

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUIZ JOSÉ PIRES**

**A GUARDA COMPARTILHADA:  
UMA REALIDADE A SER CONQUISTADA**

**Florianópolis**

**2009**

**LUIZ JOSÉ PIRES**

**A GUARDA COMPARTILHADA:  
UMA REALIDADE A SER CONQUISTADA**

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Leonel Machado Pereira.

**Florianópolis**

**2009**



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

## TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada A GUARDA COMPARTILHADA: UMA REALIDADE A SER CONQUISTADA, elaborada pelo acadêmico Luiz José Pires e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10/07/2009

---

João Leonel Machado Pereira

---

Olga Maria B. de Aguiar Oliveira

---

Renata Raupp Gomes

## **DEDICATÓRIA**

A Deus pela vida.

Aos meus pais pelo zelo, carinho e ensinamentos de vida.

Às minhas filhas pelo amor incondicional.

À minha família pelo apoio irrestrito.

Aos amigos pelos momentos felizes.

Aos mestres pelos conhecimentos transmitidos.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, JOSÉ ONOFRE PIRES (in memorium) e ANA MARIA PIRES, que sempre, conscientemente, estiveram presentes na minha vida.

As minhas inestimáveis filhas, ALINE CRISTINA PIRES e THATIANE CRISTINA PIRES, pelo apoio, pela dedicação, pelo amor e pela oportunidade diária de aprendizado que me proporcionam.

Ao meu orientador, Prof JOÃO LEONEL MACHADO PEREIRA, pelo exemplo de ser humano, pelo estímulo, carinho e paciência com que me conduziu na execução deste trabalho.

A mãe das minhas filhas, LUCIENE FONTÃO, por ser companheira comigo da guarda compartilhada e com desprendimento e experiência colaborou com este trabalho.

As minhas irmãs MARIA ANA PIRES DE OLIVEIRA e MAURA ANA PIRES DE ARAUJO, que com a leitura dedicada e observações pontuais participaram na elaboração deste trabalho.

E aos amigos do curso, CLAUDE P. FARIA, LETO MOMM, MARCELO SESTREN, SIRAN IRION, pela conversa amiga.

“O tempo não só cura, mas também reconcilia”

(Victor Hugo)

## RESUMO

O exercício do poder familiar sofreu, na história das civilizações, alterações profundas. Desde a concepção de um poder absoluto do pai sobre todos os membros do grupo familiar, no início da civilização romana, até a ideia, atual, de cooperação dos pais de um dever de criação e educação dos filhos menores. O exercício do poder familiar ocorre através do instituto da guarda, conceituada como *manifestação operativa do poder familiar*. No modelo guarda compartilhada há igualdade de exercício da guarda jurídica e o entendimento mais harmônico possível no exercício da guarda física. Nela tem-se a determinação dos pais separados em proporcionar, sempre que possível, o maior contato entre eles e os seus filhos menores, independentemente de quem detém a guarda física, pois possuem a consciência de que as relações parentais não só continuarão existindo como devem ser mantidas fortalecidas para melhor desenvolvimento dos filhos menores. Há vantagens da guarda compartilhada em relação à guarda exclusiva e à guarda alternada: propensão ao diálogo; não ruptura das relações parentais; não restrição ao exercício do poder familiar; maior possibilidade de haver divisão de tarefas; menos pressão no exercício do poder familiar; não ocorrência da síndrome de alienação parental, dentre outras. A guarda compartilhada será o meio mais eficaz para criação e educação dos filhos menores quando os pais separados assim a quiserem. Não há dúvida que a participação harmoniosa dos pais na tarefa de condução das vidas dos filhos menores farão com que se criem condições mais favoráveis para que estes tenham uma formação física, psíquica e social mais desenvolvida e equilibrada; tornando-os pessoas com personalidades fortes, independentes e conscientes, preparados para resolverem os problemas da sociedade na qual estão inseridos.

**Palavras Chaves:** Poder Familiar. Guarda jurídica. Guarda física. Guarda compartilhada.

## ABSTRACT

The practice of family power suffered, on the history of civilizations, deep changes, since the conception of father's absolute power over all members of the family group, in the beginning of roman civilization, until the current idea of parents' cooperation of a duty of children's rearing and education. The practice of family power occurs through the custody institution, conceptualized as an *operative manifestation of the family power*. In the equally shared custody model there is the equality of exercise of the legal custody and the most harmonious understanding possible on the exercise of the physical custody. Here, there must be the separated parents' determination in providing, where possible, the biggest contact between them and their children, regardless of who has the physical custody, as they have the awareness that parental relationships not only continue to exist, but must remain strengthened to the children's better growth. There are advantages of shared custody concerning the exclusive custody and the alternating custody: willingness to dialogue; not disruption of parental relationships; no restriction on the family exercise; an increased possibility of existing a division of tasks; less pressure on the family exercise; not occurrence of parental alienation syndrome; among others. The shared custody will be the most effective mean for the development and education of children when separated parents wish so. There is no doubt that the harmonious participation of parents in the task of conducting children's lives will create better conditions to their physic, mental and social development; making them people with strong personality, independent and aware, prepared to solve the problems of the society they are inserted.

Keywords: Family power, legal custody, physical custody, shared custody.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 O PODER FAMILIAR.....</b>	<b>13</b>
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PODER FAMILIAR.....	13
2.2 EVOLUÇÃO, CONCEITO E DENOMINAÇÃO DO INSTITUTO .....	14
2.3 NATUREZA JURÍDICA.....	19
2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS GENITORES NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR .....	20
2.5 DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR .....	21
2.6 SUSPENSÃO, MODIFICAÇÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR .....	23
<b>2.6.1 Casos de Extinção .....</b>	<b>24</b>
<b>2.6.2 Casos de Suspensão.....</b>	<b>25</b>
<b>2.6.3 Casos de Perda .....</b>	<b>25</b>
<b>3 GUARDA DE FILHOS .....</b>	<b>28</b>
3.1 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DE GUARDA.....	28
3.2 GUARDA JURÍDICA E GUARDA MATERIAL .....	30
3.3 ASPECTO DO EXERCÍCIO DA GUARDA NA FAMÍLIA UNIDA E NA SEPARADA .....	31
3.4 FORMAS DE EXERCÍCIO DE GUARDA .....	32
<b>3.4.1 Guarda exclusiva.....</b>	<b>33</b>
<b>3.4.2 Guarda alternada.....</b>	<b>34</b>
<b>3.4.3 Guarda compartilhada.....</b>	<b>35</b>
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GUARDIÕES .....	35
3.6 MODIFICABILIDADE DA GUARDA .....	37
<b>4 GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>39</b>
4.1 CONCEITO .....	39
4.2 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS GENITORES NO DESENVOLVIMENTO DO MENOR.....	40
4.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO ANTES DA LEI 11.698 DE 13.08.2008 .....	42
4.4 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA .....	45

4.5 CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DO INSTITUTO NAS VIDAS DOS PAIS SEPARADOS .....	49
4.6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA .....	51
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna tem o alicerce calcado na formação harmoniosa dos membros que compõe o menor grupo social, a família. Grupo este necessário até mesmo para existência do próprio ser humano. Quanto mais harmonioso e estável é o convívio no grupo familiar, mais forte e estável serão as relações jurídicas que formarão o todo social. Assim, no Brasil, Estado Democrático de Direito, há inúmeras normas inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em leis específicas, as quais visam proteger e garantir a convivência saudável dos membros que formam o grupo familiar, e, em especial, àqueles que não possuem seu desenvolvimento psicossocial completo, os menores. Nesse diapasão também a sociedade busca mecanismos jurídicos que possam garantir as condições indispensáveis ao completo desenvolvimento dos menores, quando, por qualquer motivo, ocorra ruptura conjugal ou da união estável.

Têm-se assim os institutos do poder familiar e da guarda de filhos, que buscam disciplinar os direitos e deveres que os pais têm em relação a seus filhos, enquanto estes não atingirem a capacidade jurídica plena, visando sempre o interesse e o desenvolvimento psicossocial dos mesmos.

A guarda de filhos é carregada de questões psicossociais que atingem todo grupo familiar, principalmente aqueles que estão em processo de desenvolvimento – filhos menores – pois estes necessitam diuturnamente de acompanhamento ou de assistência de seus pais na formação do intelecto e da personalidade. Acredita-se que a formação psicossocial dos filhos menores se dá de forma harmônica quando há a participação do pai e da mãe de forma efetiva e complementar.

Em geral, na constância da relação conjugal ou da união estável, a Guarda de Filhos se dá sem percalços, pois há, intuitivamente, divisões de tarefas diárias entre os pais que facilitam os esforços na condução do Poder Familiar, e neste caso não se percebe a necessidade de sopesar qual a influência de participação dos pais na formação da personalidade dos filhos. Porém, o problema surge quando rompe a relação conjugal ou a união estável, pois, invariavelmente, isso vai ter consequência na condução do Poder Familiar já que haverá, não mais intuitivamente, mas voluntariamente ou legalmente, divisões de tarefas, e nesse caso certamente vai sopesar a individualidade de participação dos pais na formação das personalidades dos seus filhos menores.

O presente trabalho tem por objetivo pesquisar a contribuição positiva da Guarda Compartilhada na criação e educação dos filhos menores de pais que vivem separados. Este tipo de guarda vem proporcionar uma nova maneira de manter as relações parentais em um ambiente de cooperação e relativa coesão, visando à estabilidade emocional e o salutar desenvolvimento dos filhos menores, quando há a quebra da relação conjugal ou da união estável.

Para tanto, apresenta-se as seguintes justificativas:

a) O Direito, como a história humana, transforma-se e aprimora-se. Tem sempre a tarefa da busca incessante e interminável de meios seguros que possam garantir a convivência pacífica das pessoas que formam a sociedade. Meios estes, muitos dos quais, regulam as condutas dos membros que compõem a família, desde sua formação até nas situações onde há o rompimento dos elos que os tornavam unidos. Assim, o conhecimento sobre a guarda compartilhada, que traz embutido o conteúdo da responsabilidade dos pais pela formação sadia das personalidades dos filhos menores, é de fundamental importância. E o conhecimento e o aperfeiçoamento de qualquer saber passa pelo caminho da discussão e da pesquisa, e, portanto, não seria diferente com o presente tema.

b) O instituto de guarda compartilhada é recente no mundo jurídico e, mesmo não havendo proibição legal, ele era pouco utilizado no plano concreto. Isto ocorre porque a sociedade tenta manter padrões de conduta solidificados no tempo. É o que ocorre com a guarda exclusiva, padrão reiteradamente utilizado sem grandes discussões. Então, para que um novo conceito jurídico tenha aplicação no plano concreto de forma mais consistente, necessário se faz sua divulgação para academia e para os aplicadores do direito.

c) O acadêmico já passou pelo estado de casado, hoje se encontra na situação de pai separado, com duas filhas menores, e vivencia na prática a guarda compartilhada. Surgiu desse modo o interesse pela pesquisa e pela divulgação de tão importante tema. Acredita, pois, que a pesquisa sobre o instituto guarda compartilhada, junto com a sua experiência de separado, possa ser útil aos pais separados na hora da escolha do modelo de guarda jurídica que vão adotar para melhor conduzir a criação e educação da sua prole.

Diante do objetivo proposto - pesquisar a contribuição positiva da Guarda Compartilhada na criação e educação dos filhos menores de pais que vivem separados -, o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) teve seu conteúdo realizado por intermédio da pesquisa bibliográfica, junto com a experiência de vida do autor. Com esse conhecimento – interação da teoria e vivência prática – buscou-se desenvolver os itens do TCC, os quais

expõem conceitos e parâmetros que demonstrem o quanto é importante para vida dos filhos e também para a vida dos pais a participação efetiva destes na tarefa de educar e criar aqueles; e que a guarda compartilhada é o modelo, que se adotado, vai proporcionar as melhores condições de manter vivas, fortes e necessárias as relações parentais, evitando ou diminuindo as consequências negativas na formação física, psíquica e social dos filhos menores que, em geral, toda desunião familiar provoca.

O TCC apresenta uma introdução, desenvolvimento em três itens – 2, 3 e 4 –, conclusões e referências.

O item 2 – Poder Familiar – expõe-se de forma sintética a evolução de concepção que o poder familiar sofreu desde a civilização romana até os dias atuais, analisando conceitos, denominações, natureza e conteúdo que este instituto jurídico apresentou durante a história do homem.

No item 3 – Guarda de Filhos – aborda-se a concepção de guarda de filhos, trabalhando-se conceito, as características da guarda jurídica e da guarda material, o aspecto do exercício da guarda na família unida e na separada, as formas de exercício de guarda, a responsabilidade civil dos guardiões e a possibilidade de modificabilidade da guarda. A abordagem do conteúdo do item 2 e do item 3 visou provocar a melhor compreensão e a fundamentação da importância que o novo instituto jurídico – Guarda compartilhada – tem quando utilizado pelos pais separados como meio de exercício conjunto de condução das vidas dos filhos menores.

No item 4 – Guarda Compartilhada – apresentam-se conhecimentos que proporcionaram demonstrar o objetivo proposto neste trabalho de conclusão de curso. Nele desenvolveu-se: o conceito de guarda compartilhada, a importância da participação efetiva dos genitores no desenvolvimento do menor, a possibilidade jurídica de aplicação do instituto antes da lei 11.698 de 13.08.2008, a guarda compartilhada na prática, as consequências positivas do instituto nas vidas dos pais separados, as vantagens e desvantagens da Guarda Compartilhada.

Após o desenvolvimento, cujas notas são expostas em rodapé, conclui-se o TCC, resumindo e analisando o instituto da guarda. No término deste arrolam-se as referências consultadas.

## 2 O PODER FAMILIAR

### 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PODER FAMILIAR

Delimitando a história, no tempo e no espaço, para que se possa ter um princípio de conceitos jurídicos, busca-se a civilização romana como elo que possibilita o início da evolução histórica da maioria dos institutos jurídicos contemporâneos, inclusive o do poder familiar.

Diferentemente da concepção atual que se tem sobre o poder familiar, o qual se baseia na união dos membros que compõem a família - estruturada no sentimento de afeição e no dever de responsabilidade no desenvolvimento salutar dos filhos menores -, o pátrio poder na origem da civilização romana vinculava-se no poder quase absoluto do pai sobre os filhos, poder esse que alcançava seus bens e inclusive sua própria vida.

Para enfatizar a concepção de força que o *pátrio poder* exercia no direito romano transcrevem-se as palavras de Cláudio de Cicco, sintetizadas por Grisard Filho:<sup>1</sup>

No direito romano, O *pátrio poder* – coluna central da família patriarcal - era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O *pátrio poder* em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos.

Contextualizando a importância que o *pátrio poder* exerceu sobre a civilização romana faz oportuno trazer o comentário de Strenger<sup>2</sup>, inserida na Nota Introdutória de sua obra *Guarda de Filhos*:

É curioso também assinalar que o *pater familias* preenchia um papel econômico maior na sociedade romana, sociedade agrária que estava no estágio da economia doméstica. Exercia ainda um desempenho político considerável, pois a vida residia nas cidades, composta de famílias representadas por chefes independentes e soberanos.

---

<sup>1</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.35.

<sup>2</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. p.9. Código Civil/2002 – Jurisprudência.

No direito romano o pai tinha o *status* de soberano do âmbito familiar, e exercia seu poder sobre a mulher, filhos e escravos, poder de propriedade, e era referendado mesmo após sua morte. Além disso, o pai participava nas decisões políticas da cidade em que estava inserido e no qual deu início a formação da civilização romana.

## 2.2 EVOLUÇÃO, CONCEITO E DENOMINAÇÃO DO INSTITUTO

Como visto no subtítulo anterior, o poder familiar na sua origem do direito romano tinha como característica dominante a concepção do domínio do pai sobre todos os membros da família, de um poder quase absoluto. Nos tempos atuais, diferentemente, o poder familiar possui o enfoque de um dever, de um *munus* público, de uma responsabilidade que os pais têm na formação física, psíquica e social dos filhos menores.

Para que se possa trabalhar melhor o conceito de evolução do poder familiar, inserida na própria evolução da sociedade humana, preciso é trazer a noção de família e também um reforço da concepção do *pátrio poder*, ambos na origem do direito romano. Para a primeira usa-se o ensinamento de Strenger: e para o segundo usa-se a lição de Grisard Filho.

Assim, para Strenger<sup>3</sup>

O direito romano primitivo é dominado pela família patriarcal: a *gens*, que se distingue da "família". A *domus* é que dava a nota específica da família, compreendendo unicamente as pessoas que viviam sob um mesmo teto, isto é, marido, mulher e filhos. A *gens* tem sentido mais extenso: são os descendentes masculinos de um ancestral comum; ela é, em verdade, fundada tanto na comunidade de sangue como sobre a dependência de um mesmo chefe, e o que a caracteriza é estar submetida ao poder (*potestas*) do *pater familias*, que não é aquele que designa a paternidade física, indicada pelas palavras *parens* e *genitor*. Sua função é sócia. Ele é o *dominus*, isto é, o chefe da casa. Em algumas circunstâncias, em tempos mais primitivos, seu poder ia ao direito de decidir sobre a vida e a morte.

E para Grisard Filho<sup>4</sup>:

Nesse regime primitivo, em algumas circunstâncias, o *pater familias* - que só podia ser exercido pelo varão - tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo (*ius vendendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*) e o de entregá-lo a vítima de dano causado por seu dependente (*ius noxae deditio*)[..].

---

<sup>3</sup> STRENGER op. cit., p.11.

<sup>4</sup> GRISARD FILHO op cit., p.35.

No direito romano tem-se um conceito mais amplo de família, pois abrangia um grupo social ligado pelo poder do *pater familias*, chefe soberano. A família então tinha laços consanguíneos e laços de dependência econômica, necessitando assim que o *pátrio poder* tivesse como característica a concentração de poder em um único membro, o *pater*. Poder esse, já comentado anteriormente, quase absoluto.

Com a evolução das civilizações e conseqüentemente o próprio direito, o *pátrio poder* sofreu alterações profundas, deixando de ser aquele poder absoluto, conforme o direito romano, para um poder/dever nos dias atuais.

Essas alterações foram ocorrendo de forma gradual e por influência de inúmeras causas: a própria formação dos Estados; a criação de leis mantenedoras do grupo social; o comércio entre os povos; as religiões, dentre outras.

Já no próprio direito romano surgiram regras que limitaram o *pátrio poder*, diminuindo a força de ação do pai sobre a vida dos seus filhos. Assim, já não tinha o poder de morte sobre os filhos, pois precisava de autorização da assembléia do povo. Os poderes amplíssimos, com a Lei das XII Tabuas (especialmente a IV), foram profundamente afetados, já limitando a três a venda do filho que o pai podia efetuar, dentre outras.<sup>5</sup>

Com o passar do tempo, o absolutismo opressivo dos pais reduziu-se a simples direito de correção, sob Justiano (*ius domesticae ementationis*), que também aboliu a *noxai tatio*.<sup>6</sup>

No Brasil o *pátrio poder* também não ficou imune às alterações, pois a própria sociedade, através de seus movimentos sociais, culturais e econômicos, provocou modificações necessárias para adequá-lo aos novos tempos. Tempos esses da era da tecnologia da informação – quebrando fronteiras em tempo real –; de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente – a liberdade, a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, liberdade de consciência, livre o exercício de qualquer trabalho, dentre outros –; da globalização.

Além da Constituição Federal de 1988 houve legislações esparsas que provocaram alterações nas relações familiares, tais como: O Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, Estatuto da Criança e do Adolescente e o próprio Código Civil de 2002 (CC). Estes dispositivos infraconstitucionais trouxeram regras que permitiram dar maior igualdade de direitos aos membros que compõem a família, quebrando a antiga tradição machista, que

---

<sup>5</sup> GRISARD FILHO op. cit., p.35.

<sup>6</sup> Ibid, p.36.

imperou por longo tempo na cultura do Brasil. A partir deles os filhos menores deixaram de ser meros objetos de capricho dos pais e passaram a ser sujeitos de direitos, com interesses próprios.

Tem-se, assim, uma evolução gradual na concepção do *pátrio poder* – do poder absoluto para um dever -. No Brasil esta evolução está inserida na legislação, que garante a igualdade de direitos e obrigações entre os pais na direção da família e assegura, em especial, a proteção dos interesses dos filhos menores nas relações parentais.

Para facilitar a compreensão da evolução da concepção do Poder Familiar no direito brasileiro, ainda se utilizará a denominação antiga – *pátrio poder* – nesta abordagem do tema. Então, apropriando-se do conceito dado por Silva<sup>7</sup> que, descreve com muita precisão o significado de *pátrio poder*, quando diz:

Consoante o sentido literal de pátrio exprime a expressão *pátrio-poder* o conjunto ou a soma de poderes legalmente outorgados ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos.

Dizem-se, também, direitos, que outrossim se fundam na outorga legal, que o *pátrio-poder* revela. E são direitos necessários e indispensáveis para que os pais se desobriguem dos deveres que lhes são impostos pela lei e pela própria natureza. [...]

[...] Há a de deveres, pelos quais lhes cabe assisti-los e os manter, segundo as obrigações que lhes são juridicamente e naturalmente impostos

[...] Originariamente, o pátrio poder é atributo paterno. Na sua falta ou ausência transfere-se à mãe.

Percebe-se na leitura do conceito que o autor dá mais ênfase aos aspectos de poder e de direito, deixando para um segundo plano o aspecto de obrigação, de dever. Portanto, tem-se aqui ainda impregnada a figura do pai do direito romano, ainda detentor de poderes sobre os filhos, inclusive de forma desigual em relação à mulher, que terá legalmente o pátrio poder somente quando da falta do pai. Esse conceito foi escrito nos idos de 1975, portanto anterior a Constituição Federal atual e das leis que tratam do tema.

Hoje, o conceito de poder familiar – nova denominação - é outro e abrange uma concepção que reflete o estágio atual da nossa sociedade. Ele abrange a idéia de igualdade de direitos e obrigações entre o pai e a mãe na condução da família, alcançando também a concepção dos filhos como sujeitos de direitos, que precisam de acompanhamento dos pais de forma integral para o desenvolvimento físico e mental. Nesse mesmo sentido, Rizzardo<sup>8</sup>, no seu livro *Direito de Família: lei nº 10.406, de 10.01.2002*, aborda com muita sabedoria que:

---

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975, p. 1132.

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 601.

Poder Familiar: Nesta ordem de colocação do instituto, pode-se ir além e dizer que se trata de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir a abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se guiarem e administrarem seus bens. Não haveria tão-somente um encargo, ou um *munus*, mas um encaminhamento, com poder para impor uma conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.

Há, portanto, uma inversão de valores na concepção atual do Poder Familiar, pois a ênfase do direito desloca-se da figura dos pais para os filhos. Já não se fala no poder dos pais, mas sim nos direitos dos filhos; no dever dos pais em atingir os interesses do menor. No mesmo entendimento Gomes<sup>9</sup> comenta:

Do ponto de vista técnico, o conjunto dos direitos e deveres compreendidos no instituto qualifica-se como situação jurídica peculiar que se caracteriza por ser, ao mesmo tempo, uma faculdade e uma necessidade. O exercício desse poder é vinculado à tutela dos interessados para os quais é atribuído. Constitui um *múnus*, uma espécie de função correspondente a um cargo privado. O pátrio poder é um direito-função, um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo. Não consiste numa simples faculdade com direção genérica, mas não se desenvolve numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatas. À faculdade de agir do pai corresponde um dever do filho, mas não se trata de relação obrigacional, como a que existe entre credores e devedores, nem de direito real sobre a pessoa dos filhos. O pátrio poder tem hoje feição particular no quadro das manifestações da atividade jurídica.

Então o menor tem hoje o status de sujeito de direito e carente de proteção integral por parte dos pais. Nesse sentido Strenger<sup>10</sup> expõe:

O novo aporte proclamado pela Declaração Universal dos Direitos do Menor vem alterar definitivamente a ordem antiga das coisas e toma o contrapé das tradições e costumes imemoráveis. O menor passa dispor de direitos próprios, torna-se um *sui juris*, Seus direitos ele deve poder exercê-los por si próprio ou no seu interesse, contra todos, aí compreendido contra seus pais. Uma grande vitória do menor e uma segunda porta que se abre à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O pátrio poder alberga, assim, todo conjunto de ações praticadas pelos pais que visem o bem estar dos filhos menores. Ações que vão desde aspectos materiais, indispensáveis à própria existência dos filhos menores, até assistências de fundo emocional, filosófico, religioso e social indispensáveis à formação saudável da personalidade de cada um dos filhos menores.

Cabe informar que, sob o aspecto legal, o Poder Familiar traz como consequência os institutos da representação e da assistência dos filhos menores em todos os

---

<sup>9</sup> GOMES, Orlando, Direito de Família. 11. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 389.

<sup>10</sup> STRENGER op. cit., 2006, p. 34.

atos civis – judiciais e extrajudiciais – que estes venham a praticar.

Então, com esse espírito de entendimento, pode-se dizer que o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres dados aos pais para proteger, cuidar e educar o filho menor; visando sempre o seu desenvolvimento físico, moral, espiritual, intelectual e social, com o objetivo maior de prepará-lo a suportar com equilíbrio e consciência as vicissitudes da vida, e assim, torná-lo útil para si mesmo e à sociedade. Nesse sentido expressa Akel<sup>11</sup>:

Concluimos, desta forma, que o poder familiar é uma função de ordem pública, ou sejam um *munus* público, do qual não se podem furtar os pais, pois o desenvolvimento da família é essencial para a sociedade e, conforme a feliz expressão de Lacruz Berdejo, a função tem por finalidade, não somente a proteção do filho, como pessoa em desenvolvimento, mas também a sua capacitação como manifestação da função social do poder familiar, não se restringindo, apenas, a uma função familiar

Demonstra-se, assim, que o poder familiar possui hoje uma concepção que extrapola a esfera familiar, pois ganha importância não só na formação equilibrada das personalidades dos filhos menores, mas também na participação que estes terão na composição de uma sociedade mais forte, mais justa e preparada para diminuir as desigualdades sociais que assolam o Brasil.

O Código Civil - LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - utiliza a expressão Poder Familiar para instituir o tema. A nova denominação busca adequar o instituto com o atual estágio da sociedade brasileira. Não há mais espaço para ocorrência de diferença de força entre os pais no tratamento das relações jurídicas dentro do âmbito familiar. Pai e mãe possuem os mesmos direitos e obrigações em relação à prole.

No item anterior, de forma sucinta, consta a evolução de concepção que o *pátrio poder* sofreu no decorrer da história, desde a ideia de poder absoluto do pai sobre todos os membros da família, no início do direito romano, até a de conduta de proteção dos pais para com os filhos. Assim, parece que esta denominação ainda não reflete no todo o alcance atual de conteúdo que o instituto possui, pois a expressão poder não alberga o significado dever, e muito menos o de proteção.

O autor Strenger<sup>12</sup> defende a alteração da denominação de “pátrio poder” para “autoridade parental”, enquanto que Santos Neto<sup>13</sup> se opõe a qualquer modificação da expressão em nome da tradição. O certo é que a atual denominação, sem a palavra pátrio, elimina qualquer intenção de quebra de igualdade dos pais no trato das relações parentais.

---

<sup>11</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para família. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

<sup>12</sup> STRENGER op. cit., p. 33.

<sup>13</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

A respeito da igualdade de responsabilidade dos pais em relação aos filhos Strenger<sup>14</sup> comenta que “[...] no plano de direito comparado, que a abrangência igualitária das obrigações impostas aos pais se traduz como fenômeno de inseparabilidade, [...] quaisquer que sejam os resultados relacionados entre pai e mãe, [os quais] não atingem os direitos dos filhos.”

Portanto, a nova denominação do instituto vem refletir, sempre que possível, a igualdade dos pais no exercício do poder familiar, pois as relações parentais destes com os filhos menores perpetuam-se indiferentemente, existindo ou não, das relações conjugais ou de união estável entre os genitores.

### 2.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do Poder Familiar se confunde com a do próprio homem. A dependência que os filhos menores têm em relação aos pais é questão de sobrevivência. Não há registro na história que um ser humano sobreviva sem amparo de outro que possua capacidade de relacionar-se, com habilidade, com o meio ambiente em que vivem.

Não obstante existir a relação de dependência dos filhotes para com os genitores em grande parte dos animais, ela se torna diferenciada para os seres humanos. Diferenciada em grau e tempo. Enquanto nas outras espécies ela está restrita à obtenção de alimentos e conseqüentemente em um período curto de sua existência; no ser humano ela vai além, pois necessita também de acompanhamento na formação do complexo físico, intelectual, psíquico e social, inerente e individualizado em cada ser humano. Portanto, para o homem, por um longo período da sua existência, precisa estar acompanhado de outro ser humano, dotado de capacidade de transmissão de um conteúdo mínimo de conhecimento e habilidades para, assim, tornar-se forte o suficiente para suportar, por conta e risco, as vicissitudes que surgirão pela vida.

Com mesmo entendimento Magalhães<sup>15</sup> diz:

O estado de filiação faz surgir relações jurídicas entre pais e filhos de natureza pessoal e patrimonial. A autoridade dos pais sobre os filhos decorre da própria natureza humana, isto porque o homem é uma das raras espécies do reino animal

---

<sup>14</sup> STRENGER op cit., p. 34.

<sup>15</sup> MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p 209.

que nasce com a mínima, ou nenhuma, condição de sobrevivência, demandando cuidados especiais durante muitos anos. É, por outro lado, um ser complexo que pensa, age, exige carinho, amor e não sobrevive senão no meio social.

Santos Neto apud Grisard Filho<sup>16</sup>, enfatiza a origem natural do poder familiar quando diz que:

O pátrio poder é um complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e a mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio desse filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Então, o Poder Familiar é da essência do direito natural e positivada pelo ordenamento jurídico.

## 2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS GENITORES NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Como foi dito anteriormente, o poder familiar vem sofrendo, ao longo da história, profundas e importantes alterações na sua concepção, inclusive no que diz respeito a sua nomenclatura, de *pátrio poder* para o poder familiar. A denominação de “pátrio poder” refletia um contexto social machista na condução do grupo familiar em que o homem era considerado o chefe e a mulher cabia o papel secundário de colaboradora.

Já a denominação de “poder familiar” traduz o entendimento isonômico entre os genitores, fundamentado na igualdade constitucional no inciso I do art. 5º que dispõe que “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição;” e no parágrafo 5º do art. 226 que diz “Os direito e deveres referentes á sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O art. 229 da Constituição Federal, além conceber também a igualdade dos pais no exercício do poder familiar, impõe uma interpretação mais abrangente, pois não limita esta igualdade na constância da sociedade conjugal, indicando que ela se dá também aos pais separados.

---

<sup>16</sup> GRISARD FILHO op cit., p.33.

Neste mesmo sentido Silva coloca que: “A Constituição Federal de 1988 não deixa mais que se manifeste desigualdade entre o homem e a mulher, ou seja, entre pai e a mãe. Não vigora o termo “colaboração”, prevalecendo uma atuação conjunta e igualitária”.<sup>17</sup>

Assim também expressa Grisard Filho<sup>18</sup>:

Atentos à evolução desse instituto, como de resto à de todo o direito de família, que reclamava conceituação mais ampla, há autores que melhor o enunciam, como um complexo de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estrita colaboração e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º, da CF.

É a humanização das relações familiares, expressão que Akel<sup>19</sup> utiliza quando diz:

Buscou-se, assim, humanizar as relações de família, democratizando o relacionamento familiar e suprimindo a preferência da vontade marital, diante da preocupação com a igualdade entre os cônjuges e com a valorização da vontade dos filhos.

Portanto, não há, a partir da Constituição Federal de 1988, mais nenhum dispositivo legal que possa evidenciar quaisquer resquícios de desigualdade de direitos e deveres entre pais na condução da família, o que se caracterizaria como inconstitucional.

## 2.5 DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

A Constituição Federal em vigor não trata de forma específica sobre o Poder Familiar, mas de forma genérica no contexto do CAPÍTULO VII - DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO, de tal sorte que o Art. 227, do mesmo dispositivo legal, disciplina deveres não só da família, mas também do Estado e de toda sociedade.

É somente nesse artigo que se encontra, na nossa Constituição Federal, disposição de conteúdo de deveres da família com os filhos menores, reforçando, assim, a concepção atual do instituto, o do respeito aos interesses dos filhos menores.

Vale aqui lembrar que a Constituição no seu art. 226, § 5º dispõe que pai e mãe terão igualdade no exercício de direitos e deveres na sociedade conjugal.

---

<sup>17</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**: posicionamento judicial. São Paulo: LED, 2006, p.23.

<sup>18</sup> GRISARD FILHO op. cit., p.33.

<sup>19</sup> AKEL, op cit., p. 31.

Portanto, a criança e o adolescente têm proteção especial no ordenamento jurídico brasileiro, garantia constitucional. Dispõe o art. 227 da Constituição Federal que a criança e o adolescente têm assegurados, dentre muitos direitos, o direito à vida, e esta vida deve ser uma vida digna, de qualidade. A efetivação dos direitos dispostos de forma exemplificativa no artigo supracitado é de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado e tem o caráter de prioridade absoluta. Esta responsabilidade se dá de forma concorrente entre os três entes, sendo que a Constituição no capítulo VII – Da Família, Do Adolescente e Do Idoso - regula como as partes do corpo social devam proceder para que ocorra a concretização dos direitos dos menores. E, certamente, cabe à família, nas figuras dos pais, a responsabilidade maior na formação psicossocial dos membros menores, pois é só nas relações parentais, relações de origem natural, que o cuidado e o carinho necessitados por estes dão-se de forma tão intensa e calorosa.

No Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil disciplina, no Capítulo V, do Subtítulo I – Do Casamento, do Título I – Do Direito Pessoal, do Livro IV – Do Direito de Família, o Poder Familiar. E no Art. 1.634, da Seção II – Do Exercício do Poder familiar, o Código Civil elenca as competências dos pais quanto às pessoas dos filhos menores. Assim:

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

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Percebe-se que as competências expressas no art. 1.634, salvo a do inciso VII, estão todas intimamente relacionadas ao desenvolvimento físico, intelectual, social e emocional do menor. São ações impostas aos pais pelo Estado que denotam dever. Assim, os pais deverão ter condutas que proporcionam proteção, cuidado, educação e criação dos filhos menores. Devem sempre pautar as suas ações tendo a consciência de que são agentes transmissores de valores, de formação de personalidade dos seus filhos. Portanto, devem respeitá-los como sujeitos de direitos, ou seja, respeitá-los na sua dignidade humana, em sua vida, na sua liberdade, no seu desenvolvimento físico e mental. Garantindo ser um sujeito preparado a viver em sociedade.

Mas, estas competências não são absolutas. Sofrem limitações legais. Tendo como parâmetro o respeito ao princípio dos interesses dos menores. Nesse mesmo sentido, expressa Grisard Filho<sup>20</sup>:

Todos os atributos do poder familiar de ordem pessoal estão sujeitos, no seu exercício, ao controle do Estado, seja administrativo ou judicial, com escopo de evitar o jugo paterno, limitando-o no tempo, restringindo-lhe o uso e dele suspendendo ou destituindo os pais negligentes, nas hipóteses previstas em lei. Isso porque hoje triunfa a ideia de que se fala mais em deveres do que em direitos e, sobretudo, importa a proteção integral dos menores.

O Estado fornece mecanismos para garantir aos pais o exercício dessas competências quanto à pessoa dos filhos menores. Dessa maneira, têm-se os institutos jurídicos da representação e da assistência – para representá-los judicial e extrajudicialmente nos atos da vida civil; a ação de busca e apreensão - para reclamar de quem os detêm de forma ilegal. Neste sentido, o Estado favorece à família a liberdade do caminho a seguir para melhor desenvolver as tarefas de criação e educação dos seus filhos, impondo a sociedade o respeito dessas decisões.

## 2.6 SUSPENSÃO, MODIFICAÇÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

No item anterior comentou-se que o poder familiar não possui caráter perpétuo e nem absoluto, pois a lei limita-o no tempo e em função do interesse do menor. Portanto, o poder familiar é fiscalizado pelo Estado e pela sociedade, buscando coibir os abusos que os detentores do poder familiar venham a praticar contra os filhos menores.

A limitação no tempo ocorre nas situações, reguladas art. 5º do CC, em que o menor adquire a capacidade plena para os atos da vida civil. Alberga a maior idade – 18 anos completos – e os casos de emancipação. “No direito moderno, o pátrio poder não tem duração vitalícia como no direito romano, por se entender que, atingindo o filho certa idade, não é mais necessário.”<sup>21</sup>

Já a limitação em virtude do interesse do menor, regulamentadas nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638 do CC, são situações que prejudicam diretamente os menores na sua formação física ou psíquica; são aquelas onde ocorre a falta ou excesso de execução dos

---

<sup>20</sup> GRISARD FILHO op. cit., p.48.

<sup>21</sup> GOMES op cit., p. 398.

atributos do poder familiar, ferindo os princípios: superior interesse do menor e o da dignidade da pessoa humana. São os casos em que o juiz determina a suspensão ou a perda do poder familiar, podendo tal medida alcançar a totalidade da prole ou parte dela e, bem como, individualmente ou ambos os pais.

Para melhor entendimento do tema em comento, expõem-se abaixo os casos de extinção, suspensão e perda do Poder Familiar de forma individual.

### 2.6.1 Casos de Extinção

O art. 1635 arrola os casos de extinção do Poder Familiar:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

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

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

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

Todos os incisos, com exceção do V, trazem fatos jurídicos que extingue o poder familiar de forma automática e sem que esteja relacionada com falta ou excesso de dever dos pais com relação aos filhos menores. São situações, portanto, que independe da vontade de atuação na execução do Poder Familiar.

Na perda do Poder familiar pelo instituto da adoção – inciso IV -, há transferência definitiva de titularidade de Poder Familiar. Nesse sentido Diniz<sup>22</sup> comenta:

Ter-se-á a extinção *ipso jure* do poder familiar se houver: d) adoção, pois o poder familiar dos pais naturais transferir-se-á para o adotante, e, mesmo que este venha a falecer, o poder familiar não mais retornará aos pais carnais, nomeando-se, então, um tutor ao menor.

No inciso V, do art. acima, ocorre a extinção do poder familiar, quando da sentença irrecorrível, nos casos da perda definitiva do Poder Familiar, provocadas pela atuação exagerada de cumprimento de dever ou pela sua omissão. Essa é a punição extrema

---

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1339.

imposta aos pais por terem agido com negligência, omissão ou excesso na tarefa de educação, de cuidado ou de proteção dos filhos menores, deixando-os, em muitos casos, a sua própria sorte.

### **2.6.2 Casos de Suspensão**

Os casos de suspensão estão relacionados com as condutas, não reiteradas, dos pais que possam trazer prejuízo à pessoa do menor ou aos seus bens. É medida paliativa, de caráter temporário, pois o afastamento do convívio do filho menor com o pai e/ou a mãe, além de ser medida de segurança, visa reflexão de comportamento destes em relação à prole e, então, busquem caminhos úteis e necessários para condução do desenvolvimento dos seus filhos menores.

A suspensão é tratada no art. 1.637, do CC, que dispõe:

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

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

Essa medida é judicial e temporária, até que cesse a causa que a originou. Há, portanto, necessidade de trânsito julgado dos fatos diretamente relacionado com o poder familiar, caput do artigo anterior. Enquanto que há a suspensão do poder familiar de forma automática quando pai ou a mãe se encontram presos por mais de dois anos, parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Destaca-se que nas aplicações de medidas judiciais ou administrativas devem-se, sempre, buscar soluções que venham fortalecer os vínculos familiares e comunitários, conforme o artigo 100 do ECA. Pretende-se, por conseguinte, privilegiar o caráter pedagógico-educativo em detrimento do punitivo.

### **2.6.3 Casos de Perda**

A perda do poder familiar é medida judicial de extrema punição aos pais pela conduta excessiva na execução do exercício do poder familiar que provocam graves consequências, física, psíquica ou patrimonial, aos filhos menores. Tem-se em regra a extinção do poder familiar, inciso V, do art. 1.635 do CC, portanto é medida definitiva e atinge a totalidade da prole.

A perda do Poder familiar está regulada no art. 1.638 do CC, que dispõe:

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

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

Com exceção do inciso IV, os demais fatos jurídicos são tipificados como crimes. Nesses casos o Código Penal tutela os bens jurídicos vida, liberdade, honra do filho menor.

Para Magalhães<sup>23</sup>:

O abandono material ou moral não se coaduna com o estado de filiação e com os princípios inerentes ao poder familiar. Outro tanto pode ser dito quanto a exposição do filho a atos atentatórios à moral e aos bons costumes. Pais que exploram a prostituição dos filhos, que consentem na prática de ilícitos penais e até os estimulam a isso, não são merecedores do exercício do poder familiar

Para alguns estudiosos pelo fato de não estar expressamente proibido o uso moderado de castigo, então é permitido. Nesse sentido expressa Akel<sup>24</sup>:

*Data vênia*, além de considerar que o código Civil estabelece a perda do poder familiar nas hipóteses de castigo imoderado e, portanto, por dedução, permite sua aplicação moderada, entendemos que, por vezes, o castigo é salutar à correção do caráter do filho, podendo ser utilizado sem ofender a moral ou integridade física.

Mas a mesma autora traz posicionamento contrário ao seu, citando Paulo Luiz Netto Lôbo, quando comenta:

Contrário a esse posicionamento, Paulo Luiz Netto Lôbo defende a inconstitucionalidade do castigo moderado, haja vista que, na visão constitucional, não haveria fundamento jurídico para o castigo físico, ainda que moderado, pois este sempre incluiria, assim, a aplicação de castigos que possam violar a integridade física ou psíquica dos filhos.

---

<sup>23</sup> MAGALHÃES op. cit., p. 226.

<sup>24</sup> AKEL op. cit., p. 37.

O uso de castigo de forma moderada, independentemente de ser ou não inconstitucional, deve ser expurgado como forma de educação em nossa sociedade; pois, além de não ser fácil a ponderação do que é ou não moderado, ficando a cargo do subjetivismo de quem utiliza, vive-se na era da tecnologia da informação; portanto, deve-se utilizar a inteligência e não a força como meio de persuadir alguém. Em geral, na tenra idade, o filho imita os pais e quando é agredido no seu físico ou no seu psíquico incute, nele, o direito de também agredir; reforçando a máxima de que violência gera violência. Essa resposta poderá ocorrer em um curto espaço de tempo ou, de forma mais agressiva, quando adulto.

Assim, é necessário que os pais sejam conscientes na condução da difícil tarefa de bem criar os filhos. Devem procurar sempre se educar, para que possam transmitir, através dos seus comportamentos, conhecimentos valiosos e necessários à formação das personalidades dos seus filhos.

Então, nas relações parentais devem imperar, por parte dos pais, a paciência, a tolerância, o carinho e, acima de tudo, o respeito ao ser que está em desenvolvimento.

Certo está que o Estado de forma direta e a sociedade de forma indireta interferirão no exercício do poder familiar quando os pais pela omissão ou pelo excesso agirem de maneira a provocar prejuízo no desenvolvimento físico-emocional dos filhos menores.

### 3 GUARDA DE FILHOS

#### 3.1 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DE GUARDA

Para que se tenha a exata compreensão da importância do significado de “guarda”, busca-se em Silva<sup>25</sup> no seu Vocabulário Jurídico:

Derivado do antigo alemão *wartem* (guarda, ,espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração. [...] Em sentido especial do Direito Civil e do Direito Comercial, *guarda* quer exprimir a obrigação impostas a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confiadas, bem Assim manter em vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção.

Em uma análise superficial dos conceitos trazidos por Silva pode-se salientar que a expressão guarda traduz uma “obrigação”, imposta a alguém, de vigilância e cuidado sobre coisas ou pessoas a ele confiadas. Mas o significado de guarda vem sendo trabalhado, aperfeiçoado e adaptado em função do tempo, da sociedade e de sua aplicação nos ramos do direito. No ensejo de se trabalhar o tema proposto, limita-se o significado de guarda para o contexto do direito de família e especificamente relacionado ao poder familiar da relação jurídica entre pais e filhos menores. Para tanto, trazendo o conceito de Strenger<sup>26</sup>, define-se a guarda no plano da relação parental da seguinte maneira:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício de proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade paternal, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

Nesta definição o autor sintetiza a guarda como um poder/dever para que os pais possam exercer de forma efetiva os cuidados e amparo dos filhos menores, tarefa esta, como ele destaca, de natureza pública.

---

<sup>25</sup> SILVA op cit., p. 749.

<sup>26</sup> STRENGER op cit. p.31.

Não se pode esquecer que a guarda é inerente ao poder familiar, mas com ele não se confunde, isso é tratado por Silva<sup>27</sup> quando diz que: “A guarda assim é de natureza do poder familiar não de sua essência. Tanto é que transferida a terceiro, não implica a transferência desse.”

Antônio César Peluso Apud Silva<sup>28</sup> discorre várias situações do cotidiano que estão abarcadas na concepção de guarda, as quais visam o desenvolvimento psicossocial do menor, assim:

Ora, a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende, em princípio, a convivência no mesmo local, desdobrando-se nas faculdades de autorização para sair de casa, de se comunicar com o menor e sua regulamentação (direito de visitas), de vigilância, o qual, em tema de responsabilidade civil, tem sérias implicações, consistindo na necessidade de evitar que os filhos estejam sujeitos a perigo de ordem pessoal e que ofereçam perigo a terceiros ... Abrange ainda a faculdade de controle de comunicações postais, telefônicas, de acesso a leituras, espetáculos, companhias etc., de correção moderada, educação, formação física e mental, espiritual, segundo as aptidões e capacidades, de exigência de respeito, obediência e até de prestação de serviços apropriados à idade, e dever de assistência material e moral.

Essas são situações relacionadas às atividades concernentes à tarefa de direção da entidade familiar, que se passam no dia-dia das relações de convivência entre pais com seus filhos menores. Consistem em prerrogativas do poder familiar, as quais os pais devem executar com muita sabedoria, determinação e cuidado para não ferir direitos do menor, pois este precisa também de certa liberdade e autonomia para que possa adquirir habilidades que lhe conduzam a uma personalidade forte e independente.

Quando estas situações são vivenciadas por pais que convivem no mesmo lar, elas são compartilhadas por ambos, de forma que as suas decisões, mesmo que se dê de forma individual, presumem-se ocorridas com a concordância entre eles.

Porém, quando os pais já não mais coabitam, aquelas situações são vivenciadas por aquele que mantém a guarda, e as decisões são tomadas de forma individual, cabendo ao outro o direito de fiscalização, pois este perdeu a guarda, mas não o poder familiar.

Portanto, reafirma-se que, embora a guarda seja inerente ao poder familiar, com este não se confunde, tanto isso é verdade que quando se perde aquela para um terceiro

---

<sup>27</sup> SILVA op cit, p.44.

<sup>28</sup> SILVA op cit, p.45.

os pais continuam a manter o poder familiar consigo. É nesse sentido que Grisard Filho<sup>29</sup> expressa:

A guarda, diferentemente da tutela e da adoção, não afeta o poder familiar; pelo que não afasta o dever material dos pais de assistência, v.g., os alimentos, se o menor dela necessitar, apesar de o guardião estar obrigado á proteção de assistência material, moral e educacional.

Tem-se, a partir disto, que o poder familiar é mais amplo do que a guarda de filhos, visto que esta se insere naquele, consoante o inciso II, do art. 1.634 do CC, já transcrito no item. 1.1.5 - Direitos e deveres decorrentes do Poder familiar.

### 3.2 GUARDA JURÍDICA E GUARDA MATERIAL

Busca-se neste item distinguir a guarda jurídica e material visando o melhor entendimento dos conceitos de tipos de guarda que serão abordados posteriormente.

Assim, tem-se por guarda jurídica aquela inerente a responsabilidade civil do detentor sobre os atos civis e administrativos dos que estão sujeitos a ele. Diz respeito à responsabilidade de escolha pelo guardião de fatos jurídicos de cunho social que recairá sobre a pessoa do menor, v.g., Qual escola? Qual religião? Onde morar? Quais ambientes sociais que vai frequentar? São, portanto, escolhas que direcionam a educação dos filhos.

Já a guarda material relaciona-se com o convívio diário entre o guardião e o menor. Está inserido no contexto de atividades que visam a segurança, o cuidado e o bem estar do menor. É o contato físico, é o olhar, é o zelo, é o afago, a conversa diária entre o guardião e o filho, ações que alimentam o físico e o espírito dos envolvidos.

No mesmo entendimento Orlando Gomes<sup>30</sup> comenta que:

Aquele dos genitores a quem é atribuída a guarda, tem-na não apenas a material, mas também a jurídica. A primeira consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor, a quem a guarda foi atribuída.

---

<sup>29</sup> GRISARD FILHO, op. cit.

<sup>30</sup> GOMES op cit., p. 396.

Então, tem-se a guarda física relacionada ao exercício de posse dos filhos menores e a guarda jurídica ao exercício de educá-los.

### 3.3 ASPECTO DO EXERCÍCIO DA GUARDA NA FAMÍLIA UNIDA E NA SEPARADA

No item referente ao conceito e delimitação de guarda, comentou-se que o poder familiar se manifesta através desse instituto, e que o autor Peluso Apud Silva<sup>31</sup>, sintetizou que a guarda é a *manifestação operativa do pátrio poder*.

Lembrando que, no atual estágio da sociedade brasileira, o poder familiar é exercido de forma igualitária pelo pai e pela mãe, ambos concorrendo, de forma participativa e colaborativa, na consecução dos interesses dos filhos menores.

Essas concepções trazidas até o presente momento refletem em regra os comportamentos que ocorrem no lar de uma família que se encontra coesa, pois neste ambiente o exercício da guarda se dá de maneira natural, sem percalços, com divisões de tarefas diárias entre os pais que facilitam os esforços na condução do poder familiar e, nesse sentido, tem-se que as decisões individuais são vistas como se fossem por ambos tomadas.

Desse modo, na constância da união dos pais vamos ter a guarda comum, havendo simultaneidade de exercício da guarda jurídica e da guarda material e possuindo como característica dominante a igualdade de direitos e deveres perante os filhos menores.

Porém, essas concepções não são tão representativas quando estamos no contexto da família em que os pais já não mais coabitam. Nesse ambiente familiar, mesmo que o poder familiar seja garantido tanto ao pai quanto à mãe, seu exercício se dá de forma não igualitária, pois, em geral, a guarda passa a ser de responsabilidade de um deles, incumbindo ao outro a sua fiscalização. Portanto, é na separação do casal que o instituto da guarda passa a ter relevância já que é onde predominará a influência de um dos pais no desenvolvimento dos filhos menores. Pode-se falar, então, em cisão da guarda, já que, quase sempre, o seu exercício estará a cargo de um dos genitores. Então quando ocorre um rompimento da convivência conjugal, dá-se a cisão da guarda (STRENGER)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> SILVA, op. cit, p.45.

<sup>32</sup> STRENGER op cit., p. 47.

### 3.4 FORMAS DE EXERCÍCIO DE GUARDA

Na separação conjugal ou no rompimento da união estável torna-se, infelizmente, impossível a convivência, no tempo e no espaço, de forma igualitária dos pais com seus filhos. Há, portanto, necessidade de se estabelecer novas regras de convivência entre os genitores separados, visando manter viva e efetiva a relação, que não se extingue, entre eles e a sua prole. Por oportuno é importante trazer ao contexto a colocação do autor Waldir Grisard Filho<sup>33</sup> que diz:

O divórcio, que fragmenta a conjugalidade, não implica, necessariamente, desfuncionalidade. Nesse sentido, um casal mantém-se funcional quando seus membros conservam a aliança parental e cada um favorece o contato dos filhos com o outro genitor, numa nova forma de relacionar-se.

Quanto mais harmônica for a convivência dos pais após o rompimento da relação conjugal, mais proveitosa e salutar serão as relações entre eles e seus filhos. Deve-se sempre que possível buscar soluções que tenham por finalidade o alcance da satisfação dos interesses dos filhos menores. Não há felicidade maior para o pai ou para a mãe que aquela de saber que seus filhos estejam felizes.

Nesse contexto, o casal separado tem a possibilidade de optar sobre o tipo de guarda a ser adotada na condução da criação/educação dos filhos menores. Akel<sup>34</sup> também diz:

Conforme salientado anteriormente, a desunião e a conseqüente ruptura da família já se tornou rotina dentro de todas as sociedades do mundo. Sendo assim, a doutrina e a jurisprudência de diversos países, inclusive a pátria, vem admitindo diversas maneiras de os pais exercerem a guarda dos filhos, com o intento de minimizar o sofrimento e o sentido de perda do menor que tem, com a separação, um dos genitores afastado de sua convivência diária.

Dentre os tipos possíveis de guarda podemos destacar a guarda exclusiva, a alternada e a compartilhada. Cada tipo de guarda possui características que determinam a forma de relacionamento que passarão a ter os pais com os seus filhos menores.

---

<sup>33</sup> GRISARD FILHO, op. cit., p.10.

<sup>34</sup> AKEL, op cit., p. 91.

O tipo de guarda a ser adotado em geral é de livre decisão do casal, porém o juiz pode modificá-la quando verificar que não proporcionará o melhor interesse dos menores. È o que dispõe o art. 1.586, do CC, *in verbis*:

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

A escolha legal da guarda, art. 1.583, do CC, dá-se entre a unilateral e a compartilhada, mas não há impedimento de se usar outra, por exemplo, a guarda alternada.

A guarda exclusiva – unilateral - não traz nenhuma dificuldade de entendimento do seu conteúdo, mas já a guarda alternada e a guarda compartilhada, por vezes, provocam confusão de compreensão dos seus conceitos. Expõem-se abaixo os três tipos sucintamente a seguir, sem tecer comentário sobre as vantagens ou desvantagens que cada uma delas possui.

### 3.4.1 Guarda exclusiva

A guarda exclusiva ocorre quando o seu exercício cabe unicamente a um dos genitores. Na primeira parte do § 1º do art. 1.583, do CC, tem-se a definição do tipo de guarda, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. **(alterado pela LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)**

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) ...

Nesse mesmo sentido e fazendo referência à guarda física e a guarda jurídica, Silva<sup>35</sup> expressa:

No Brasil predomina a guarda jurídica, exclusiva, de um só dos progenitores, o qual detém a “guarda física”, que é a de quem possui a proximidade diária do filho, e a “guarda jurídica”, que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor.

A escolha de quem será o guardião, como comentado anteriormente, é consenso dos pais. Mas ela deve ser orientada para aquele que possua melhores condições. A expressão condições não significa, e nem determina a lei, sinônimo de bens materiais. Ela

---

<sup>35</sup> SILVA op cit., p.61.

deve indicar habilidades de bem educar/criar, isto é, o guardião deve ser aquele que proporciona melhor bem-estar para o filho. Aquele que possuir maior dedicação, carinho e determinação de promover a formação plena do menor estará mais capacitado para ser o guardião. Nesse sentido impõe o § 2º, art. 1583, do CC, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. **(alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)**

§ 2º 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: (alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)

II – saúde e segurança; (alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)

III – educação. (alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)

A propósito, a título de informação, antes da alteração do art. acima pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 a expressão *melhores condições* vinha sem nenhuma descrição, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência a qualificação do seu significado.

### 3.4.2 Guarda alternada

Na guarda alternada tem-se também a unidade de exercício, ou seja, a guarda é exclusiva para um dos pais, porém ela se dá de forma alternada no tempo e espaço. Assim, por um laço temporal, que poderá ser definido por semana, mês, semestre ou qualquer outra escala de tempo, o exercício da guarda será exclusiva daquele que mantém o convívio no lar com os filhos. Nesse tipo de guarda os filhos, de tempos em tempo, terão alternância de residência, assim, ora estarão coabitando com o pai, ora estarão com a mãe.

Com esse mesmo entendimento Akel<sup>36</sup> sintetiza a guarda alternada quando relata:

Em resumo, podemos estabelecer que a guarda alternada se caracteriza pela possibilidade de os pais deterem a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repetição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de

---

<sup>36</sup> AKEL, op. cit., p. 114.

tempo deter de forma exclusiva a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. Ao término do período, os papéis invertem-se.

Neste tipo de guarda, por um período determinado, um dos pais exerce com plenitude o poder familiar, enquanto ao outro caberá somente o direito de fiscalização sobre esse exercício, invertendo-se os papéis no período seguinte.

### 3.4.3 Guarda compartilhada

Na guarda compartilhada os pais separados exercerão conjuntamente os direitos e deveres em relação aos filhos menores, de tal sorte que as decisões mais importantes que dizem respeito ao desenvolvimento físico, psíquico e social do menor sejam dadas com a participação efetiva de ambos, mesmo que o menor esteja morando com um deles. É neste tipo de guarda que se manifestam, de forma separada, a guarda física e a guarda jurídica, já comentadas anteriormente. Nesse mesmo sentido, Grisard Filho leciona:<sup>37</sup>

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores.

A segunda parte do § 1º do art. 1.583, do CC, descreve a definição desse tipo de guarda, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. **(alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)**

§ 1º ... 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. **(alterado pela LEI N° 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008)**

Nesta modalidade de guarda os pais separados exercerão em conjunto a guarda jurídica, ou seja, ambos decidirão as questões relacionadas com a educação dos filhos menores, mas somente um deles terá a guarda física, isto é, as crianças permanecerão com o guardião da guarda física.

## 3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GUARDIÕES

---

<sup>37</sup> GRISARD FILHO, op. cit., p. 86.

Trata-se de responsabilização de atos ilícitos de terceiros, neste caso dos filhos menores. O código civil impõe aos pais a responsabilidade objetiva de reparação civil por culpa dos filhos menores. Esse entendimento está muito bem explicado por Diniz quando diz:<sup>38</sup>

Não há mais, em nosso entender, uma presunção legal de culpa de determinadas pessoas se outras praticam atos danosos, embora alguns autores vislumbrem a existência de uma presunção legal absoluta *juris et de jure* de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, que acarretaria responsabilidade civil subjetiva, correspondente à objetiva. A culpa do autor do dano acarretará a responsabilidade objetiva da pessoa sob cuja direção se encontrar, pouco importando se infringiu, ou não, o dever de vigilância.

O art. 932, I, do CC disciplina a responsabilidade civil dos pais e o art. 933 indica que esta responsabilidade é objetiva, portanto, não há necessidade de agirem com culpa no exercício do poder familiar. Veja:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Há que se ressaltar, pela leitura do dispositivo acima, que a responsabilidade civil será do genitor que detém guarda do menor, nos casos em que os pais estejam separados, isto porque a guarda é a operacionalização do poder familiar, e este é um *munus* público. Assim, na guarda exclusiva e na alternada a responsabilidade pela reparação civil é daquele que a estiver exercendo quando do momento da ação do menor. Mas, na guarda compartilhada esta responsabilidade é conjunta do pai e da mãe. Também é o entendimento de Akel<sup>39</sup>:

Por compartilharem a guarda, presumem-se o que as decisões relativa à educação são tomadas em comum pelos pais, que desempenham papel efetivo na formação diária dos filhos e, havendo um dano, a presunção de erro, ou falha na educação e vigilância das crianças, recai sobre ambos, ainda que a guarda material (física) permaneça apenas com um dos genitores.

Pelo fato de ter-se na guarda compartilha o exercício conjunto da guarda jurídica e esta relacionar-se com a educação dos filhos menores - ao aspecto emocional, intelectual, comportamental, de conscientização de atitudes - então, a responsabilidade civil resultante de atos ilícitos dos filhos menores será objetiva de ambos os pais.

---

<sup>38</sup> DINIZ op cit., p.720.

<sup>39</sup> AKEL op cit., p. 108.

### 3.6 MODIFICABILIDADE DA GUARDA

Comentou-se anteriormente que a escolha do tipo de guarda a ser adotada é, quando for consensual, do casal; mas o juiz tem prerrogativa de alterá-la, quando evidenciar que a escolha prejudicará o interesse dos filhos menores. Relembrando o contexto em Grisard Filho<sup>40</sup>:

Nesses casos, em princípio, convencionam livremente os pais que os filhos permanecerão com o genitor escolhido, considerando a lei serem os pais os melhores juízes para deliberarem sobre o destino dos próprios filhos. Em princípio – pois pode o juiz regular a guarda de forma diversa, tendo em conta o melhor interesse do menor. Pode até mesmo recusar a homologação se apurar que tal convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos.

Verificou-se também que o guardião deve ser aquele que apresenta as melhores condições para exercer a guarda no momento em que ela é determinada. Essas condições são atributos que favorecem os interesses dos menores, v.g., de fundo emocional, moral, material, educacional, afeição, dedicação, tempo, dentre outras.

Não se pode afirmar que as melhores condições que se apresentam no momento da definição da guarda serão necessariamente iguais em um tempo posterior, ou seja, poder-se-á ter condições melhores ou piores que aquelas. Assim, parece plausível que haja circunstâncias de fato ou mesmo de direito que impõem uma alteração da guarda, visando torná-la mais apta a responder os desejos e necessidades dos menores. Só para ilustrar, poder-se-ia imaginar uma situação em que o guardião viesse a ser acometido de uma doença grave que o fizesse perder a capacidade de discernimento dos atos civis por período indefinido de tempo, ficando deste modo também incapacitado para gerir a vida e os bens dos seus filhos menores. Hipoteticamente alteraram-se, significativamente, as melhores condições que o mesmo possuía no início do desempenho da guarda.

O instituto guarda insere-se no contexto de relações jurídicas continuativas, sendo, por conseguinte, exceção de coisa julgada material abarcada pelo art. 471 do Código Processo Civil, permitindo assim a sua revisão quando houver modificação superveniente de fato ou de direito. Nesse sentido, expressa Grisard Filho<sup>41</sup>:

---

<sup>40</sup>GRISARD FILHO op cit., p. 94.

<sup>41</sup> Ibid., p. 82.

A definitividade da guarda é, paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (artigos 35 e 149, parágrafo único, do ECA), pois sua concessão não faz coisa julgada. A Cláusula *rebus sic stantibus* subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do art. 471 do CPC. A contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

Então, com o advento da lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou o art. 1.583 do CC, abre-se a possibilidade jurídica para que os pais, já separados, requeiram a mudança de guarda adotada para o modelo de guarda compartilhada, se assim quiserem e se esta melhor atender o superior interesse dos filhos menores.

## 4 GUARDA COMPARTILHADA

### 4.1 CONCEITO

No item 3, mais especificamente no item 3.4 - Formas de exercício de guarda –, comentou-se de forma sucinta a guarda compartilhada.

Salienta-se que a importância do instituto guarda se dá quando ocorre a desunião do grupo familiar. Porque, mesmo que ela esteja presente no seio da família unida, ela acontece de forma imperceptível, já que o seu exercício se manifesta de forma natural e comum a ambos os pais. Nesse contexto a divisão de tarefas entre os guardiões objetiva somente facilitar o melhor desempenho no dever de criar/educar os filhos, não há de se falar em subordinação, submissão ou hierarquia entre eles. Assim, também expressa Grisard Filho<sup>42</sup>:

Enquanto a família permanece física e espiritualmente unida, não costumam evocar-se questões relativas à guarda de filhos menores. Trata-se do exercício comum de guarda. O sistema funda-se na presunção de que cada genitor procederá segundo o uso social e as circunstâncias na maior conveniência do menor e de que a decisão tomada por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Assim, no dizer centrado de Eduardo de oliveira Leite, “logo, não há divisão no poder de decisão, que se exerce conjuntamente”.

Então, o instituto guarda vem regular as novas relações entre pais e filhos que surgem com o rompimento da relação conjugal ou da união estável dos genitores.

Mencionou-se anteriormente que a família sofre influências culturais de todo corpo social e hoje, com globalização e com tecnologia da informação, isso se dá de forma mais abrangente e mais rápida, exigindo também uma postura de renovação do ordenamento jurídico para regular as novas relações sociais que emergem desse caldeirão de possibilidades. Com a lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada como opção do exercício do poder familiar de pais separados. “Não há de olvidar que a recente lei nº 11.698/08 é muito bem vinda, pois colocou por terra qualquer discussão sobre a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada ao inserir expressamente tal instituto no ordenamento jurídico pátrio”<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> GRISARD FILHO. op cit., p. 163.

<sup>43</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 0, out/nov.2007, p.43.

Tem-se então que na guarda compartilhada os pais separados exercerão conjuntamente, e igualitária, os direitos e deveres em relação aos filhos menores, de tal sorte que as decisões mais importantes que dizem respeito ao desenvolvimento físico, psíquico e social do menor sejam dadas com a participação efetiva de ambos, mesmo que o menor esteja morando com um deles.

Não se cogita trazer para esse tipo de guarda as questões relacionadas com o tempo de convívio diário entre pais e filhos, pois é impossível ter-se igualdade de condições temporais estabelecidas para pai e mãe, quando estes vivam em residências distintas. Não se está falando de guarda alternada, visto que esta guarda se dá de forma unitária por período igual; mas sim em guarda compartilhada, em que, indubitavelmente, há uma divisão em: guarda física e guarda jurídica, a primeira relacionada com a posse e a segunda com a idéia de educação dos filhos menores.

Na guarda compartilhada busca-se a igualdade de exercício da guarda jurídica e o entendimento mais harmonioso possível na guarda física. Assim, não deve existir por parte do genitor detentor da guarda física alguma imposição de restrição quanto ao contato físico entre o outro genitor com os filhos menores, já que se quer é a manutenção dos laços de afeição, o mais próximo possível, que tinham quando da família coesa. É nesse sentido que Strenger<sup>44</sup> comenta que “a importância da guarda compartilhada reside no fato de se permitir ao menor o desfrute de uma convivência subordinada mais consentânea com a situação anterior de normalidade conjugal”; o que reafirma a guarda compartilhada como uma opção menos traumática para as relações parentais.

#### 4.2 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS GENITORES NO DESENVOLVIMENTO DO MENOR

Não se trata de abortar o tema de forma exaustiva, mas de maneira pontual, visando trazer a lume a importância que os pais possuem na formação salutar da personalidade dos filhos. O Estado, a sociedade e em particular a família são constitucionalmente responsáveis pelo desenvolvimento e cuidado para com as crianças e os adolescentes.

---

<sup>44</sup> STRENGER, op cit., p. 67.

A maioria se dá, na legislação pátria, em consonância ao art. 5º, CC, em regra aos dezoito anos. A sociedade brasileira estabelece que com essa idade o cidadão estará apto a exercer todos os atos da vida civil. Portanto, é um tempo razoável para que o ser humano adquira maturidade e conhecimentos necessários ao exercício dos seus direitos e obrigações, não precisando mais de representação ou assistência dos seus guardiões.

O homem, desde o seu nascimento até boa parte de sua existência, é por sua natureza um ser totalmente dependente de outro para sobreviver. E é no seio da família, em geral, em que ele recebe acompanhamento integral e cuidados indispensáveis a sua existência, v.g., alimentação, higiene, abrigo, segurança, dentre outros.

Além desses cuidados básicos, é na família que o homem terá o seu primeiro contato social, é nela que adquire, através dos sentidos, as primeiras lições de como falar, de como andar, do que comer; enfim, de tomar consciência de si mesmo e do ambiente que o rodeia. Ou seja, é na família que a criança adquire as primeiras habilidades cognitivas de expressar os seus desejos e necessidades.

É no processo de observação e repetição dos comportamentos dos pais, na infância, que o indivíduo, inicialmente, passa a desenvolver a sua formação física, intelectual e psíquica. Assim, quanto maior o tempo de contato físico entre o filho e os pais, mais opções de atitudes aquele terá para se espelhar, mais oportunidades de exemplos terá para aprender, pois pai e mãe trazem consigo bagagem sócio-cultural ímpar que vai fortalecer e enriquecer a formação da prole. É nesse caldeirão de relações diárias do contexto familiar que o filho menor vai adquirindo aptidões e consciência de ser sujeito de direitos e obrigações, apto a contribuir na formação do corpo social.

Então, quanto mais presente e participativa for a figura do pai e da mãe mais contribuirão para o desenvolvimento das potencialidades do caráter do filho menor.

Não há dúvida que atualmente são verificadas mudanças comportamentais nos papéis impostos aos pais pela sociedade, no que diz respeito aos cuidados com os filhos. Já não cabe somente a mãe a tarefa de educar e ao pai a tarefa de sustentar os filhos menores. Hoje, ou pela própria necessidade financeira ou pela conquista de liberdade e igualdade com os homens, as mulheres exercem, com desenvoltura, todo tipo de atividade profissional, participando ativamente no sustento do lar e, por conseguinte, o homem, para suprir a falta de

tempo da mulher, participa efetivamente na condução das tarefas diárias no seio familiar. Nesse sentido escreve Silva<sup>45</sup>:

A figura paterna deixou de ser a de apenas um espectador dos cuidados da mulher para com o filho, para tornar-se um elemento atuante na educação da criança. O pai moderno acompanha a evolução da gravidez, assiste ao parto e depois divide os cuidados para com a criança. Mais tarde, leva-a à escola, ajuda nas lições, esquenta o jantar e a põe para dormir. Hoje em dia o pai vai às reuniões e festas na escola e até mesmo acompanha os filhos nos aniversários dos amiguinhos.

Então, pai e mãe contribuem para o conjunto de reflexões absorvidas pelo filho menor no processo de composição de sua personalidade. Mas, certamente, cada genitor vai contribuir de forma mais específica sobre determinado aspecto do ser em formação. A mãe - através do seu aconchego, carinho e paciência - ajudará a criança a ser mais amiga, dócil e humana, o pai por ser mais determinista, mais corajoso e seguro inculcará na criança o senso de limite, o do respeito, e apta a entender o ambiente social em que está inserida.

Ana Maria Milano Silva<sup>46</sup> traz o ensinamento de Freud para explicar o tema, comentando que “Segundo a teoria psicanalítica de Freud, há uma triangulação inconsciente entre pais e filhos. É essa necessária para que a criança receba os papéis masculinos e femininos, necessários à formação da própria identidade.

Assim, pai e mãe, através de suas habilidades natas, vão fornecer parte significativa do alimento necessário para o desenvolvimento da identidade do filho menor. A tal ponto que na falta de um deles, o outro deverá buscar meios para supri-la, pois se assim não proceder poderá ocasionar reflexos negativos na formação da personalidade da criança.

#### 4.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO ANTES DA LEI 11.698 DE 13.08.2008

Já se comentou que com a lei 11.698 de 13.06.2008, que alterou o art. 1583 do Código Civil, passou-se a ter a opção legal do uso da guarda compartilhada. Não obstante ser muito recente esse dispositivo legal, a guarda compartilhada, ainda que de maneira incipiente, vinha sendo utilizada pelos pais separados como alternativa do exercício de guarda em detrimento da guarda exclusiva.

---

<sup>45</sup> SILVA op cit., p. 145.

<sup>46</sup> Ibid., p. 146.

Também se analisou que a determinação de como conduzir a família, após seu rompimento, era uma escolha do casal, dependendo do crivo do juiz e sempre observando o superior interesse dos filhos menores. Nesse sentido a lei não impunha de que maneira se daria o exercício da guarda, somente dispondo quando houvesse dissenso entre os pais, que nesse caso exerceria aquele que possuísse melhores condições. Expressão, essa, de significado aberto.

Da mesma maneira que o ordenamento jurídico procura adaptar-se às mudanças sociais, a própria sociedade busca se fundamentar naquele. Assim, com o advento da Constituição de 1988, a qual expressa a igualdade de direito e deveres entre homens e mulheres, a sociedade se impõe na obrigação de se conduzir de forma que a realidade possa refletir o preceito constitucional. Nada mais inconstitucional do que albergar privilégios a um dos genitores no quesito da condução das vidas dos filhos menores.

Não só o homem deveria perder o estado de chefe da família, mas também a mulher não poderia ser sempre considerada a guardiã natural, quando da quebra da relação conjugal ou da união estável. Nesse entendimento de que o homem poderia, e deveria, postular a guarda de filhos fundamentado no princípio constitucional supracitado, houve a necessidade de adequar o instituto guarda à nova realidade Constitucional.

Então, para evitar privilégio na hora de conceder a guarda somente a um dos pais, em geral a mãe, começou-se a evidenciar a guarda compartilhada como meio de solução que proporcionasse a participação efetiva e de forma igualitária entre o pai e a mãe na criação dos filhos menores.

Com a globalização vive-se, com muito mais intensidade, o intercâmbio entre as nações em todos os ramos do saber. As soluções encontradas para responder os anseios em sociedades vizinhas são importadas e adaptadas para serem utilizadas na sociedade pátria e vice-versa. Isso também acontece com o Direito e muito especial com o Direito de Família. Foi o que aconteceu com a guarda compartilhada, nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite apud Silva<sup>47</sup>, cuja origem se deu no direito Inglês na década de sessenta:

Mas a manifestação inequívoca dessa possibilidade por um tribunal inglês, como relata Eduardo de Oliveira Leite, só ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, quando aplicou a guarda compartilhada demarcando o início de uma tendência que faria escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz Ormond daquela Corte promulgou

---

<sup>47</sup> SILVA op cit., p. 68.

uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

Atualmente a guarda compartilhada está presente em vários países democráticos, através de leis ou pelo uso da jurisprudência. Assim, Gonçalves comenta:<sup>48</sup>

A tendência atual, tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição de guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas, tenham sido levantadas no decorrer do processo. Enquanto alguns países (Estados Unidos, França, Suécia, Dinamarca e outros) já introduziram a guarda conjunta como princípio, através da intervenção legislativa, outros a aplicam via jurisprudência, na tentativa de encontrar a melhor maneira possível ao sistema, antes de consagrá-lo como legislação. Certo é, porém, que a guarda conjunta ganha foros de princípios, de regra, enquanto a guarda unilateral se torna cada vez mais uma mera exceção, evitada sempre que possível.

Salienta-se que o instituto da guarda compartilhada é recente no mundo jurídico brasileiro e, mesmo não havendo proibição legal, ele era pouco utilizado no plano concreto. Isto ocorre porque a sociedade tenta manter padrões solidificados de conduta no tempo. É o que acontece com a guarda exclusiva, padrão reiteradamente utilizado sem grandes discussões, fundamentado na tradição de que a mãe, pela sua natureza, possui habilidades superiores as do pai para criação e educação dos filhos.

Claro que a sociedade brasileira muda com o passar do tempo. E essas mudanças são também visíveis no contexto da família. Houve, em um tempo não muito distante, todo um arcabouço legislativo para trabalhar com as questões de filhos – legítimos, naturais, bastardos, e outros –, bem como todo um aspecto da guarda de filhos quando da separação do casal, inclusive disciplinada de forma até confusa, pois levava em consideração as idades e os sexos dos filhos na hora de entregá-los ao pai ou à mãe.

Assim, tem-se na legislação brasileira o surgimento de leis como: o Código Civil de 1916, a Lei do Divórcio, o Estatuto da Mulher Casada, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002, que traduziram as mudanças ocorridas no seio da família, disciplinando também, ao seu tempo, as circunstâncias que nortearam mudanças de entendimento sobre a guarda de filhos. O autor Grisard Filho<sup>49</sup> comenta, com muita destreza, alguns artigos dos dispositivos citados, isso antes da lei 11.698 de 13.08.2008, e resume dizendo que:

---

<sup>48</sup> GONÇALVES, Denise Willheim. Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 299, set. 2002, p.46.

<sup>49</sup> GRISARD FILHO op cit., p. 160.

Dos vários dispositivos legais pontuados, foi possível anotar que, antes de impedir, nosso direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nessa matéria. Utilizando-se dessa prerrogativa, pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor e for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151 do ECA.

Em obediência aos princípios de igualdade dos pais na condução do poder familiar e do superior interesse dos filhos menores, e pelo fato de não se ter lei proibindo o uso, a jurisprudência passou a deferir os requerimentos dos pais separados pelo modelo de guarda compartilhada.

#### 4.4 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA

Já se realçou que a guarda tem sua importância somente no momento em que se precisa recorrer ao instituto para resolver as situações dos filhos com relação aos seus pais após o rompimento da relação conjugal ou da união estável.

Então, é no momento, em geral, de muita tensão e sofrimento e, por vezes, repentinamente que o casal tem de tomar decisões as quais vão afetar todos os membros da família. Decisões que vão desde a partilha de bens de pequeno valor monetário, porém impregnados de sentimentos, v.g., fotos, animais de estimação, objetos que receberam na ocasião do casamento e outros que guarnecem o lar, até bens de vulto monetário expressivo, no qual vêm à tona os sentimentos de posse, de quem contribui mais na hora de aquisição, de injustiça, de frustração e, muitas vezes, de desespero por não saberem aonde vão morar após a desunião da família. Nesse turbilhão efervescente de sentimentos, rancores, perdas patrimoniais, rompimentos de elos familiares, queixas recíprocas, traições, discussões ásperas e resquícios de amor, encontram-se os filhos menores, quase que abandonados no seu mundo de incertezas dos rumos que terão que seguir.

São poucos os casais que terão a capacidade plena de raciocínio no momento em que passam pela situação do rompimento conjugal. São realmente muitos sentimentos conjugados que afloram simultaneamente, que com certeza mexem com toda estrutura emocional, hormonal e física dos envolvidos. Perde-se o apetite e até mesmo a vontade de viver. Mas, as decisões terão que ser tomadas, com o sem acordo.

Infelizmente é nesse cenário que a maioria dos pais busca soluções para manterem intactos os convívios com os filhos após o rompimento do elo que os unia. Claro que cada caso é um caso. As pessoas têm respostas diferentes para as mesmas situações. Portanto, nas separações não se terá padrões de solução para as querelas surgidas. E, então, na guarda compartilhada poderá ter várias maneiras conjugadas de esforços dos pais para continuarem a manter vivo o sentimento de proporcionar, juntos, as melhores condições de desenvolvimentos dos filhos.

No plano prático, a guarda compartilhada deve estar fundamentada no superior interesse dos filhos menores de tal sorte que os pais separados devem buscar sempre o diálogo cordial e o entendimento harmônico das controvérsias que terão na busca de solução da concretude das necessidades dos filhos menores. Devem despir-se dos rancores do passado, estar imbuídos de sentimentos que lhes traga a paz interior, e cientes de que a relação conjugal já é passado resolvido e as relações parentais perpetuam no tempo, independentemente de estarem separados.

Relatou-se que na guarda compartilhada os pais separados exercerão conjuntamente, e igualitária, os direitos e deveres em relação aos filhos menores, de tal sorte que as decisões mais importantes, as quais dizem respeito ao desenvolvimento físico, psíquico e social dos menores, sejam dadas com a participação efetiva de ambos, mesmo que os menores estejam morando com um deles. Além disso, foi comentado que na guarda compartilhada há divisão em guarda física e em guarda jurídica, a primeira relacionada com a posse e a segunda com a idéia de educação dos filhos menores.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite apud Silva ensina:<sup>50</sup>

[..] o pressuposto da guarda conjunta (embora a guarda suponha a presença física da criança no domicílio de um dos genitores) é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito).

Na guarda compartilha os pais, portanto, devem propiciar entendimento das situações que passarão a vivenciar após rompimento conjugal ou da união estável com relação aos filhos menores. Tais quais:

---

<sup>50</sup> SILVA op cit., p. 113.

Residência:

Assim, terão de decidir com quem ficará a guarda física, ou seja, em que moradia os filhos ficarão, e conseqüentemente a questão da visita do outro genitor, que se as condições de relacionamento dos pais, pós rompimento, forem amigáveis, não deveriam ser estipuladas no papel e sim acertadas rotineiramente conforme a disponibilidade de tempo de todos os envolvidos, e sempre visando uma igualdade de convivência dos menores com o pai e com a mãe, e sem empecilho por parte do guardião da guarda física.

Nas palavras de Cahali apud Grisard Filho<sup>51</sup>:

O direito de visita [...] é irrenunciável, porque a afeição paterna (materna) no trato com os filhos obedece a motivos tão humanos e respeitáveis que nem mesmo a responsabilidade do genitor pela separação judicial ou pelo divórcio pode constituir-se em obstáculo para o exercício desse direito.

Há de se ressaltar que o direito do menor ao convívio com os pais deve ser estendido também aos familiares de ambos, pois só assim se terá um leque maior de relações sócioafetivas indispensáveis a boa formação da personalidade do menor. Nesse sentido Lôbo expõe:<sup>52</sup>

È grande o consenso da doutrina brasileira com reflexos em decisões judiciais, de que o direito de visita, no sentido de direito á convivência, não se esgota na pessoa do pai não guardião. Os parentes deste não podem ter seu contato coma criança ou adolescente negado, para que as relações de família não sejam dificultadas ou obstadas.

Para Silva <sup>53</sup> a questão da residência é a primeira a merecer a atenção, e comenta que “A determinação da residência é essencial para a estabilidade da criança, que terá um ponto de referência, conforme diz Eduardo de Oliveira Leite [...] “um centro de apoio de onde irradiam todos seus contatos com o mundo exterior”.

É também a residência o elo que terá no futuro o adulto na busca da imagem da infância que persistiu na sua memória, é a ligação com as brincadeiras de infância, do caminho que a conduzia a escola, ou ao parque, dentre muitas outras.

Educação:

---

<sup>51</sup>GRIZARD FILHO, p. 139.

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v.0, out/nov.2007, p.31.

<sup>53</sup> SILVA op cit., 2006, p. 114.

Outra questão a ser solucionada pelos pais refere-se à educação dos filhos menores. Aqui muitas dúvidas surgirão como: qual escola que estudarão – particular ou pública –; em que período – matutino ou vespertino –; no período de férias com quem as crianças passarão; qual religião que seguirão; cursos paralelos que farão; que esportes irão praticar; que ambientes sociais freqüentarão, dentre outros. São nessas situações em que a guarda compartilhada se fará presente, pois a responsabilidade pelo dever de exercício da educação será comum aos pais. Ambos a exercerão em igualdade de condições.

As escolhas vão depender das condições sócio-culturais, da visão de mundo, da filosofia de vida, do preparo psicológico, das tradições, do jeito de ser de cada um dos genitores.

Há, portanto, quantidade enorme de variáveis importantes para resolverem, mas com diálogo, dedicação, superação, habilidade e, focados no objetivo de fornecer melhores condições para os filhos, suplantarão as barreiras que irão surgir, resolvendo-as. E com toda certeza os pais sairão mais fortalecidos, pois terão a sensação do dever cumprido.

## Pensão

Talvez aqui seja a situação nevrálgica de qualquer separação ou desunião dos pais, pois para quem paga, sempre terá a sensação de muito e para quem recebe, sempre parecerá pouco. Não é de muito deixar claro que os valores monetários são para custear as despesas pessoais dos filhos menores, ninguém sobrevive com dignidade sem gastos.

Mas, a resolução da pensão também passa pelo crivo da razão dos envolvidos, visto que tudo vai depender de como vão querer arcar com os custos de manutenção dos filhos. Assim, poderão custear diretamente as despesas, dividindo-as de forma paritária; pagar valor mensal correspondente a um percentual do salário, ou outro arranjo. Portanto, não se tem aqui uma solução padrão para todos os casos de guarda compartilhada. O importante que seja dada de forma consensual dos pais, pois se terá a certeza que o comprometimento assumido será mais fácil de ser adimplido.

Nesse sentido, expressa Silva<sup>54</sup>:

Na hipótese de a mãe exercer atividade que lhe garanta rendimentos (iguais, superiores ou inferiores aos do marido) a organização da obrigação alimentar pode ser feita de maneira mais flexível e igualitária. Por exemplo, um se ocupará das despesas decorrentes da educação; o outro, das relativas à vestuário e calçados, ou

---

<sup>54</sup> SILVA op cit., p. 138.

ambos, proporcionalmente, das despesas médico-odontológicas. É por essas considerações que Eduardo de Oliveira Leite condensa seu entendimento: “Quanto maior o entendimento entre ex-cônjuges, melhor a solução a ser encontrada em matéria de alimentos”.

Então, o desenvolver da guarda compartilhada passa, indubitavelmente, pela vontade conjunta dos genitores no caminho das realizações dos deveres inerentes as necessidades dos filhos, cada qual a sua maneira, mas somando-se esforços na determinação de relações parentais mais harmônicas possíveis.

#### 4.5 CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DO INSTITUTO NAS VIDAS DOS PAIS SEPARADOS

Comentou-se, até o momento, a guarda compartilhada sob a perspectiva do superior interesse dos filhos menores. Que as ações dos pais separados conjugam para a concretude da satisfação das necessidades da prole. É a busca de manterem um vínculo de respeito entre si e de objetivo comum pela responsabilidade conjunta na criação/educação dos filhos menores, mesmo vivendo separados, pois a realidade do dia-dia os fez optar pela ruptura da relação conjugal ou da união estável.

Não há dúvida de que o instituto mantém uma situação de convivência dos membros da família separada mais parecida com aquela que tinham quando estavam unidos, proporcionando maior segurança na formação saudável dos filhos menores.

Mas, que reflexo esta nova maneira de exercício de poder familiar traz para os pais separados? Não é tão simples a resposta, pois cada caso de separação produz emoções diversas - em grau, intensidade, especificidade - nas pessoas que a vivenciam. No entanto, com certeza no contexto geral o reflexo é muito mais positivo do que negativo, isso para ambos os pais separados.

Diz-se que a relação parental se perpetua no tempo independentemente da separação conjugal. Entretanto, a relação parental de filhos menores com o genitor que, não exerce de forma efetiva o poder familiar, tende a se diluir no tempo, pois a convivência entre pais e filhos está diretamente relacionada com a responsabilidade de criação, educação e cuidados que estes recebem daqueles. Ora, se o genitor não guardião não tem diretamente esta responsabilidade, a relação parental fica vazia de conteúdo e naturalmente provocará gradativamente o seu afastamento.

O afastamento do genitor não guardião traz como consequência uma carga maior de atividades no desempenho unitário da responsabilidade efetiva do exercício do poder familiar ao outro genitor. Maiores serão também as incertezas, angústias e as reflexões que antecederam as decisões do genitor as quais ele tomará, sozinho, na condução das vidas dos filhos menores. Esse excesso de atividades poderá acarretar um enfraquecimento na relação parental por falta de um carinho, de um aconchego, de uma conversa mais amiga entre o guardião e os filhos menores. Por vezes, também, o genitor guardião deixará de ter uma vida social mais ativa por falta de tempo, trazendo, quem sabe, futuras frustrações.

Assim, percebe-se que tanto pelo falta ou pelo excesso de responsabilidade pela execução do poder familiar há o inconveniente de se poder ter um abalo nas relações parentais.

Então, o mecanismo da guarda compartilhada vem em auxílio dos pais separados para que juntos possam manter as relações parentais com seus filhos menores próximas das que tinham quando a família estava coesa, isto é, se esforçam para que a rotina das tarefas necessárias para condução do poder familiar seja mantida não só para benefício dos menores, mas também para que suas vidas possam ter um ritmo de satisfação profissional, social, amorosa e acima de tudo de completude de ser pai ou de ser mãe. Nesse sentido Barreto comenta:<sup>55</sup>

Assim, tem o instituto da guarda compartilhada por escopo tutelar, não somente o *direito do filho* à convivência assídua com o pai, assegurando-se-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal. Visa também o *direito do pai* de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural, axiológico, e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Comentou-se no decorrer desse escrito que a satisfação de ser pai ou de ser mãe está em ver seus filhos felizes. É saber que eles estão bem de saúde, que estão se desenvolvendo com personalidade equilibrada, que são inteligentes, que terão capacidades próprias para suportarem as vicissitudes da vida, ou seja, preparados a contribuir na construção de uma sociedade melhor. Mas essa satisfação é completa quando há efetivamente a participação em todas as fases do processo construtivo do ser em desenvolvimento que você gerou.

---

<sup>55</sup> BARRETO, Lucas Hayne Dantas Barreto. **Considerações sobre a guarda compartilhada**: jus navegandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 29 maio 2007.

A natureza é pródiga de exemplos em que os seres vivos por instinto de perpetuação da espécie, macho e fêmea se unem para garantir as condições mínimas para que seus filhotes adquiram habilidades necessárias para sobreviverem. Também não é diferente para os seres humanos.

Mas, muito mais que o instinto de perpetuação da espécie, em geral homem e mulher unam-se para terem filhos que perpetuam a bagagem cultural que possuem. Não só a vida, mais a maneira de se viver é perpetuada. Está implícito que, além do conteúdo genético, toda uma carga emocional, social, religiosa, psíquica deva ser transmitida aos filhos, para que, com a união de duas vidas, possam formar um ser mais completo, mais forte, mais preparado.

Então, não se tem, no exercício do poder familiar, somente a perspectiva de focar a concretude dos interesses dos filhos menores, mas também a perspectiva de satisfação, inerente ao homem, na perpetuação do seu complexo ser.

#### 4.6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Para trabalhar as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada tem-se que compará-la a outros modelos de guarda.

Já se comentou, anteriormente, as formas de exercício de guarda e destaca-se, dentre os tipos possíveis, a exclusiva, a alternada e a compartilhada, descrevendo sucintamente as suas características com respeito à forma de relacionamento que os pais terão com os seus filhos menores após o rompimento da relação conjugal ou da união estável.

Relembrem-se abaixo as características da guarda exclusiva e da guarda alternada para em seguida, ao tecer comentário sobre a guarda compartilhada, possa-se considerar as vantagens e desvantagens que a mesma possui:

##### Guarda Exclusiva

A guarda exclusiva ocorre quando o seu exercício cabe unicamente a um dos genitores. Está regulada na primeira parte do § 1º do art. 1.583, do CC.

É a modalidade de guarda que restringe a participação do genitor não guardião no seu exercício do poder familiar sob três aspectos: a ajuda do custeio das despesas com os filhos – pensão alimentícia -; a visitação dos filhos menores; e a fiscalização do guardião no seu exercício do poder familiar – direito de ação contra abuso ou desvio do poder familiar do genitor guardião.

Cabe aqui pontuar que a fiscalização por parte do genitor não guardião tem o escopo de dever mais que de direito. Portanto, recairá sobre este a responsabilidade jurídica na falha do seu exercício. Assim, também expõe Lôbo:<sup>56</sup>

A Lei nº 11.698 preferiu tratar da supervisão dos interesses dos filhos mais como dever ou obrigação do que de direito de quem não detenha a guarda; pode sofrer, pois, consequência jurídicas por sua omissão no cumprimento desse dever, que é verdadeiro *múnus* determinado por lei. A omissão poderá acarretar responsabilidade civil pelos danos e sequelas sofridos pelo filho.

Então, a criação e a educação dos filhos menores têm quase que exclusivamente a influência sócio-cultural do genitor guardião, diminuindo significativamente a aquisição, por parte dos filhos, de habilidades inerentes ao sexo oposto do guardião, que são imprescindíveis para uma formação completa, daqueles, no campo emocional, psíquico, físico, cultural e social.

A guarda exclusiva ao restringir a participação de um dos pais na formação da personalidade dos filhos, também restringe de forma significativa a influência necessária de todo contexto sócio-cultural que este está inserido, principalmente a de sua família, e conseqüentemente provoca, irreversivelmente, perdas sócio-afetivas nos menores.

A guarda jurídica exclusiva é predominante no Brasil, em geral é exercida pela mãe, e isso ocorre, como já comentado, em função da tradição, equivocada, de que a mãe está mais preparada para criação dos filhos menores.

#### Guarda Alternada

Na guarda alternada, tem-se também a unidade de exercício, ou seja, a guarda é exclusiva para um dos pais, porém ela se dá de forma alternada no tempo e no espaço.

Há nesse tipo de guarda uma igualdade entre os pais no exercício do poder familiar, portanto uma igualdade de influência sócio-afetiva dos pais sobre a formação da personalidade dos filhos.

Esta vantagem é somente aparente, pois não há na guarda alternada um somatório de ações ou de habilidades dos genitores visando facilitar o exercício do poder familiar, ou seja, cada um vai impor um estilo próprio de criação e educação em certo período

---

<sup>56</sup> LÔBO op cit., p.30.

e num ambiente sócio-cultural seu. Contextualizando nesse tempo somente um lado efetivo de participação dos genitores nas formações das personalidades das crianças.

Nessa guarda, os filhos menores poderão adquirir hábitos quando estiverem com um genitor guardião e noutra momento terão que esquecer-los para adquirir outros agora do novo genitor guardião; dificultando, com certeza, o processo de criação e educação dos filhos menores, pois estes não terão na sua formação um padrão de comportamento a ser seguido. Akel expõe que:<sup>57</sup>

O exercício revezado da guarda se contrapõe à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o bem-estar da criança, e mostra-se inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, uma vez que o elevado número de mudanças provoca instabilidade emocional e psíquica.

E dependendo da distância que os pais separados venham a morar, os filhos menores poderão ficar sem um referencial de residência, pois ora estarão coabitando com o pai ora estarão com a mãe, dificultando relacionamentos duradouros com familiares ou outras crianças.

#### Guarda Compartilhada – Vantagens

Na guarda compartilhada os pais separados exercem conjuntamente os direitos e deveres em relação aos filhos menores. Nela os filhos menores ficam sob os cuidados direto do genitor que exerce a guarda física, cabendo ao outro o direito/dever de visitá-los. Mas, ambos exercerão a guarda jurídica, ou seja, terão direitos e deveres iguais no desempenho da função de educar, isto é, unirão esforços para determinar as decisões mais importantes que dizem respeito ao desenvolvimento físico, psíquico e social do menor.

Comenta nesse mesmo sentido Barreto:<sup>58</sup>

Isto posto, vale ressaltar que na *guarda compartilhada*, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham eqüitativamente sua guarda jurídica, esta chamada por *joint legal custody* no sistema da *commom law*. Assim, o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decide ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho.

---

<sup>57</sup> AKEL op cit., p.114.

<sup>58</sup> BARRETO, op cit., p.4.

Os pais ao escolherem a guarda compartilhada no momento da separação ou do rompimento da união estável, imediatamente, verificarão que ela produzirá consequências benéficas para todos do grupo familiar. Ao genitor guardião da guarda física, por saber que não será somente sua a responsabilidade pela educação e criação dos filhos; ao outro guardião, por saber que continuará participando efetivamente na formação da prole, evitando a sensação de frustração de ser pai/mãe que o não exercício da guarda provocaria; e, aos filhos, a não necessidade de decidirem por quais dos pais que gostariam de ficar, pois terão a certeza que poderão contar com ambos em todos os momentos que for preciso. Portanto, as relações parentais não sofrerão rupturas significativas, ocasionando o bem estar e a segurança aos filhos menores. Nesse sentido, expõe Akel<sup>59</sup>:

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando, Assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção.

O ambiente criado pela guarda compartilhada é propício para que os filhos se sintam mais seguros, pois sabem que os pais, mesmo separados, continuam juntos, zelando pelos seus destinos. Com esse entendimento Grisard Filho comenta:<sup>60</sup>

A guarda compartilhada faz um corte epistemológico nos sistemas vigentes – guarda única, guarda alternada, guarda dividida -, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essa expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

Diferentemente da guarda exclusiva e da alternada, na guarda compartilhada há a participação efetiva e simultânea dos contextos sócio-culturais dos genitores no desenvolvimento da prole.

A formação da personalidade das crianças não é somente influenciada pela bagagem cultural dos pais, mas por todo complexo de relações sociais que estes estão inseridos. Vão desde o ambiente de trabalho, ciclo de amizades, vizinhanças e principalmente as relações familiares. O contato dos filhos com os parentes de ambos os genitores formarão uma rede de relações sócio-afetivas que, invariavelmente, ampliarão o conteúdo de

---

<sup>59</sup> AKEL op cit., p.113.

<sup>60</sup> GRISARD FILHO op cit., p. 184.

oportunidades de aprendizagem ao alcance dos filhos. Cada tipo de relação sócio-afetiva que os filhos menores possuem são caminhos de absorção de novas sensações emotivas, psíquicas, intelectivas que os ajudarão a compor as suas personalidades. Então, os contatos entre avós e netos vão proporcionar situações de aprendizados diferentes das relações destes com seus primos, enriquecendo o caldeirão de oportunidades que terão para se desenvolverem. Assim também expressa Akel<sup>61</sup>:

Salienta-se, ainda, que o menor não fica privado da convivência com o grupo familiar e social de cada um dos genitores, convivência esta que, além de necessária para o bom desenvolvimento do menor, é saudável, uma vez que salutar a relação com tios, primos e, principalmente, a relação avoenga.

Privar os filhos menores do convívio com um dos genitores é diminuir significativamente o leque de relações sócio-afetivas que esta relação parental lhes proporciona e, conseqüentemente, reduzir as oportunidades que enriqueceriam a formação do complexo psicossocial inerente a cada filho menor. São nas relações entre gerações que os costumes e as histórias das famílias, das comunidades e da nação são transmitidas e perpetuadas no tempo. Devem, portanto, serem mantidas sempre que possíveis.

Nesse sentido expõe Bruno:<sup>62</sup>

Mais do que direito, a convivência com ambos os genitores é um fator fundamental no desenvolvimento social e psicológico, tendo em vista que é através de nossas famílias de origem, representadas por nossos pais, que nos inserimos na estrutura social, bem como é primordialmente através da relação com ambos, pai e mãe, que construímos nossa subjetividade.

Então, na guarda compartilhada o exercício do poder familiar do não guardião da guarda física não fica restrito à visita e à fiscalização; ao contrário, faz com que ele esteja mais presente nas vidas dos filhos, mantendo a continuidade das relações parentais, portanto, os laços entre eles continuarão fortes, vivos, afetivos e necessários.

Já o genitor guardião da guarda física estará menos pressionado no exercício do seu poder familiar, tirando dele o peso da responsabilidade única por eventuais falhas deste exercício, pois a responsabilidade pelas decisões de direcionamento das vidas dos filhos será dividida com o outro genitor. As suas relações parentais também ficarão mais fortes, mais vivas e mais afetivas, pois terá mais tempo para curtir seus filhos e cuidar de si mesmo.

---

<sup>61</sup> AKEL op cit., p. 109.

<sup>62</sup> BRUNO, Denise Duarte. Guarda Compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n 12, jan/fev/mar, 2002, p.37.

Na guarda compartilhada, diverso do que acontece na guarda alternada e na exclusiva, não se terá o inconveniente de fragilidade nas relações parentais por falta ou por excesso de responsabilidade dos pais na execução do poder familiar, pois, mesmo já havendo o exercício conjunto da guarda jurídica, ela fornece perspectiva de maior possibilidade de haver divisão de tarefas entre os genitores no exercício da guarda física, por exemplo: o genitor não guardião da guarda física poderá levar ou buscar as crianças na escola, ou em festas, ou em outras atividades, que a princípio são obrigações do genitor guardião. Desta forma, não há, pois, que se falar em direito de visita do genitor não guardião, já que os pais, quando buscam ajuda mútua na execução das tarefas diárias, relacionadas às atividades dos filhos menores, estabelecem vias de contato mais frequentes do que as regras fixas de visita.

Haverá, certamente, nesta guarda uma maior propensão ao diálogo entre os pais separados na busca da melhor solução que traga felicidade aos filhos e a ambos, pois assim estão imbuídos. Então, aqui, a possibilidade de ser livre o contato entre pais e filhos é superior a que venha ocorrer nas outras duas guardas mencionadas, sem imposição, só regradas pelas possibilidades reais de tempo e espaço dos envolvidos. Nesse contexto, comenta Grisard Filho<sup>63</sup>:

A guarda compartilhada, concluíram as autoras de que falamos, desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou de mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento.

A guarda compartilhada também elimina a chance de ter-se a síndrome de alienação parental do pai não guardião, muito comum na guarda exclusiva.

A alienação parental é a perda da relação entre o genitor não guardião com seus filhos por situações provocadas pelo genitor guardião – o alienante. O alienante, inclusive com participação de sua família, incute nos filhos uma barreira intransponível de ideias que maculam a imagem do outro genitor a tal ponto que as crianças o imaginam morto ou um ser desprezível, afastando-o completamente de suas vidas. Nesse sentido, Alves comenta:<sup>64</sup>

Não obstante, há de ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, se utilize dos seus próprios filhos como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente de inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos

---

<sup>63</sup> GRISARD FILHO op cit., p. 190.

<sup>64</sup> ALVES op cit., p.41.

menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca do mesmo, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como Fenômeno da Alienação Parental, responsável pela síndrome da Alienação Parental (SAP ou PAS).

Discorrendo sobre o mesmo tema, Silva leciona:<sup>65</sup>

A síndrome se manifesta, em geral, no ambiente da mãe das crianças, notadamente porque sua instalação necessita muito tempo e porque é ela que obtém a guarda na maior parte das vezes. Utiliza tanto meios explícitos quanto contidos, tais como lavagem cerebral ou a indução a mentir a respeito do pai e estabelece uma sutil coação quanto a abandono, se a criança não se aliar a ela. [...] Induzir uma Síndrome de Alienação Parental em uma criança é uma forma de abuso. Os efeitos nas crianças podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade, sentimento incontrolável de culpa, isolamento, falta de organização, dupla personalidade e, às vezes, até suicídio. As vítimas dessa síndrome têm inclinação ao álcool e às drogas.

Não raro os filhos vão saber que sofreram a alienação parental já adultos quando fazem algum tratamento psicológico ou quando recebem notícias do outro genitor ausente, e não morto. Não há dúvida de que essa influência negativa do genitor guardião, além de provocar transtornos comportamentais nas crianças em formação, vai aniquilar, para sempre, qualquer aproximação entre elas e o genitor alienado. É uma situação muito perversa, pois atinge negativamente a vida de todos os membros da família e, portanto, deve, quando diagnosticada, ser tratada não somente pelo poder jurídico, mas por uma interdisciplinaridade de profissionais, objetivando não somente compor o máximo do possível as relações entre os filhos e o genitor alienado, mas também ajudar a recompor as relações do genitor alienante com os filhos, que, invariavelmente, sofrerão desgastes.

Outra vantagem da guarda compartilhada está no trato da responsabilidade civil dos pais separados. Analisou-se a responsabilidade civil dos guardiões pelos danos dos filhos menores, sendo que na guarda compartilhada ela é solidária e objetiva de ambos os pais. Essa responsabilidade traz vantagens, primeiramente para aqueles que sofrerão os danos, porque terão a garantia de dois patrimônios para serem ressarcidos, e segundo para o guardião da guarda física que não arcará sozinho pelo prejuízo provocado pela prole, sofrendo menos desgaste no seu patrimônio. Akel<sup>66</sup>, comparando a guarda compartilhada com a alternada, expõe:

Desta feita, estabelecido o exercício conjunto da guarda, os genitores serão solidariamente responsáveis pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores, evitando o conflito que a guarda alternada pode estabelecer entre eles, uma

---

<sup>65</sup> SILVA op cit., p. 162.

<sup>66</sup> AKEL op cit., p. 108.

vez que, nesta, o responsável é o genitor que exercia a guarda no momento da infração.

Então, lembrando comentário feito no item anterior, tem-se que a guarda compartilhada vem em auxílio dos pais separados para que juntos possam manter as relações parentais com seus filhos menores próximas das que tinham quando a família estava coesa, isto é, se esforçam para que a rotina das tarefas necessárias para condução do poder familiar seja mantida não só para benefício dos menores, mas também para que suas vidas possam ter um ritmo de satisfação profissional, social, amorosa e acima de tudo de completude de ser pai ou de ser mãe. “Isso porque o vínculo parental não é uma via de mão única; os pais também formam um vínculo com as criancinhas. É o sentimento mais intenso e significativo que os pais experimentam na vida”, afirma Edward Teyler apud Grisard Filho<sup>67</sup>.

#### Guarda Compartilhada – Desvantagens

Não obstante alguns autores trazerem como desvantagem do uso da guarda compartilhada certas circunstâncias, no entender do autor desta monografia, elas seriam mais bem qualificadas como pressupostos necessários para que os pais possam tirar o máximo de proveito que só esse tipo de guarda proporciona.

Então, para que os genitores separados exerçam a guarda juntos é necessário que haja respeito recíproco, harmonia de diálogo, tolerância para com as diferenças que terão na condução das vidas dos filhos e acima de tudo, o objetivo maior, de querer compartilhar o desenvolvimento da prole. Com certeza, sem essas condições mínimas não há como os pais chegarem ao entendimento sobre as diretrizes que estabelecerão para garantir melhor desenvolvimento dos menores. Nesse sentido, comenta Strenger “Evidentemente, não há como a guarda compartilhada produzir efeitos positivos se os pais viverem em constante conflito, sem qualquer diálogo”<sup>68</sup>.

Também no mesmo sentido Bruno expõe:<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> GRISARD FILHO op. cit., p.184.

<sup>68</sup> STRENGER op cit., p. 69.

<sup>69</sup> BRUNO, op. Cit., p.31

Outra contra-indicação da guarda compartilhada, refere-se ao fato de que a separação conjugal sempre traz em si mágoas e ressentimentos, dificultando que os membros do ex-casal mantenham um relacionamento livre de conflitos. Esta contra-indicação assume relevância nos casos nos quais a guarda compartilhada é decidida ou homologada judicialmente, ou seja, quando ela não acontece na forma de um arranjo espontâneo entre os separados.

Em geral há conflitos nas separações, mas estes não são eternos. Com o tempo os ânimos antagônicos tende a se desfazerem-se e, portanto, discordando da opinião da autora recém citada, há também possibilidade de que mesmo quando a guarda compartilhada seja imposta pelo juiz ela possa ser o melhor caminho na condução das vidas dos filhos menores. Abre-se aqui a oportunidade de se ter uma equipe multidisciplinar – psicólogo, pedagogo, sociólogo, assistente social, advogado, dentre outros – que possam orientar positivamente a família nesta fase de transição, fazendo que os pais possam sentir a necessidade de imperar o respeito, racionalidade e o diálogo na busca de soluções que venham a garantir a formação salutar dos seus filhos, mesmo vivendo separados.

Há de ressaltar que quando os pais, já separados, não possuem um diálogo amistoso não haverá nenhum tipo de guarda que possa garantir o desenvolvimento sadio dos filhos menores envolvidos. Assim também expressa Coelho:<sup>70</sup>

A primeira afirma ser a guarda compartilhada utopia e só funcionar em casos excepcionais, em que impera a razoabilidade entre os ex-conjuges. Na verdade, tanto faz qual o modelo de guarda constante do termo judicial de separação ou divórcio, faltando esta razoabilidade, nenhum deles tem como funcionar. Quer dizer, que mesmo quando fica a guarda para um dos pais apenas, se a convivência com os filhos não for suficientemente preservada das demais questões que afetaram e afetam o relacionamento do ex-casal, o resultado também será o permanente conflito sobre os atrasos na hora de pegar e devolver as crianças, tratamento das situações imprevistas, participação nos eventos familiares de cada lado etc.

Outra questão que alguns autores colocam como desvantagem é da criança viver ora com a mãe ora com o pai. Essa circunstância também não procede, pois na guarda compartilhada, como já se comentou, prepondera a fixação da guarda física para um dos genitores e, por conseguinte, tem-se uma residência definida para os filhos menores. Ocorre aqui uma confusão com a guarda alternada; nesta sim as crianças terão duas residências para morarem, uma do pai e a outra da mãe, por período pré-estabelecido. Neste sentido, Akel comenta:<sup>71</sup>

*Data venia*, a guarda compartilhada carrega o necessário pressuposto de uma residência fixa, única e não alternada, ou seja, o menor reside num lar determinado,

---

<sup>70</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica Consulex, Porto Alegre**, v. 12, n. 269, mar. 2008. p.66.

<sup>71</sup> AKEL op cit, p. 111.

que lhe gera estabilidade, o que não ocorre com a guarda alternada, na qual os filhos são transformados em verdadeiros “ioiôs” humanos, permanecendo, por exemplo, uma semana com cada genitor.

A mesma autora traz o comentário de Lopes sobre a questão em comentário:<sup>72</sup>

A desinformação de muitos sobre esse regime de guarda proposto iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneceriam por um período na casa da mãe e por outro período na casa do pai, o que, dentre outros malefícios dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional. [...] Esse receio não tem qualquer fundamento, já que, conforme explicitado, a guarda compartilhada pressupõe a permanência do menor com um dos pais. Contudo, a guarda compartilhada torna mais efetiva a participação do não detentor da guarda na vida dos filhos, já que o tira da figura de mero coadjuvante, e, por vezes, de simples provedor financeiro.

A guarda compartilhada surgiu como meio necessário para que os genitores continuem a exercer a guarda dos filhos de forma participativa, num ambiente de cooperação entre eles. Não é, e não será palco para resolverem pendências da relação conjugal ou da união estável. Devem estar conscientes do que se almeja são manter vivas e fortes as relações parentais, e que juntos, mesmo vivendo separados, trilharão caminhos para melhor criarem e educarem os seus filhos menores. “É fundamental que os pais compartilhem suas decisões, de modo equilibrado, a fim de que os filhos possam ficar emocionalmente bem ajustados”.<sup>73</sup>

Nesse sentido, quanto mais harmonioso for o convívio dos pais, após o rompimento do elo conjugal, mais fácil e mais proveitosa será a execução da tarefa de criar a prole.

---

<sup>72</sup> AKEL, op. cit., p. 112.

<sup>73</sup> STRENGER op cit., p.69.

## 5 CONCLUSÕES

O grupo familiar é a base central de uma sociedade, quanto mais bem estruturado, coeso e harmônico ele for também esta sociedade será. Assim, é tarefa do Estado criar dispositivos legais para reger as relações jurídicas que surgem no ambiente familiar e, por conseguinte, proporcionar condições mínimas de convivência salutar dos seus membros.

O direito familiar é arcabouço jurídico que regula as relações entre pais e entre estes e seus filhos. Mas o direito familiar, como todo direito, ao mesmo tempo em que estabelece regras para dar maior estabilidade nas relações jurídicas, modifica-se para adequar-se as novas realidades sociais que surgem no transcurso da história do homem. Há, então, uma relação intrínseca entre o direito e o corpo social no qual estabelece as condições necessárias para sobrevivência do próprio Estado.

O exercício do poder familiar sofreu paulatinamente na história das civilizações, alterações profundas. Desde a concepção de um poder absoluto do pai sobre todos os membros do grupo familiar, no início da civilização romana, até a ideia de cooperação dos pais de um dever de criação e educação dos filhos menores; refletindo o atual estágio da sociedade brasileira, regrada pelo direito constitucional de igualdade entre pai e mãe da tarefa de condução do núcleo familiar e nos princípios da dignidade humana e do interesse superior do menor, tendo este alçado à categoria de sujeito de direito, carente de proteção integral do Estado, da sociedade e em especial da família.

Tem então a família o papel preponderante de fornecer as condições necessárias para o desenvolvimento integral dos filhos menores. Isso porque é no contexto familiar que se iniciará o longo processo de formação do homem – ser complexo por natureza.

E é através do exercício do poder familiar que os pais cumprirão o dever de criar e educar os filhos menores. Poder, esse, positivado pelo ordenamento jurídico e de essência do direito natural, pois a dependência que os filhos menores têm em relação aos pais é questão de sobrevivência, já que, o ser humano precisa de amparo de outro que possua capacidade de relacionar-se, com habilidade, com o meio ambiente em que vivem.

É no núcleo familiar que o ser humano além de receber todos os cuidados necessários para seu desenvolvimento físico – alimentação, higiene, saúde, abrigo –, iniciará a sua formação intelectual, lingüística, psíquica, moral, social e afetiva. Portanto, o homem precisa, por um longo período de sua existência, de acompanhamento de outro ser humano dotado de capacidade de transmissão de conteúdo mínimo de conhecimentos e habilidades

para tornar-se forte o suficiente para suportar, por sua conta e risco, as vicissitudes que surgirão em sua vida.

Cabe, assim, à família, nas figuras dos pais, a responsabilidade maior na formação psicossocial dos membros menores, pois é só nas relações parentais, relações de origem natural, que o cuidado e o carinho necessários se deem de forma tão intensa e calorosa.

O exercício do poder familiar ocorre através do instituto guarda, conceituada por Anônio Peluso como *manifestação operativa do pátrio poder*.

A guarda de filhos é atributo do poder familiar, é de sua essência, mas não se confunde com ele. Afirma-se que o poder familiar é mais amplo do que a guarda de filhos, já que esta se insere naquele.

A guarda abarca situações relacionadas às atividades concernentes à tarefa de direção da entidade familiar, que se passam no dia-dia das relações de convivência entre os pais com seus filhos menores. São atividades que os pais executam, de forma contínua, objetivando a concretude das necessidades dos filhos menores, inerentes ao desenvolvimento físico e psicossocial destes. Vão desde aos cuidados básicos necessários a sobrevivência dos filhos - alimentação, vestuário, higiene, saúde – até a transmissão de valores indispensáveis para formação de suas personalidades – linguagem, respeito às pessoas e ao ambiente em que vivem, moral, religião, cultura, arte, afeto, educação -.

Os pais devem executar essas atividades com muita consciência, determinação e sabedoria, para proporcionar as melhores condições de criação e educação aos filhos menores, tendo o cuidado para não ferir direitos destes, pois estes precisam também de certa liberdade e autonomia para que possam adquirir habilidades que lhes promovam personalidades fortes e independentes.

O instituto da guarda de filhos tem sua relevância quando os pais passam a não coabitarem no mesmo lar, pois antes desse momento as decisões tomadas com relação à condução das vidas dos filhos menores acontecem de forma comum e igualitária, e mesmo que essas decisões forem executadas por um deles, presumem-se ocorridas com a concordância do outro. Assim, na constância da união dos pais vamos ter a guarda comum, havendo simultaneidade de exercício, pelos pais, da guarda jurídica - inerente à responsabilidade civil sobre os atos civis e administrativos dos filhos menores – e da guarda material – que se relaciona ao convívio diário entre o guardião e os menores.

Com a ruptura da relação conjugal ou da união estável os pais procuram novos arranjos de guarda de filhos para que, agora separados, possam exercer o poder familiar. Nesse sentido há, dentre outras possibilidades, a guarda exclusiva, a guarda alternada e a guarda compartilhada. Cada qual com suas características, que, além dos reflexos que provocam no desenvolvimento dos filhos menores, influenciam significativamente nas vidas dos próprios pais separados.

A guarda exclusiva ocorre quando o seu exercício cabe unicamente a um dos genitores. Enquanto o genitor não guardião tem no exercício do poder familiar, quase que exclusivamente, o papel de fiscal. Sua influência na formação da personalidade dos filhos é quase nenhuma e por isso que, em geral, há seu afastamento gradativo do convívio com os filhos menores, tornando-o simples provedor da pensão alimentícia. O afastamento do genitor não guardião da vida dos filhos menores provoca também o afastamento da influência do contexto sócio-cultural no qual está inserido, indispensável à salutar formação psicossocial dos filhos menores.

Na guarda alternada ocorre também a unidade de exercício, ou seja, a guarda é exclusiva para um dos pais, porém ela se dá de forma alternada no tempo e espaço. Neste tipo de guarda, a influência sócio-afetiva dos pais sobre a formação da personalidade dos filhos se dá de forma individual e num determinado período. Não há aqui o somatório de esforços dos pais visando facilitar a condução de criação e educação dos filhos menores, ou seja, cada um vai impor um estilo próprio de criação e educação em certo período e num ambiente sócio-cultural seu. Então, a aparente vantagem de se ter a participação efetiva de cada pai na formação dos filhos pode dificultar a formação psicossocial deste, pois esta participação não ocorre de forma simultânea, necessitando, por parte da prole, uma constante adaptação em função do meio em que viverá e do jeito impar que cada pai terá na condução do exercício do poder familiar no período que possuirá a guarda. Há, portanto, em período em período, afastamento e aproximação das relações sócio-afetivas - parentais e familiares - que, certamente, não será conveniente para uma adequada e estável formação das personalidades dos filhos menores.

Já na guarda compartilhada ocorre a participação de ambos os pais de forma efetiva e simultânea no desenvolvimento da prole. É o modelo de guarda em que os pais separados estão determinados a encontrar, juntos, as soluções que melhor satisfazem a concretização das necessidades dos filhos menores. Em que os genitores procuram manter um ambiente familiar pós-rompimento da relação conjugal ou da união estável o mais próximo possível ao que tinham quando da família coesa. Esse novo ambiente além de diminuir os

traumas, as incertezas, as angústias e os sofrimentos que a separação dos pais provoca nos filhos menores, mantém vivas e fortes as relações parentais.

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio recentemente com a alteração do art. 1583 do CC pela lei 11.698, de 13 de junho de 2008, determinando, hoje, que a guarda será a unilateral ou a compartilhada, sendo que não havendo acordo entre os pais sobre o tipo de guarda, deve-se aplicar a guarda compartilhada sempre que possível, é o que determina § 2º do art. 1884, do CC. Tem-se o legislador engajado em fornecer as diretrizes que melhor favoreça o superior interesse do filho menor.

Mas, mesmo antes dessa alteração do CC, a guarda compartilhada, de forma incipiente, já vinha sendo utilizada pelos casais, pois ou não havia lei disciplinando entendimento contrário ou porque a Constituição Federal ao expressar a igualdade de direitos e deveres entre pais na condução do poder familiar fundamentou de maneira incontestável a tese de quem assim quisesse adotá-la.

Há na guarda compartilhada a igualdade de exercício da guarda jurídica e o entendimento mais harmônico possível no exercício da guarda física. Nela tem-se a determinação dos pais separados em proporcionar, sempre que possível, o maior contato entre eles e os seus filhos menores, independentemente de quem detém a guarda física, pois possuem a consciência de que as relações parentais não só continuarão existindo como devem ser mantidas fortalecidas para melhor desenvolvimento dos filhos menores.

Inúmeras são as vantagens da guarda compartilhada em relação às duas outras formas de guarda, arroladas abaixo. Antes, porém, comenta-se que não seria prudente copiar aqui o item que já comentou a respeito, mas trazê-las de forma resumida devido a sua importância em reforçar o objetivo que o trabalho de conclusão de curso se propôs – a de divulgar essa nova abordagem de condução do poder familiar após o rompimento da relação conjugal ou da união estável:

- a) Há maior propensão ao diálogo entre os pais separados na busca da melhor solução que traga felicidade aos filhos e a ambos.
- b) As relações parentais não sofrerão rupturas significativas, ocasionando bem estar e segurança aos filhos menores, pois sabem que os pais, mesmo separados, continuam juntos zelando pelos seus destinos;
- c) O exercício do poder familiar do não guardião da guarda física não fica restrito à visita e à fiscalização;
- d) O genitor não guardião da guarda física estará mais presente nas vidas dos filhos e os laços entre eles continuarão fortes, vivos, afetivos e

necessários, evitando a sensação de frustração de ser pai/mãe que o não exercício da guarda provocaria;

- e) O genitor guardião da guarda física estará menos pressionado no exercício do seu poder familiar, tirando dele o peso da responsabilidade única por eventuais falhas deste exercício. As suas relações parentais também ficarão mais fortes, mais vivas e mais afetivas, pois terá mais tempo para curtir seus filhos e cuidar de si mesmo;
- f) Não se terá o inconveniente de fragilidade nas relações parentais por falta ou por excesso de responsabilidade dos pais na execução do poder familiar; ela fornece maior possibilidade de haver divisão de tarefas entre os genitores no exercício da guarda física;
- g) Maior perspectiva de os genitores alcançarem satisfação profissional, social, amorosa e acima de tudo de completude de ser pai ou de ser mãe;
- h) Não se tem, no exercício do poder familiar, somente o enfoque de concretização dos interesses dos filhos menores, mas também a perspectiva de satisfação, inerente ao homem, na perpetuação do seu complexo ser;
- i) Há participação efetiva e simultânea dos contextos sócio-culturais dos genitores no desenvolvimento da prole. Mantêm-se vivas as relações familiares dos genitores com os filhos menores;
- j) Não há, pois, que se falar em direito de visita do genitor não guardião da guarda física; estabelecem-se vias de contato mais frequentes do que as regras fixas de visita;
- k) Há possibilidade de ser livre o contato entre pais e filhos, sem imposição, só regradada pelas possibilidades reais de tempo e espaço dos envolvidos.
- l) Não há possibilidade de haver a síndrome de alienação parental.
- m) Maior flexibilidade de composição de custeio das despesas dos filhos menores;
- n) Maior comprometimento em custear as despesas dos filhos menores; comprometimento assumido, consensualmente, será mais fácil de ser adimplido;

- o) A responsabilidade civil pelos danos causado pelos filhos menores continuará sendo solidária e objetiva de ambos os pais; maior garantia para terceiros e menor desgaste patrimonial do guardião da guarda física.

A guarda compartilhada será o meio mais eficaz para criação e educação dos filhos menores quando os pais separados assim a quiserem. Não há dúvida que a participação harmoniosa dos pais na tarefa de condução das vidas dos filhos menores farão com que se criem condições mais favoráveis para que estes tenham uma formação física, psíquica e social mais desenvolta e equilibrada; tornando-os pessoas com personalidades fortes, independentes e conscientes, preparados para resolverem os problemas da sociedade na qual estão inseridos.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para família**. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Guarda Compartilhada e a Lei nº 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre. v. 0, out/nov.2007, 2007.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas Barreto. **Considerações sobre a guarda compartilhada: jus navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 29 maio 2007.

BRASIL. **Código civil brasileiro**. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 20 mar. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 20 mar. 2009.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaAvancada.action>>. Acesso em: 29 maio 2009.

Brasileira, Legislação. **Código Tributário Nacional e Constituição Federal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BRUNO, Denise Duarte. Guarda Compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n 12, jan/fev/mar, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica Consulex**, Porto Alegre, v. 12, n. 269, mar. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5..

FURQUIM, Luis Otávio Sigaud. **Os Filhos e o Divórcio na Guarda compartilhada: pais partilham responsabilidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/busca?busca=lu%C3%ADs+ot%C3%A1vio+sigaud+furquim>>. Acesso em: 29 maio 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GONÇALVES, Denise Willheim. Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 299, set. 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada: considerações interdisciplinares: inovações da lei nº 11.698/08. **Revista Jurídica Consulex**, Porto Alegre, v.12, n. 275, jun 2008.

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

LÔBO, Paulo. Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v.0, out/nov.2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 3, n.12, jan/fev/mar, 2002.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual do Advogado**. 21. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

NÓBREGA, Airton Rocha. Da Guarda de Filhos Unilateral e Compartilhada. inovações da lei nº 11.698/08. **Revista Jurídica Consulex**, v. 12, n. 275, jun. 2008.

PAIXÃO, Edivane;; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda Compartilhada de Filhos. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. 32, out/nov, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**: posicionamento judicial. São Paulo: LED, 2006.

SILVA, De Placito. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. Código Civil/2002 – Jurisprudência.

WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Fundamentos de Historiado Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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