os interesses de qualquer dos seus genitores. Ao estabelecer a guarda, devem ser respeitados os direitos tanto do pai quanto da mãe, no entanto, tais direitos não poder se chocar com os direitos do filho, prejudicando o seu bem estar.

Não há, no entanto, uma definição precisa do que seja o melhor interesse do menor; o melhor interesse do menor é inicialmente determinado pelo juiz em cada caso concreto, ele é utilizado pelo juiz para determinar a guarda em cada caso concreto.

“O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.<sup>19</sup>”

Deve-se, contudo, diferenciar o interesse material do interesse moral, devendo prevalecer este em detrimento daquele quando da fixação da guarda, uma vez que o genitor que possuir mais recursos deverá repassá-los ao filho, independentemente de ser ou não o guardião, pois, possui o dever de alimentos.

No interesse moral deve ser considerada a idade do menor, que quando ainda for de tenra idade necessita de carinho constante e cuidado

---

<sup>19</sup> LEITE. E. de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p. 197.

particular, como a amamentação, possuindo assim, o filho, um vínculo maior com a mãe.

Quando a criança já possui um certo discernimento deverá ser considerado para fixação da guarda o ambiente em que os pais vivem, sua capacidade educativa e o tempo disponível que possuem para se dedicarem ao filho.

Da mesma forma, ao se estabelecer a guarda o juiz deve atentar-se para a situação de haver ou não irmãos, posto que, sendo possível, eles deverão ser mantidos unidos, pois, se forem separados a solidariedade que existe entre eles será enfraquecida, bem como haverá uma separação ainda mais forte na família que já se encontra fragmentada; devendo, no entanto, ser estabelecido um regime de visitas amplo e geral.

Não há na lei previsão de que o filho deverá escolher com qual dos pais deverá ficar, mesmo porque, não se pode solicitar a uma criança que tome tal decisão. Contudo, recomenda-se que o menor seja ouvido, considerando-se a sua idade, a fim de que o juiz possa melhor determinar com qual genitor ficará a guarda.

Ainda, como critério de fixação da guarda a fim de bem atender o melhor interesse do menor, deve ser considerado o comportamento dos pais. Devem ser consideradas tanto as condições materiais quanto as condições morais dos pais. A guarda do filho menor não deve ser atribuída ao pai ou à mãe que pratica condutas reprováveis, imorais e até mesmo ilícitas.

Em conformidade com Waldyr Grisard Filho:

“Na atribuição da guarda, atento o Estado ao vetor do artigo 227 da CF, pais e filhos devem ser considerados em suas necessidades, direitos e limitações. É preciso que a decisão judicial considere os sujeitos ativo e

passivo do instituto em sua globalidade, objetivando a solução mais justa e que priorize o prevalente interesse da prole”<sup>20</sup>.

Assim, ao determinar a guarda deverá sempre ser levado em consideração o melhor interesse do menor. Deverá o juiz analisar cada situação em concreto, considerando também o comportamento dos genitores, vez que se estes agem de forma que possa prejudicar a educação, a criação, a formação do menor, a guarda não deverá lhes ser atribuída.

Desta forma, deve ser priorizado na fixação da guarda dos filhos o melhor interesse do menor, ainda que estes possam ser contrários aos interesses, muitas vezes egoístas, de seus pais.

---

<sup>20</sup> GRISARD F., W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 106.



## **4 MODALIDADES DE GUARDA DOS FILHOS**

A guarda é tratada em diferentes diplomas e oferece uma diversidade de conceitos o que dificulta encontrar um único e apropriado significado a este instituto que é um dos mais delicados do direito de família. A guarda não possui um significado em si própria, ela se define por meio dos elementos que a garantem.

### ***4.1 A Guarda Uniparental***

Enquanto os pais vivem juntos, seja em decorrência do matrimônio ou da união estável, a guarda dos filhos é exercida conjuntamente por ambos; entretanto, quando há a separação, a guarda dos filhos, geralmente, passa a ser exercida por apenas um dos pais, surgindo uma disputa pela guarda dos menores.

A determinação referente a com que genitor ficará o menor deve buscar solucionar este problema da melhor forma, sem gerar mais conflitos, observando o que for acordado pelos interessados e o melhor interesse da criança.

Ambos os genitores permanecerão detentores do poder familiar, no entanto, como já dito anteriormente, a guarda será atribuída a apenas um deles, que concentrará os deveres e funções inerentes ao poder familiar, devido à maior convivência que possuirá com o menor.

“É absoluta e incondicional a função, seja com relação ao filho, seja com relação aos pais, permanecendo intocada, portanto, a titularidade, ainda que o exercício venha a sofrer alterações. No mais, conferir-se a guarda do filho a um dos pais, quando não convivem, é providência necessária e inafastável, também para que se discriminem as responsabilidades de um e outro e para que o filho saiba sob poder de quem está, quem lhe dirige os interesses e lhe conduz educação, e a quem deve obediência em primeiro plano”<sup>21</sup>.

Contudo, deve-se ressaltar que a guarda exclusiva não acarreta o exercício absoluto e ilimitado do poder familiar pelo genitor guardião, uma vez que o outro genitor também preserva os seus direitos e deveres inerentes ao poder familiar sem que seja excluído da vida do menor.

O genitor não detentor da guarda do menor, dentre outros direitos, ficará com o direito de visita. Deve-se destacar que o direito de visita é um direito tão importante quanto o direito à guarda, não devendo este ser entendido como prevalente àquele. É também um direito que o menor possui, o direito de ser visitado, não só pelos pais, mas por todos aqueles que lhe querem bem.

#### **4.1.1 Direitos e Deveres dos Detentores e dos Não Detentores da Guarda dos Filhos Menores**

A dissolução da sociedade conjugal ou da união estável não altera a titularidade do poder parental e nem as relações paterno-filiais, os direitos e os deveres recíprocos, bem como o vínculo afetivo, permanecem mesmo com a separação dos pais.

---

<sup>21</sup> COMEL, D. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 250

Embora não seja alterada a titularidade do poder parental com a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, o exercício do referido poder será modificado. O genitor que possuir a guarda do filho irá exercer por completo a sua autoridade parental, por estar mais próximo ao filho. Em contrapartida, o pai que estiver vinculado indiretamente ao filho, o que não possuir a sua guarda, terá a sua autoridade parental enfraquecida.

Após a separação dos pais, aquele que não detiver a guarda do filho deverá fiscalizar se estão sendo atendidos os seus interesses, se está recebendo uma educação adequada, possuindo o direito de manter uma boa comunicação com o filho. Já o genitor que obtiver a guarda do filho, irá exercer unilateralmente todos os direitos e deveres que antes eram assumidos conjuntamente.

O pai ou a mãe que tiver a guarda do filho menor tem o direito de possuir o filho consigo, estabelecendo-lhe a residência, protegendo-o, educando-o e sustentando-o. Deve o detentor da guarda proporcionar o pleno e adequado desenvolvimento do filho menor, tanto seu desenvolvimento físico quanto moral, psicológico, posto que é este genitor que convive diariamente com o menor.

O pai que não possuir a guarda do filho, além de exercer alguns direitos conjuntamente com o detentor da guarda, como o direito de conceder ou negar consentimento para casar, exigir-lhe obediência, dentre outros, possuirá direitos próprios, como o direito de visita e o direito de fiscalização. Sendo que permanece o seu dever de prestar alimento, mesmo com a ruptura da união existente entre os pais do menor.

No que tange ao direito de fiscalização, ele refere-se ao direito que possui o pai não detentor da guarda de exercer indiretamente a sua autoridade parental, principalmente nos casos em que o genitor guardião exercer incorretamente a sua autoridade parental, agindo com abuso, omissão, irregularidade ou negligência. Nestes casos, o pai ou mãe que não possuir a

guarda do filho menor poderá reclamar ao juiz providências para que o problema seja solucionado.

Ainda, em relação ao dever de alimentos, este é um efeito patrimonial da ruptura; é um dever que surge com a parentalidade. O dever de alimentos deve ser cumprido, igualmente, por ambos os genitores, conforme o art. 1568 do Código Civil que dispõe que “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”.

O Código Civil não definiu o que são os alimentos. Entende-se, entretanto, que tal dever visa satisfazer as necessidades básicas do filho, tais como educação, habitação, vestimentas, alimentação, dentre outras. O dever de alimentos deve ser exercido por ambos os genitores ainda que seja dissolvida a sociedade conjugal ou a união estável, inclusive, deve o genitor não-guardião exercer este dever de alimentos, o qual pode se prolongar mesmo para além da maioridade quando o filho que possui direito aos alimentos estudar, por exemplo.

Deve-se, ainda, observar que ao fixar os alimentos o juiz deverá considerar a proporção dos recursos dos genitores, posto que não há regras pré-estabelecidas a este respeito. Ao fixar a quantia deverão ser observados alguns critérios, como o número de filhos, a idade destes, se eles estudam ou não; bem como se o genitor constituiu outra família possuindo outros filhos.

Em relação ao direito de visita, este tem por objetivo preservar uma relação natural e apropriada entre o filho e o pai ou a mãe que não detém a guarda do menor, buscando fortalecer os vínculos em uma relação paterno-filial, assim como, visa abrandar a necessidade de convivência do filho com os seus pais, quando aquele está sob a guarda de apenas um genitor.

Contudo, deve-se tomar em consideração que quando a visita acarretar prejuízo ao menor, desestabilizando-o emocionalmente, gerando danos ao seu desenvolvimento psicológico, ela deverá ser suspensa.

#### 4.1.2 O direito de visita

Quando há a cisão da guarda, é estabelecido o direito de visita, seja por acordo dos pais ou por uma determinação judicial. O direito de visita é assegurado ao genitor que não possui a guarda do menor, tendo como objetivo preservar o relacionamento entre os pais e os filhos que não mais convivem, ainda que não seja a forma mais adequada para fazê-lo.

Deve-se destacar, que o direito de visitas não deve ser assegurado apenas ao pai ou à mãe que não possui a guarda do filho, mas também a outros familiares, visando garantir ao menor a convivência familiar. Nas palavras de Maria Alice Zaratin Lotufo:

“[...] faz parte do direito da personalidade dos filhos ser visitado e não só pelos pais, mas por todos que lhe querem bem; correlatamente os tribunais têm reconhecido o direito dos avós visitarem seus netos e decisões têm proliferado nesse sentido já há algum tempo, nem sempre com apoio unânime da doutrina. Pensamos que àqueles deve ser atribuído o direito de visita, não só porque existe uma relação natural de afeto entre avós e netos, abstraindo-se, é claro, exceções que em quaisquer tipo de relação podem existir, mas também, pelos direitos e obrigações que surgem do parentesco, inclusive a obrigação de alimentar”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> LOTUFO, M. A. Z. **Curso avançado de direito civil**, volume 5: direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 271.

No que tange ao direito de visita do genitor não guardião, o Código Civil assegura tal direito em seu art. 1589, assegurando a ele também o direito de ter o filho em sua companhia.

O direito de visita busca preservar uma natural e apropriada comunicação do menor com o genitor com o qual não mais convive, para estimular e fortalecer os vínculos existentes entre o pai ou a mãe e os filhos. Tal instituto tem por objetivo reduzir a necessidade de convívio dos menores com os seus pais quando não mais convivem com um deles.

Este instituto não visa apenas preservar o vínculo afetivo entre pais e filhos, mas também assegurar que os deveres de educação e de formação moral sejam cumpridos pelo pai ou pela mãe com o qual o menor não mais convive. Assim, o direito de visita não consiste apenas em atender a um direito dos pais, mas, principalmente, a atender o interesse do filho.

Conforme afirma Waldyr Grisard Filho, a doutrina e a jurisprudência entendem existir três modalidades usuais de visitação, quais sejam, a livre, a de mínima regulamentação e a extremamente regulamentada. Na forma livre são possíveis eventuais alterações, demandando uma maior compreensão e tolerância, sendo o modelo que melhor atende aos interesses dos filhos adolescentes, por não conflitar com outras atividades que possua que sejam próprias de sua idade<sup>23</sup>.

O modelo de visitação extremamente regulamentado, ao contrário do anterior, possibilita um controle de seu cumprimento, podendo haver uma planificação das atividades, o que pode gerar conflitos na relação entre o pai ou a mãe e o filho. O modelo de visitação mais utilizado é o da mínima regulamentação, que estabelece que o genitor não guardião terá o filho em sua

---

<sup>23</sup> GRISARD F., W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

companhia em finais de semana alternados, é uma forma de visitação quinzenal. No entanto, tal modelo não atende o melhor interesse da criança, vez que ocasiona um grande afastamento tanto físico quanto emocional.

O direito de visitas deve ser exercido da forma mais ampla possível, sempre se levando em consideração o melhor interesse do menor, não devendo, contudo, causar prejuízos na vida social do menor e nem atrapalhar a sua vida escolar.

## **4.2 A Guarda Alternada**

A guarda alternada, ainda confundida com a guarda compartilhada, é a modalidade de guarda na qual o pai e a mãe dividem igualmente o tempo passado com os filhos. Neste tipo de guarda cada um dos genitores detém a guarda dos filhos de forma alternada, em conformidade com um ritmo de tempo, o qual pode ser anual, mensal, semanal ou outro período que seja acordado.

Enquanto um dos genitores exercer a guarda, caberá ao outro o direito de visita. Findo este período, o filho retorna para a casa do genitor a quem anteriormente competia o direito de visita, passando este a exercer a guarda do menor. Ao fim de mais um período, invertem-se novamente os direitos e deveres dos pais, mudando novamente a criança para a casa do outro genitor.

Ao tratar desta modalidade de guarda, Eduardo de Oliveira Leite a explica como sendo a guarda em que:

“cada genitor exercerá, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento, administração legal etc.). Enquanto exerce a guarda, o outro se beneficiará do direito de visita

e, assim, sucessivamente. Sem qualquer intervenção judicial, ao final de cada período, previamente ajustado, a criança passa das mãos do atual detentor da guarda para o genitor que só exercia a visita”<sup>24</sup>.

Há também uma outra forma de guarda alternada, também denominada aninhamento ou nidação, na qual os filhos permanecem na mesma casa e, quem alterna de residência por períodos iguais, são os genitores.

Alguns autores entendem que este tipo de guarda seja adequada quando o pai ou a mãe viaja por um período maior para o exterior; bem como, tal modelo permite que os filhos mantenham uma relação estreita com ambos os genitores. No entanto, continua sendo uma guarda única, ainda que por períodos.

Ainda, a guarda alternada é criticada pelo fato de que fica difícil estabelecer hábitos, padrões e até mesmo valores para a formação do menor, principalmente quando este for ainda muito jovem. Este modelo de guarda pode ocasionar uma instabilidade emocional e psíquica no menor, pois este fica alternando sua residência, sua rotina e o convívio com cada um de seus genitores. Como bem explana Waldyr Grisard Filho:

“As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica”.<sup>25</sup>

Não há no direito brasileiro previsão desta modalidade de guarda de filhos, devendo a mesma ser evitada por apresentar desvantagens para estes,

---

<sup>24</sup> LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.259;

<sup>25</sup> GRISARD F., W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 121.



conforme explicitado acima, indo desta forma, de encontro ao princípio do melhor interesse do menor.

### **4.3 A Guarda Compartilhada**

#### **4.3.1 Noção de guarda compartilhada**

A Guarda Compartilhada, ou Conjunta, tem como base a necessidade de fazer com que pais e filhos convivam efetivamente, preservando os vínculos afetivos. Os filhos devem conviver com ambos os pais e não com apenas um deles como ocorre na guarda unilateral. Deve-se, contudo, destacar que ao usar o termo conviver não está se referindo apenas a morar na mesma residência, mas a ser criado, educado, por ambos os pais; significa que ambos os genitores devem participar da formação da personalidade dos filhos, sempre levando-se em consideração o melhor interesse do menor.

No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira:

“O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste íterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. [...] Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, não exista nada que os desabone.”<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> PEREIRA. R. da C. **Princípios norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.135.

Como já mencionado anteriormente, a guarda compartilhada tem sido confundida com a guarda alternada, no entanto, esta modalidade de guarda não é aconselhável pelo fato de a criança ficar alternando sua residência, o que pode lhe abalar psicológica e emocionalmente, principalmente quando o menor for muito pequeno ou considerando-se certas circunstâncias que possam estar presentes.

Ao contrário da guarda alternada, na guarda compartilhada entende-se que a criança deve ter uma residência principal, um lugar estável, o qual ela possa ter como referência para os demais aspectos de sua vida. Na guarda compartilhada, o menor reside com apenas um dos pais durante todo o tempo, não alternando a sua residência, entretanto, tal modalidade de guarda faz com que o pai ou a mãe que não possui a guarda do filho tenha uma participação mais efetiva na vida deste. Busca fazer com que o genitor não-guardião tenha uma efetiva convivência com o filho, não possuindo apenas o direito de visitá-lo.

Segundo Waldyr Grisard Filho:

“A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> GRISARD F., W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 127.

A Guarda Conjunta é uma das formas de exercício do poder familiar, neste caso, os pais continuam exercendo a autoridade parental mesmo que tenha havido uma ruptura na família. Ambos os genitores permanecem com a guarda jurídica dos filhos, ainda que um deles resida em local separado, não possuindo a guarda física. Da mesma forma, resguarda-se o direito do menor de ser assistido tanto pelo pai quanto pela mãe em caso de fragmentação da família.

#### 4.3.2 A guarda compartilhada e o direito comparado

A guarda compartilhada já vinha sendo estudada, difundida e aplicada há mais tempo no direito comparado. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo:

“A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. [...] Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos<sup>28</sup>”.

A guarda conjunta tem sua origem no sistema da *commom law*, tendo surgido, segundo muitos doutrinadores, no Inglaterra, desenvolvendo-se, posteriormente, no direito francês, tendo atingido em seqüência o direito americano e o canadense. Estes sistemas iniciaram o estudo da guarda conjunta

---

<sup>28</sup> LÔBO. P. L. N. **Do poder familiar** in direito de família e o novo código civil. Coordenação de Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira. 3ª ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185.

como uma forma de assegurar a ambos os pais, após a separação destes, uma maior participação na vida dos filhos menores.

#### 4.3.2.1 Direito inglês

No direito inglês, até o século XIX a guarda dos filhos menores ficaria com o pai em caso de conflito; posteriormente, tal direito passou a ser da mãe. Mais tarde, entendendo haver injustiça agora com os pais, os Tribunais passaram a determinar que a guarda fosse dividida (*split order*) entre ambos os genitores a fim de que fosse assegurado o melhor interesse da criança e de que ambos os genitores pudessem participar da criação e do desenvolvimento do menor. Haveria neste modelo o compartilhamento da guarda, o exercício conjunto do poder familiar, a mãe seria responsável pelos cuidados diários com o filho (*care and control*) e, o pai se encarregaria de orientar a vida do menor (*custody*).

No dizer sempre expressivo de Eduardo de Oliveira Leite:

“Como a guarda confere ao seu titular poderes muito mais amplos sobre a pessoa do filho, a perda deste direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não atribuição, através da *split order* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *care and control* (isto é ‘cuidado e controle’), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody* (custódia)”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 265.

As decisões inglesas eram orientadas pelo melhor interesse da criança e pela igualdade entre os pais, tendo se propagado para os países que adotam o sistema da *common Law*, como o Canadá, a partir da década de 70, que possibilita em sua lei federal sobre o divórcio, de 1985, que a guarda do menor seja atribuída a várias pessoas.

#### **4.3.2.2 Direito francês**

Na França a noção da guarda conjunta foi desenvolvida a partir da década de 70 a fim de amenizar as injustiças ocasionadas pela guarda uniparental, conforme constatado na Inglaterra anteriormente.

A jurisprudência desenvolvida na França deu origem à Lei 87.570, de julho de 1987, denominada lei Malhuret, Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que alterou os dispositivos do Código Civil Francês. O artigo 287 do referido Diploma Legal passou a dispor que a autoridade parental será exercida em comum, por ambos os pais, conforme o interesse dos menores, devendo o juiz determinar na casa de qual dos genitores o menor fixará a sua residência. Ainda, o art. 371-2 do mesmo texto legal, determina que o poder familiar pertence ao pai e à mãe, sendo atribuído a estes o dever e o direito de guarda do filho, cuidado e educação, permanecendo estes direitos mesmo após o divórcio do casal.

A lei de Malhuret trouxe alterações ao direito francês que permitem que os pais organizem a criação e a educação dos filhos para a fase posterior ao divórcio. A mencionada lei tem como base a guarda conjunta, buscando viabilizar o exercício compartilhado da autoridade parental no caso da família fragmentar-se, busca fazer com que tanto o pai, quanto a mãe, ainda que separados, conservem

o poder familiar e participem de forma igual das decisões importantes referentes ao menor.

#### **4.3.2.3 Direito americano**

Os Estados Unidos, também passaram a adotar a guarda compartilhada, sendo que a partir da década de 80, cerca de 40 Estados norte-americanos promulgaram leis que privilegiam a convivência contínua do menor com ambos os pais.

Há a dificuldade de aplicação uniforme desta modalidade de guarda devido ao fato de cada Estado norte-americano ter a sua própria lei, entretanto, a fim de se evitar conflitos jurisdicionais de competência entre tribunais estaduais, que provocariam efeitos danosos ao melhor interesse do menor, há a tentativa de se uniformizar a legislação referente à guarda conjunta. A *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* é o resultado desta tentativa, sendo adotada por um número crescente de Estados.

Os Estados possuem uma política pública de garantir aos filhos menores, após a separação ou divórcio dos pais, uma convivência contínua com estes, devendo os direitos e deveres serem compartilhados entre os genitores. Presume-se que a guarda compartilhada atende ao melhor interesse do menor.

Nos Estados Unidos a guarda conjunta, possui grande relevância, sendo intensamente discutida e estudada, devido ao aumento do número de pais envolvidos na criação e educação de seus filhos. Há nos Estados Unidos uma

ampla divulgação aos pais acerca desta modalidade de guarda, incentivando que a mesma seja adotada.

Tal divulgação é feita no sentido de esclarecer que, mesmo com o divórcio ou a separação, as decisões referentes aos filhos serão tomadas em conjunto pelos pais. Da mesma forma, a criança deve passar o maior tempo possível com ambos os genitores. Tal modalidade de guarda é a que mais se aplica no direito norte-americano, havendo, entretanto, ressalvas quando os pais estão em conflito.

#### **4.3.2.4 Direito português**

Embora a Constituição Portuguesa estabeleça uma igualdade entre homens e mulheres ao dispor que o poder paternal é um direito e dever dos dois genitores na educação e desenvolvimento dos filhos, quando há uma separação, o poder parental é atribuído, em regra, ao pai que detiver a guarda do menor. Preferiu o direito português a guarda unilateral.

Não havendo acordo entre os pais, deverá o tribunal, por meio de decisão fundamentada, determinar que a autoridade parental será exercida pelo pai ou pela mãe que detiver a guarda do menor, devendo tal decisão atentar para o melhor interesse do menor.

O art. 1906, 1, do Código Civil Português, garante ao genitor não guardião o direito de visita, preservando com o filho as relações paterno-filiais e fiscalizando a forma como tem sido educado pelo genitor que detém a guarda do

menor, não possuindo, contudo, qualquer poder de decisão em relação aos seus filhos.

Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira:

“O que se nota é que esse sistema acarreta a quebra nos laços afetivos com o genitor não guardião, impedindo-o de participar da educação do filho e contribuir para a construção de sua personalidade e dignidade. A separação dos pais acarreta, também, a separação de um dos genitores dos filhos. A redução da relação entre pais e filhos às visitas e à vigilância acarreta séria limitação a um relacionamento que é grandioso por si só. Esse rompimento pode produzir conseqüências gravíssimas para o crescimento biopsíquico saudável do menor.<sup>30</sup>”

Devido a este prejuízo que é ocasionado aos filhos, os tribunais têm admitido a guarda compartilhada, exercendo os pais, conjuntamente, a autoridade parental, o que aumentou em quantidade e qualidade os direitos do pai ou da mãe que não possui a guarda do menor. A guarda conjunta passou a ser admitida no direito português, estando, contudo, submetida a acordo entre os pais, devendo o juiz tentar obter tal acordo. Não sendo obtido, o juiz deverá estabelecer a guarda uniparental.

#### 4.3.2.5 Direito espanhol

No direito espanhol os genitores exercem em conjunto a autoridade parental, possuindo a faculdade de ter os filhos menores em sua companhia. No caso dos genitores se separarem, via de regra, a guarda dos filhos será conferida

---

<sup>30</sup> TEIXEIRA, A. C. B. **Família**, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 114 e 115.



ao genitor com o qual o filho residir, entretanto, se o outro genitor assim o solicitar, o juiz poderá atribuir ao solicitante o exercício conjunto, atentando-se para o melhor interesse do menor; ou, poderá ser solicitado também, que as funções inerentes ao exercício do poder familiar sejam divididas entre os genitores.

Este modelo de atribuição da guarda no direito espanhol, que estabelece legalmente que a guarda será conferida ao genitor com o qual o menor conviva é bastante criticado porque vincula o exercício do poder familiar a um fato, sendo que este é voluntário para os dois, ou ao menos, para um dos pais.

Tal modelo também é criticado pelo fato de que ao conferir o exercício do poder familiar ao genitor com o qual o filho conviva, retira-se, quase que em sua completude, o exercício da autoridade parental pelo outro genitor.

Deveria a guarda conjunta, prevista no Código Civil Espanhol como uma possibilidade, ser a regra geral, para evitar a desigualdade configurada, em que um dos pais exerce a grande maioria das responsabilidades enquanto que o outro apenas passa períodos de tempo com o filho, sem preservar de forma adequada os vínculos afetivos ou participar ativamente de sua criação, não tomando, também, decisões importantes acerca do menor.

#### **4.3.2.6 Direito italiano**

Em 1975 o Direito de Família Italiano passou por uma reforma que introduziu relevantes alterações no Código Civil, dentre as quais, a igualdade entre os cônjuges passou a ser a base dos deveres dos pais em relação aos filhos.

O direito italiano assemelha-se ao direito português ao estabelecer que o genitor que não possuir a guarda do filho menor possui o direito de visita e o direito de vigilância.

Após a separação, o divórcio ou a anulação do casamento, a titularidade permanece com ambos os genitores, entretanto, o exercício da autoridade parental é conferido ao pai ou à mãe a quem o filho for confiado.

Além do direito de visita e do direito de vigilância, o genitor não guardião possui também o direito de tomar decisões relevantes que digam respeito à educação, à criação do menor, bem como, recorrer ao juiz quando entender que o genitor guardião tiver tomado alguma decisão que possa causar prejuízo ao seu filho. Ainda, em conformidade com o artigo 159 do Código Civil Italiano, o Juiz do divórcio, poderá dispor que os poderes referentes à autoridade parental devam ser exercidos por ambos os cônjuges e não somente pelo cônjuge que detiver a guarda do menor.

#### **4.3.2.7 Direito alemão**

Antes da lei do divórcio de 1977, a guarda no direito alemão era atribuída de acordo com a pesquisa da culpa pela separação. Em 1979, com a lei sobre a guarda, não só o termo pátrio poder (*elterliche Gewalt*) foi substituído pela expressão cuidado parental (*elterliche Sorge*), como também a guarda passou a ser estabelecida atentando-se para o melhor interesse do menor, a apenas um dos genitores.

Contudo, em 1982, tal regra foi considerada inconstitucional, visto que o cuidado e a criação dos filhos são direitos e deveres dos dois genitores, que devem assegurar os interesses do menor. Entendeu-se que o Estado não poderia intervir nos casos em que após a separação, os pais estão aptos a exercer conjuntamente o cuidado paternal, principalmente, se não há interesse por parte do filho de que tal cuidado seja exercido por apenas um dos pais.

Assim, a guarda, no direito alemão passou a ser conferida a ambos os genitores em conjunto. Via de regra, a confere-se a guarda compartilhada, porque entende a legislação alemã que a guarda do menor é tanto uma obrigação quanto um direito conjunto.

A necessidade de uma decisão pelo tribunal no caso de divórcio foi suprimida, devendo o tribunal manifestar-se apenas quando um dos pais solicitar que a guarda seja conferida somente ao solicitante.

Ainda, no direito alemão, a guarda dos filhos extramatrimoniais segue a mesma regra, quando os pais desejam exercer conjuntamente a guarda dos filhos. Entretanto, a guarda conjunta não é a regra geral para os filhos extramatrimoniais, pois, se um dos genitores solicitar e não havendo acordo entre estes, o direito de guarda será sempre atribuído pela lei à mãe.

### **4.3.3 A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro**

Conforme já tratado anteriormente neste trabalho, a partir do Código Civil de 2002 não mais importava se houvera ou não culpa de algum dos cônjuges pela dissolução da sociedade conjugal, tendo, da mesma forma, sido abandonada

a predominância da mulher para a determinação da guarda dos filhos quando ambos os cônjuges fossem considerados responsáveis por tal dissolução.

O referido diploma legal, atentando-se para o melhor interesse do menor refere-se à guarda dos filhos, a princípio, como um dos direitos-deveres inerentes ao casamento ou à união estável, que obriga ambos os genitores e, posteriormente, trata da guarda como um meio de proteção dos filhos quando da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável.

Até o advento da Lei 11.698, sancionada em junho de 2008, não havia no direito brasileiro dispositivo legal referente à guarda compartilhada, embora a mesma já fosse aplicada, ainda que de forma tímida, quando requisitada, por atender ao princípio do melhor interesse da criança e também o da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

#### **4.3.4 A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008.**

A Lei 11.698, sancionada em 13 de junho de 2008, que passou a vigorar a partir de agosto de 2008, alterou a redação do Código Civil, instituindo e disciplinando a guarda compartilhada, fazendo preponderar como critérios de decisão do juiz os princípios da proteção integral e do superior interesse do menor. Esta nova lei, na realidade, não constitui uma novidade, posto que a guarda compartilhada já existia e já estava sendo aplicada, ainda que de forma tímida, mas com a Lei 11.698/2008, tal modalidade de guarda passa a ser ratificada legalmente.

Com a redação dada pela referida lei, o art. 1583 do Código Civil passou a dispor que poderá a guarda ser unilateral ou compartilhada, sendo que

em seu parágrafo 1º, conceitua estas duas modalidades de guarda da seguinte forma:

“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”.

Neste dispositivo, assim como no art. 1584, incisos I e II e parágrafos 1º e 2º, a princípio, verifica-se que o legislador estabeleceu uma predominância dos genitores no que tange à atribuição da guarda dos filhos, tendo, entretanto, preservado a possibilidade de o juiz deferir a guarda do menor a outra pessoa que seja compatível com a natureza da medida, tomando-se em conta, preferencialmente, o grau de parentesco e as relações de afinidade e de afetividade, nos casos em que os filhos não devam permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, em conformidade com o art. 1584, §5º, do Código Civil (redação dada pela Lei 11.698/2008).

Desta forma, não se deve entender que a atribuição da guarda dos filhos deverá ser restrita aos genitores dos menores, tendo em vista que há diversificadas situações em que dependendo do caso concreto, haverá a necessidade e a conveniência de que a guarda seja compartilhada não somente entre os genitores, mas também com outras pessoas, como por exemplo, com os avós do menor. Na atribuição da guarda compartilhada deve ser considerado o caso concreto, bem como o melhor interesse do menor.

Buscando atender ao princípio do melhor interesse da criança, o § 2º do art. 1583 dispõe que a guarda unilateral será conferida ao pai ou à mãe que possuir melhores condições para exercê-la e, objetivamente, possuir uma maior condição de assegurar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação. Importante ressaltar que tal disposição realizada pelo legislador não deve ser considerada

como uma gradação em ordem de importância, posto que esta seria impossível. Da mesma forma, não pode ser tal rol entendido como taxativo, posto que na fixação da guarda dos menores devem ser observados inúmeros outros fatores que atentem sempre para o atendimento do melhor interesse do menor.

Ainda, deve-se ter em conta que não apenas na atribuição da guarda unilateral que tais fatores devem ser considerados, mas também, na determinação da guarda compartilhada.

Ainda, no § 3º do artigo 1583, há a disposição de que o pai ou a mãe que não possuir a guarda unilateral possui o dever de fiscalizar os interesses dos filhos. Deve ser evitado o abandono moral, devendo o genitor não guardião estar sempre presente e atento às necessidades e interesses dos filhos.

Ao tratar da incorporação da guarda compartilhada ao sistema jurídico brasileiro, Maria Berenice Dias afirma que:

“Ao contrário do que todos proclamam esta não foi uma vitória dos pais, mas uma grande conquista dos filhos, que não podem mais ser utilizados como moeda de troca ou instrumento de vingança. Acabou a disputa pela posse do filho que, tratado como um mero objeto, ficava sob a guarda da mãe que detinha o poder de permitir ou não as visitas do pai<sup>31</sup>.”

A redação dada ao art. 1584 do Código Civil pela Lei 11.698/2008 estabelece as formas como será aplicada a guarda, seja ela exclusiva ou compartilhada, podendo ser deferida mediante requerimento de ambos os genitores ou de um deles no caso de ação autônoma de divórcio, separação, dissolução de união estável ou em medida cautelar. Poderá também a guarda ser determinada de ofício pelo juiz, levando-se em consideração o melhor interesse do

---

<sup>31</sup> DIAS. M. B. **Filho da mãe**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=433>. Publicado em 18/08/2008. Acesso em: 03/09/2008.

menor ou a distribuição de tempo necessário para a convivência do filho com os seus pais.

Prevê tal dispositivo, em seu § 1º, que o juiz informará aos pais do menor o significado e a importância da guarda compartilhada, informando também os direitos e as obrigações que são conferidas aos genitores, bem como, as sanções que podem advir do não cumprimento de suas cláusulas, as quais, em conformidade com o § 4º do art. 1584, poderá implicar a minoração das prerrogativas conferidas ao seu detentor, inclusive no que tange ao número de horas de convivência com o menor.

Da mesma forma, prevê o § 2º do art. 1584, que não havendo acordo entre os genitores, sempre que possível, deverá ser aplicada a guarda compartilhada. Ainda, em conformidade com o § 3º do art. 1584, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, fundar-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, ao fixar os direitos e deveres dos genitores, bem como a fixação dos períodos de convivência no regime da guarda compartilhada. Assim, não deve a guarda compartilhada ser confundida com a guarda alternada que, como já explicitado anteriormente, é prejudicial ao menor. Na guarda compartilhada, o menor reside com apenas um dos genitores, não alternando a sua residência.

Contudo, apesar de na guarda compartilhada o menor residir com apenas um dos pais, este modelo de guarda torna a participação do genitor não guardião mais efetiva na vida dos filhos. Preferiu o legislador o modelo da guarda compartilhada em detrimento da guarda uniparental, por ser aquele mais benéfico do que este, uma vez que ao ser determinada a guarda compartilhada, mesmo após a fragmentação da família, o menor poderá permanecer em companhia daqueles com que possui vínculos afetivos, sem que estes sejam afetados.

Por fim, como já comentado anteriormente, o art. 1584, § 5º, admite expressa e inequivocamente que a guarda do menor poderá ser atribuída a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, devendo ser considerados, preferencialmente, o grau de parentesco e as relações de afinidade e de afetividade, quando o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe. Deve-se ter em mente, nestas situações, o princípio do melhor interesse do menor, busca-se proteger os interesses do filho.

#### **4.3.5 O Instituto da guarda compartilhada.**

Quando há a fragmentação da família, com a separação dos pais, na grande maioria das vezes, ambos os genitores possuem a intenção de criar e educar os filhos, mantendo um convívio adequado com estes, razão pela qual foi desenvolvido este modelo de guarda conjunta, o qual tem por base o princípio do melhor interesse dos filhos, garantindo suas necessidades afetivas e emocionais e, a igualdade entre os pais.

A convivência física e imediata dos filhos com o pai e com a mãe, ainda que estes não mais residam sob o mesmo teto, assegura, efetivamente, a co-responsabilidade de ambos os genitores, garantindo a manutenção dos vínculos afetivos e uma ampla participação dos pais na criação, educação e no desenvolvimento dos filhos.

No dizer expressivo de Maria Berenice Dias:

“Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos



leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica<sup>32</sup>.

Ambos os genitores são responsáveis pelo exercício do poder familiar, ainda que estes estejam separados. A guarda conjunta exclui a figura do genitor não-guardião, fazendo com que este não possua apenas o direito de visita e os deveres materiais, mas passe a dividir, de forma igual, os direitos e deveres inerentes ao poder familiar. A guarda conjunta implica a co-responsabilidade dos pais em relação aos filhos realizada diretamente, por meio da convivência familiar, que deixa de ser rompida, passando a ser contínua.

Deve-se ter em conta que na guarda compartilhada ambos os pais possuem o mesmo grau de importância para os filhos, devendo aqueles sempre estarem atentos para atender as necessidades destes, assegurando o melhor interesse do menor. Esta modalidade de guarda proporciona plena eficácia ao poder familiar, estabelecendo uma forma de convivência entre os filhos e seus genitores mais adequada, mais satisfatória do que o sistema de visitas estabelecido pela guarda uniparental. Na guarda compartilhada, há a manutenção solidária e responsável dos direitos-deveres decorrentes do poder familiar, reduzindo-se, desta forma, os efeitos negativos da separação dos pais.

A guarda conjunta tem por objetivo proporcionar uma convivência mais direta entre os filhos e seus pais, de forma que nenhum destes se sinta

---

<sup>32</sup> DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias** – 4 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 395.

excluído, bem como, visa o não enfraquecimento dos vínculos paterno-filiais, criando uma relação desconfortável e pouco natural entre o genitor não-guardião e o menor. Em conformidade com Maria Alice Zaratini Lotufo:

“(…) a idéia da guarda compartilhada é a de que ambos os genitores continuem a exercer a mesma autoridade em relação à prole, que decisões a respeito dela sejam tomadas em conjunto a fim de que a criança ou o adolescente não se sinta inseguro, temeroso de que o rompimento entre o pai e a mãe reflita numa possível diminuição do afeto que aqueles tinham por ele.<sup>33</sup>”

Embora haja críticas quanto a este modelo de guarda, quando a mesma é determinada pelo juiz, sustentando alguns autores que não deveria ser estabelecida a guarda conjunta quando há conflitos entre os genitores, tal alegação não merece prosperar, visto que a guarda unilateral traz maiores possibilidades de conflitos e utilização dos filhos como moeda de troca, ou até mesmo, como forma de revidar ou magoar o ex-cônjuge, possuindo o genitor não-guardião apenas o direito de visita, o qual é limitado, não possibilitando uma convivência de forma adequada com os filhos. Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

“A guarda conjunta e a atribuição conjunta da autoridade parental (como pretendem outros) mantêm o exercício em comum da autoridade parental, após a ruptura do casal. Mesmo quando o conflito se instaurou (e na base da ruptura ele é sempre latente), mesmo quando a hostilidade existe, a guarda conjunta aviva um sentimento de justiça, que a disputa faz negligenciar, e acomoda as suscetibilidades. Ela é conciliadora”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> LOTUFO, M. A. Z. **Curso avançado de direito civil**, Volume 5: direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 275.

<sup>34</sup> LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.280.

Os pais devem ter em mente, quando do estabelecimento da guarda conjunta, que o principal interesse é o do menor, que deve ter uma convivência adequada e contínua com ambos os genitores, bem como que a separação que ocorreu foi apenas entre os pais, não devendo os filhos também serem separados de um dos genitores; os conflitos existentes entre os pais não podem refletir no relacionamento destes com os filhos. Rodrigo da Cunha Pereira, ao tratar da guarda compartilhada, afirma que:

“Ela traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa e significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano dos filhos”<sup>35</sup>.

Contudo, deve-se considerar que para que a guarda compartilhada seja bem-sucedida, nos casos em que há conflitos entre os genitores, deve haver um trabalho conjunto das equipes multidisciplinares das Varas de Família e do juiz para o convencimento dos pais de que este modelo é o que mais se adequa ao princípio do melhor interesse do melhor, bem como para que os genitores superem os seus conflitos.

A guarda conjunta é a que melhor atende aos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, devendo ser aplicada a guarda uniparental apenas nas situações em que o compartilhamento da guarda não for benéfico ao menor, consideradas as circunstâncias pessoais e particulares, como em caso de que haja violência familiar por um dos genitores.

---

<sup>35</sup> PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.150.

Há ainda casos em que os genitores não conseguem estabelecer uma convivência nem ao menos civilizada, não conseguindo sequer deixar de envolver os filhos em seus conflitos; nestas situações também não deve ser aplicado tal modelo de guarda, pois acabam por prejudicar a forma de educação proporcionada aos filhos. Nestes casos, deve também ser estabelecida a guarda única, sendo atribuída ao pai ou à mãe que melhor souber lidar com tal situação, gerando menos conflitos e que estiver mais apto a proporcionar ao outro genitor um direito mais amplo de visitas. De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, “É melhor que a criança viva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança”<sup>36</sup>.

Ainda, deve ser considerado o fato de que na guarda compartilhada há a tendência de redução de novos conflitos judiciais, uma vez que o genitor não-guardião não mais se sentirá excluído, nem se incomodará com o cumprimento de seus deveres materiais, bem como, não mais o filho será utilizado como uma forma de revidar ou mesmo de magoar o outro genitor.

Embora na guarda conjunta a residência do menor seja fixa, com apenas um de seus genitores, possuindo este a guarda física, material, tanto o pai quanto a mãe possuem a guarda jurídica do menor. O estabelecimento de um domicílio para o menor é importante, pois, terá um ponto de referência para as demais atividades que desenvolve, como a escola, o lazer, as amizades. Entretanto, embora o menor possua uma residência fixa, tal fato não impossibilita o seu deslocamento. Afirma Waldyr Grisard Filho:

---

<sup>36</sup> LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.286.

“Assim é que ao menor deve-se determinar uma única residência, como centro de apoio e referencial às suas atividades externas, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual sinta uma relação de interesse. A determinação do local de residência do menor gera a estabilidade que o direito deseja para o filho. A residência fixa é elemento que confere ao genitor guardião o meio de exercício de sua função, definindo o espaço de ambos os genitores ao exercício das funções parentais”<sup>37</sup>.

Este modelo de guarda é importante porque permite que ambos os genitores passem mais tempo com os filhos quando ocorre a separação, ainda que residindo em casa diversa, tal modelo viabiliza que o pai e a mãe do menor discutam, em conjunto, acerca da educação, da criação, do desenvolvimento físico e emocional do menor. Nos dizeres de Eduardo de Oliveira Leite:

“A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura.”<sup>38</sup>

Assim, sempre que possível deve ser aplicada a guarda conjunta, pois este modelo de guarda possibilita uma maior igualdade entre o homem e a mulher, pois ambos exercem em igualdade os direitos e deveres referentes aos filhos; bem como aumenta o tempo disponível de ambos com os filhos, gerando, conseqüentemente, um maior adimplemento com a pensão alimentícia, pois o genitor não-guardião sente que participa ativamente da vida do menor. Ainda, há uma maior cooperação, comunicação e confiança entre os genitores, o que viabiliza a discussão de detalhes do cotidiano do menor.

---

<sup>37</sup> GRISARD F., W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 218.

<sup>38</sup> LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 282.

## 5 CONCLUSÃO

Durante muito tempo predominou a figura do homem como o “cabeça do casal”, sendo ele o responsável pelas decisões referentes à família. Era o homem o detentor do “pátrio poder”, podendo ainda no direito romano até mesmo dispor da vida de seus filhos. Com o passar dos séculos várias e diversificadas mudanças ocorreram.

Com a libertação das mulheres, tanto no âmbito sexual como no econômico, estas passaram a possuir uma maior igualdade em relação aos homens. No Brasil, a mulher passou a ganhar mais espaço com o Estatuto da Mulher casada e, posteriormente com a Lei do Divórcio, entretanto, foi com a Constituição Federal de 1988 que ficou determinado como um direito fundamental, que homens e mulheres seriam iguais sem qualquer distinção.

Com o Código Civil de 2002, não mais se fala em pátrio poder, mas sim em Poder Familiar, sendo que há ainda os que preferem o termo autoridade parental. Deste poder decorrem direitos-deveres que devem ser exercidos em igualdade por ambos os genitores. Ainda, na atualidade busca-se atender ao princípio do melhor interesse da criança, previsto na Declaração Universal dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, embora o direito de família tenha passado por inúmeras e importantes alterações, por muito tempo foi e ainda é adotado o sistema da Guarda Uniparental quando da separação dos pais do menor, o qual privilegia apenas um dos genitores, na maioria dos casos a mãe, deixando o genitor não-guardião excluído, possuindo este, apenas o direito de visita, o qual não é suficiente para preservar de forma adequada os vínculos afetivos existentes entre o filho e o pai ou a mãe com o qual não convive.

Por isso, defende-se neste trabalho a Guarda Compartilhada, por ser o modelo de guarda que melhor atende aos interesses dos filhos, sem dar espaços ao que for mais conveniente para os pais, impossibilitando que o filho seja utilizado como moeda de troca, ou mesmo, manipulado de forma a vingar-se do outro genitor, fazendo com que este se sinta um perdedor em uma disputa pela guarda dos filhos.

O modelo da Guarda Conjunta, já aplicado no direito estrangeiro há mais tempo, havia sendo aplicado, de forma tímida, pela jurisprudência brasileira, sendo que apenas em 13 de junho de 2008, foi promulgada a Lei 11.698 que alterou dispositivos do Código Civil de 2002, para estabelecer e disciplinar a guarda compartilhada, o que faz dando preferência a este modelo em detrimento ao da guarda única. Na guarda compartilhada, ao contrário da guarda exclusiva, não há a regulamentação do direito de visitas, posto que o menor não precisa de um visitante, mas sim de seus pais e, de forma igual.

A guarda compartilhada permite que, embora com a fragmentação da família conjugal, ambos os genitores continuem a exercer igualmente o poder familiar, possuindo o genitor não-guardião uma convivência adequada com os filhos, tomando em conjunto com o pai ou a mãe que detém a guarda do menor, decisões importantes acerca deste. Ambos os genitores exercem de forma igual e simultaneamente, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar.

Deve ser adotado o modelo da guarda conjunta sempre que possível, por atender ao melhor interesse do menor, o qual irá conviver de forma apropriada com ambos os genitores e, também, por proporcionar que ambos os pais participem ativamente e em igualdade da vida dos filhos, o que acaba por diminuir os conflitos existentes entre aqueles.

## 6 BIBLIOGRAFIA

1. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956, v. 2.
2. CAHALI, Youssef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
3. CARBONERA, Silvana Maria **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
4. CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
5. COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
6. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
7. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



8. GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. – 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
9. LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. – (Série métodos em direito; v 1).
10. \_\_\_\_\_. **Direito civil aplicado, volume 5**: direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
11. \_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
12. LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.
13. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar** in Direito de família e o novo código civil. Coordenação de Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira. 3. ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
14. LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil**, volume 5: direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

15. MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.
16. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Volume I. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001.
17. NETO, José Antônio de Paula Santos. **Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
18. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. (ano 2001), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.
19. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume V: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
20. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
21. PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2004.
22. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder** (estudo teórico-prático). Rio de Janeiro: Livraria Tupã Editora, 1960.

23. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico/** atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008.
24. SILVA, Marcos Alves. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
25. STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos.** São Paulo: LTR, 1998.
26. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005
27. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 7. ed – São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil; v. 6).
28. WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro, direito de família.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 2002.

## 7 SITES PESQUISADOS NA INTERNET

1. <[http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos\\_internacionais/id90.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id90.htm)>. **Declaração Universal Dos Direitos Das Crianças – UNICEF**. 20 de Novembro de 1959. Disponível em: Acesso em: 18/07/2008.
2. <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=433>. DIAS, Maria Berenice. **Filho da mãe**. Disponível em: Publicado em 18/08/2008. Acesso em: 03/09/2008.