

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES - UCAM  
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES – CENTRO

Cintia Vanessa do Rosario Dias Rodrigues

GUARDA COMPARTILHADA

RIO DE JANEIRO  
2018

Cintia Vanessa do Rosario Dias Rodrigues

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada  
como requisito indispensável  
para a obtenção do título de  
bacharel em Direito da FDCM

ORIENTADOR: Prof. Elisabete de Mesquita Cuim Nunes

RIO DE JANEIRO

2018

CINTIA VANESSA DO ROSARIO DIAS RODRIGUES

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada  
como requisito indispensável  
para a obtenção do título de  
bacharel em Direito da FDCM

Nota (        )

Professor:

---

(UCAM) - Orientador

Professor:

Professor:

RIO DE JANEIRO,        DE DEZEMBRO DE 2018.

## RESUMO

O escopo deste trabalho é apresentar a guarda compartilhada, que tem como propósito garantir o interesse do menor, de forma a garantir e permitir que seu desenvolvimento seja estável emocionalmente, seguro, possibilitando uma formação equilibrada de sua personalidade, ampliando o seu desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Procura-se, com a guarda compartilhada, uma forma mais eficaz e completa de formação social, psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha. De outro lado, visa-se o direito dos pais compartilharem e desfrutarem da convivência do filho e de educá-lo, transmitindo-lhe os cuidados e a afetividade e perpetuando sua herança cultural e familiar. O direito a Guarda Compartilhada foi assegurado pela Constituição de 1988 que igualou para efeitos de direitos e obrigações, homens e mulheres diante da lei. Assim, salvo razões especiais, tal qual a fase de simbiose, entre mãe e filho, concorre em pé de igualdade pai e mãe ao direito de possuir a posse, a guarda e a responsabilidade do filho menor.

Palavras-chave: Direito. Guarda. Compartilhada. Divórcio.

## SUMÁRIO

### GUARDA COMPARTILHADA

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 PODER FAMILIAR.....</b>	<b>9</b>
2.1 EVOLUÇÃO.....	9
2.2 CONCEITO .....	12
<b>3 NOVAS MODALIDADES FAMILIARES NO DIREITO CONTEMPORANEO .....</b>	<b>14</b>
3.1 A FAMILIA MATRIMONIAL.....	14
3.2 A UNIÃO ESTAVEL.....	14
3.3 AS UNIOES HOMOAFETIVAS.....	14
3.4 O CONCUBINATO.....	14
3.5 A FAMILIA MONOPARENTAL.....	15
3.6 OUTRAS MODALIDADES FAMILIARES.....	15
3.7 A GUARDA FRENTE A SEPARAÇÃO JUDICIAL, OU DE FATO, E AO DIVORCIO.....	15
<b>4 GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>17</b>
4.1 CONCEITO. EVOLUÇÃO - CARACTERÍSTICAS .....	17
4.2 DA GUARDA DOS FILHOS.....	19
4.3 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	24
4.4 GUARDA PROVIDENCIARIA.....	26
4.5 GUARDA NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	27
4.5.1 Guarda na Separação Consensual.....	27
4.5.2 Guarda na Separação Litigiosa .....	28
4.6 RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO GUARDIÃO.....	30
4.7 MODALIDADES DE GUARDA .....	32
4.8 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	33
4.9 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA EM AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL .....	38
4.10 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA EM AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA .....	39
4.11 PRINCIPAIS VANTAGENS E DESVANTAGENS.....	41
4.11.1 Vantagens.....	42
4.11.2 Desvantagens .....	43

4.12 JURISPRUDÊNCIAS .....	44
4.13 A GUARDA COMPARTILHADA E O NOVO CÓDIGO CIVIL .....	45
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
REFERÊNCIAS.....	49

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios as pessoas procuravam viver em conjunto, formando as comunidades e as unidades familiares.

Por ser considerada de extrema importância, a família é consagrada na Constituição Federal Brasileira e regulada pelo Código Civil que visam a sua manutenção, instituindo o Poder Familiar, bem como regulando situações em que a família venha a se dissolver.

A convivência familiar e comunitária deve ser priorizada, garantida, e somente de forma excepcional os filhos havidos de uma relação conjugal serão colocados numa família substituta, ou seja, na guarda, tutela ou adoção. É importante saber que a guarda não retira o poder familiar dos pais, diferentemente da tutela e da adoção, situações em que o poder familiar deve estar no mínimo, suspenso.

Quando da dissolução conjugal, deve-se manter intactos os direitos atinentes às crianças e adolescentes frutos da união. O fato dos pais não quererem mais conviver sob o mesmo teto, não se pode retirar dos filhos os direitos que lhes são garantidos e resguardados pela Constituição e pela Lei nº 8069/90.

Desta forma, procurar-se-á abordar os institutos do Poder Familiar, até chegar à guarda, mostrando as principais diferenças entre elas e demonstrando que a guarda deve ser observada com a máxima seriedade, para que a criança e o adolescente não passe por mais sofrimento e constrangimento do que já sofreu com a separação dos pais.

O ordenamento jurídico brasileiro adota as seguintes espécies de guarda: originária, única, compartilhada, alternada, dividida e nidação.

A originária é aquela em que o casal mantém na constância do casamento, onde os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes ao poder familiar.

As outras espécies, quais sejam, a guarda única, a compartilhada, a alternada, a dividida e a nidação são as opções que nosso ordenamento dá aos nossos juízes para que estes possam optar, observando sempre o bem estar do menor que deve prevalecer em detrimento de qualquer outra circunstância estabelecida entre o pai e a mãe, lembrando que, em regra, nossos juízes optam pela guarda única exercida pela figura da mãe. Desta forma, ao pai resta o pagamento da pensão e o contato quinzenal com seu filho.

Quando os pais optam pela separação consensual, vislumbra-se que a guarda dos filhos é plenamente respeitada sob o aspecto de melhor interesse da criança, posto que mesmo que o juiz opte pela guarda única da mãe, o pai tem livre acesso à criança, podendo buscá-la e

levá-la ao colégio, passear durante a semana e até mesmo pernoitar com o filho, não restringindo a relação de ambos aos encontros quinzenais.

Porém, a separação contenciosa pode trazer vários malefícios aos filhos, posto que os pais colocam-nos como secundários, dando prioridades aos seus anseios e esquecendo que os direitos daqueles devem prevalecer. Na realidade, colocam a visitação quinzenal de seus filhos como fator de punibilidade para o outro ex-cônjuge.

O desgaste do processo judicial, onde previamente o juiz estabelece a guarda provisória até o *decisum* da guarda definitiva, o pai fica restrito a poucas visitas o que pode levar à deterioração da relação afetiva entre pais e filhos.

Desta forma, procurar-se-á ressaltar neste trabalho a guarda compartilhada jurídica como sendo a melhor forma de resguardar os direitos dos filhos e manter a relação afetiva entre estes e seus pais.

Esse tipo de guarda se define como sendo a situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse. Entre todas as espécies de guarda, essa é a que mais atende aos direitos dos filhos, principalmente no tocante aos laços afetivos que devem ser cultivados e mantidos.

Assim sendo, mesmo que a separação se dê nos primeiros anos de vida da criança, ambos os pais terão a oportunidade de cultivar a afetividade e cuidar dos filhos, acompanhar seu crescimento psicológico e físico, mantendo, mesmo que dissolvida, uma unidade familiar, situação em que, mesmo estando os pais em casas diferentes, poderão os dois analisar as reações dos filhos e conciliar o que será melhor na criação dos mesmos.

E justamente para demonstrar que a guarda compartilhada é o melhor para o interesses dos filhos é que este trabalho foi realizado. Através de pesquisas em internet, jornais e doutrinas, esta pesquisa foi desenvolvida e comprovará que a guarda dos filhos não pode ser instrumento de guerra entre ex-cônjuges, que o interesse do menor deve ser sobreposto as mágoas e brigas que possam haver entre homem e mulher e que o pai e a mãe têm o dever de, juntos, cuidar e zelar por seus filhos, de maneira que a afetuosidade, o amor e o respeito sejam a base desta relação parental que se inicia.

## 2 PODER FAMILIAR

### 2.1 EVOLUÇÃO

A família, ao lado de outras instituições é tida como a base da sociedade e assim o foi desde a Antigüidade até os dias de hoje, porém ao longo de todo esse período, vem sofrendo grandes mudanças.

O poder familiar encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais, chegando ao ponto que seu surgimento se dá a partir do momento em que os homens passaram a conviver em grupos, clãs, e outros tipos de sociedade, surgindo assim a necessidade da existência de um *chefe familiar* para conseguir garantir a paz social, ou seja, a harmonia da sociedade.

O poder familiar é uma instituição do antigo direito civil romano, que só podia ser exercido pelo homem que fosse cidadão romano. Os poderes do *paterfamilias* eram totais, sua autoridade abrangia os filhos (inclusive com direitos de vida e morte), a mulher e inclusive as pessoas livres que passassem de um *paterfamilias* para outro, como os escravos por exemplo<sup>1</sup>.

O poder familiar era, em regra vitalício, conseqüentemente se extinguindo só com a morte daquele que o exerce. Assim, com a morte do pater, o filho tornava-se *sui iuris*, ou seja, não estava mais sujeito ao poder de outra pessoa, tornando-se portanto, *paterfamilias*. Porém, excepcionalmente o poder familiar se extingue também com a emancipação na qual o *paterfamilias* excluía o filho de sua potestas, tornando-o *sui iuris*, condição esta que se dá com a ocorrência de um evento acidental ou em caso do aprisionamento do filho pelo inimigo em batalha.<sup>2</sup>

Segundo a teoria de Fustel de Coulanges, o poder familiar teve seu início através de um poder religioso que prevalecia dentro das famílias, uma espécie de religião doméstica, no qual esse poder era delegado ao pai, que era considerado uma espécie de senhor do lar, de Deus.

O Poder Familiar como é denominado no código civil vigente decorre do direito natural, tendo mudado suas características com o transcorrer da evolução, cujo berço encontra-se na Civilização Romana, notando-se a presença de um grande número de deveres e

---

<sup>1</sup> GIORDINI, Maria Curtis. *Antigüidade clássica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 162.

<sup>2</sup> Idem. p. 164.

direitos, razão pela qual os juristas colocam como ponto de partida para o estudo do poder familiar a Civilização Romana.

O Poder Familiar, no desenrolar da história do ser humano, inúmeras e profundas modificações apresentou. Inicialmente só o *pater*, ou seja, o chefe familiar o exercia, possuindo domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma, sendo sua autoridade total, cuidando dos interesses sociais, religiosos, políticos e familiares. Assim sendo, o *paterfamilias* era um chefe absoluto<sup>3</sup>. A família delineava-se no regime patriarcal onde o *paterfamilias* era a autoridade plena sobre tudo e todos. Com o passar dos tempos, o poder paternal ficou restrito às leis, passando de poder para dever. Aos pais foi repassado o dever de educar seus filhos e administrar ou colaborar na administração dos bens dos mesmos.

As modificações, transformações, foram evoluindo nos países, incluindo-se o Brasil, e apresentando em suas legislações as inovações. A figura exclusiva do pai torna-se inexistente. A mãe surge em igualdade.

Estas mudanças, contudo, não se uniformizaram. Pelo contrário, surge uma diversidade, uma nova gama de possibilidades nas relações parentais, que não mais se ajustam ao antigo modelo jurídico único de organização familiar.

Por ser considerada de extrema importância, a família é consagrada na Constituição Federal Brasileira e regulada pelo Código Civil Pátrio que visam a manutenção da mesma, bem como regulando situações em que a família venha a se dissolver.

A consciência da necessidade de proteção, educação de todo ser humano, enquanto menor e/ou incapaz, hoje é que predomina. O Poder Familiar atualmente é determinado e aceito como “direitos e obrigações sobre a prole decorrente de uma relação conjugal ou de uma adoção, direitos e obrigações de grau igualitário entre o pai e a mãe da mesma”.

A igualdade de direitos e de obrigações dos pais dos menores se mantém, enquanto unidos os mesmos se encontram, conforme dita o artigo 1631 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 não deixa mais que se manifeste diferença quanto à igualdade entre o homem e a mulher, ou seja, entre o pai e a mãe. Não vigora mais o termo “colaboração” prevalecendo atualmente “atuação conjunta e igualitária”.

A Lei 8069/90, sobre a qual uma análise será efetuada mais adiante, também é clara em relação à igualdade entre os pais, em seu artigo 21.

A Constituição Federal de 1988, a Lei 8.069/90, e a Lei 6.515/77 não deixaram de eliminar a subordinação da mulher frente ao homem como também extinguiram a validade da

---

<sup>3</sup> GIORDINI, Maria Curtis. *Antiguidade clássica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 162-163.

expressão “durante o casamento” existente no artigo 1631 do CC, pois o Poder Familiar do pai e da mãe independe do casamento. O parágrafo 5º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, também claramente se manifesta quanto à igualdade.

O Código Civil de 2002 não destoa, como se comprova em seu artigo 1.630 e § único:

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.  
Parágrafo único - divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.<sup>4</sup>

O artigo 1511, do Código Civil, e o *caput* do artigo 1565 também claramente expressam a igualdade entre o homem e a mulher que família constituem:

Art. 1511 - O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges.  
(...)  
Art. 1565 - Pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.<sup>5</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece que “toda criança e adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família”<sup>6</sup>, portanto, o poder parental pertence a ambos os pais quer na constância do matrimônio (quer na união estável ou sociedade de fato), quer rompido o laço de união do casal. Os pais devem exercê-lo de comum acordo e, se este faltar, em questões de particular importância, qualquer dos genitores poderá recorrer à esfera jurisdicional.

Enquanto menor o ente humano, ele é incapaz de prover suas necessidades e dirigir seus bens, necessitando que alguém o faça. O Poder Familiar é o que une tudo o que de direitos e obrigações os pais assumem ao colocarem no mundo ou adotarem um ser humano. Esses direitos e obrigações visam à formação integral desse ente, formação física, mental, moral, espiritual, social, ou seja, tudo o que necessário for para uma vivência sadia, realizada, completa. O exercício da faculdade necessária, para que os objetivos sejam alcançados, é conjunta e igualitária aos pais.

Todavia, na maioria dos casos em que há dissolução de uma união conjugal, a guarda dos filhos continua sendo concedida apenas a um dos ex-cônjuges, decidindo este

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 jan 2002*. Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016. Art, 1630, § único.

<sup>5</sup> Idem. Arts. 1.511 e 1565.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei n 8.069, de 13 jul 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016. Art. 19; BRASIL. *Lei n 9.278, de 10 mai 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 21 jul 2016. Art. 2º, III.

sozinho pelo menor, ao outro, que não a possui, resta apenas o direito a visitação e o dever de alimentar.

Hoje, pode-se contar com instrumento da guarda compartilhada para acabar com o excesso de poder conferido a um dos pais (o que detêm a guarda), visto que esta permite tanto ao pai quanto à mãe, responderem por seus filhos de maneira igualitária após a ruptura da união conjugal. No entanto, este tipo de guarda ainda é pouco utilizado no direito brasileiro.

## 2.2 CONCEITO

Inicialmente, é importante mencionar que é perfeitamente possível encontrar-se várias definições acerca da expressão poder familiar, inclusive, tinha como terminologia utilizada até 10 de janeiro de 2002 pátrio poder, sendo alterada pela vigência da Lei 10.406/2002, atual Código Civil. Modificação esta que é muito bem vista pelos estudiosos do direito, que não entendem como essa expressão não foi modificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o término da expressão pátrio poder, também se extinguiu aquele resquício do pátrio potesta romana, o qual a figura do pai (pátrio) obtinha mais ênfase em relação a figura materna.

Apesar da considerável mudança, muito ainda se questionava se essa foi a expressão certa incorporada pelo Código Civil vigente, porque ainda permanece a palavra poder, a qual traz consigo a idéia de dominação. Muitos doutrinadores defendem que a melhor expressão seria autoridade parental, a qual é recepcionada pelos ordenamentos jurídicos alienígenas da França e dos Estados Unidos.

Autoridade, porque, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou munus, em espaço delimitado fundado na legitimidade e no interesse do menor. Parental, visto que, destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade, que fundamente a autoridade.<sup>7</sup>

Os doutrinadores têm, em suas obras, conceituado o Poder Familiar de inúmeras maneiras, mas o sentido em todos os conceitos não deixa de ser o mesmo.

Aluísio Santiago Júnior entende o instituto como um "conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 142.

<sup>8</sup> CAMPOS JUNIOR, Aluísio Santiago. *Direito de família. Aspectos didáticos*. Belo Horizonte: Inédita, 1998. p. 317.

A conceituação de Sílvio Rodrigues: “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados tendo em vista, a proteção destes”.<sup>9</sup>

Colocação de Washington de Barros Monteiro: “o poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”.<sup>10</sup>

Caio Mário, possui o entendimento sobre o instituto como sendo “um complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º da Constituição”.<sup>11</sup>

Maria Helena Diniz define Poder Familiar como:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.<sup>12</sup>

Porém, entende-se como a definição mais completa a de José Antônio Paula Santos Neto que em sua obra define o instituto como:

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 deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.<sup>13</sup>

Será possível afirmar então, que poder familiar é a soma de direitos e obrigações dos pais ou responsáveis legais para com seus filhos menores, visando a proteção dos interesses destes, assim como de subsistência, de saúde e de educação, ou seja, prestação de assistência material, moral, afetuosa, social, mental, física, tudo para que vivam de maneira saudável e feliz. Deste modo, o poder familiar não é um direito sobre a pessoa do filho, mas um poder que se exerce em prol do interesse do menor.

No código civil vigente, o poder familiar encontra respaldo do livro IV, título I, subtítulo II, das relações de parentesco, capítulo V, sendo comentado do artigo 1630 ao artigo 1638 e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), no artigo 21.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64.

<sup>10</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 85.

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 240.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 447.

<sup>13</sup> SANTOS NETO, Jose de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 35.

### **3. NOVAS MODALIDADES FAMILIARES NO DIREITO CONTEMPORANEO**

#### **3.1 A FAMÍLIA MATRIMONIAL**

A família matrimonial é a família constituída pelos casamento, através de ato solene, com intervenção do estado, da forma prevista em lei,

#### **3.2 A UNIÃO ESTÁVEL**

Prevista na Constituição da Federal de 1988, é a entidade familiar formada entre o homem e a mulher, de forma pública, contínua e duradoura, com animus de constituir família.

A união estável é regulada pelo Código Civil de 2002 sob o título “Da União Estável”. De acordo com o artigo 1.723:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família.

#### **3.3 AS UNIÕES HOMOAFETIVAS**

Em 05 de maio de 2011 foi proferida decisão histórica no Supremo Tribunal Federal. Todos os dez Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se pela procedência das aludidas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à esta o regime concernente à união estável entre homem e mulher. Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, em 14 de maio de 2013 prolatou Resolução que obriga cartórios de todo o país a celebrarem casamento homoafetivo, bem como a converterem união homoafetiva em casamentos. A partir da aludida Resolução, nenhum cartório poderá rejeitar a celebração de casamento ou conversão de união estável entre casais homoafetivos.

O Poder Judiciário, com base nos princípios constitucionais, sobretudo no princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da concretização do princípio fundamental à felicidade por meio do afeto, reconheceu as uniões afetivas como entidades familiares equivalentes ao casamento e à união estável heterossexual.

#### **3.4 O CONCUBINATO**

A união entre indivíduos que estejam impedidos de se casarem. Uma vez que se aplicam à união estável os mesmos impedimentos relativos ao casamento, o casal não poderá,

também, formar uma união estável. Reconhecida pelo Superior Tribunal Federal, que editou a Súmula 380 equiparando o concubinato a uma sociedade de fato.

### 3.5 A FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental, é aquela formada por apenas um dos pais e sua prole, é, expressamente, prevista na Constituição da República de 1.988, contudo não foi feita nenhuma referência no Código Civil. Em vista disso, aplicam-se as regras atinentes às relações de parentesco em geral.

### 3.6 OUTRAS MODALIDADES FAMILIARES

A entidade familiar estabelecida na Constituição Federal de 1.988 não é exaustiva, trata-se, sim, de uma cláusula geral, inclusiva. Sendo assim, cabe ao direito garantir a devida tutela às mais variadas modalidades de núcleos familiares que vêm surgindo na atualidade.

### 3.7 A GUARDA FRENTE A SEPARAÇÃO JUDICIAL, OU DE FATO, E AO DIVÓRCIO

A guarda decorrente da separação consensual ou litigiosa, divórcio ou separação fática, onde um dos progenitores passa a deter a responsabilidade para com a prole, destinando ao outro o direito de visitas, é a mais comum forma de família monoparental.<sup>14</sup>

No entanto esse tipo de guarda onde o Poder Familiar é exercido por apenas um dos genitores e seus parentes, torna falho o direito à filiação, pois restringe a presença materna ou paterna, trazendo grandes prejuízos à formação da criança.

A falta do pai na família monoparental faz com que a criança estabeleça vínculos com avós, bisavós e tios em substituição à figura do pai.

A família monoparental se deve ater aos cuidados tidos como indispensáveis na formação da prole, permitindo que a criança viva a sua infância na sua totalidade.

Muitas vezes, como decorrência da separação dos pais, a criança pode ficar com a sensação de culpa pelo fato.

Grande parte das desavenças em varas de família são ocasionadas por imaturidade dos casais e são representadas em geral por; mulheres que buscam na guarda dos filhos apenas a segurança de uma pensão alimentícia; homens que manipulam os filhos com intuito de denegrir a conduta da mulher; mulheres que abandonam seus filhos por um novo amor;

---

<sup>14</sup> CAMARGO, Joecy Machado. Guarda e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo Oliveira (coord). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 267-268.

homens que abandonam os filhos e a mulher, por não possuírem instinto paternal; homens e mulheres que, apesar de persistirem com a responsabilidade alimentícia, ignoram os filhos, sequer o visitam, passando as crianças a ser um fardo pesado em suas vidas.

Não se discute que a separação cria grande indisposição no seio da família, pois, não raras vezes os filhos viverão nesta ou naquela casa, afastando-se do convívio diário dos pais, restando-lhes o direito de visitar o não detentor da guarda.

É rentável em nossa cultura e ordenamento jurídico afixação de guarda compartilhada, pois mesmo com a ruptura dos pais, estes continuam a exercer em comum a autoridade parental. Com esta integração familiar, dificilmente ocorrerá alguma deformação de personalidade, pois a família continua bem constituída.

O Poder Judiciário não está incumbido de solucionar os conflitos emocionais oriundos da inconveniência do relacionamento afetivo ou os fatores psicossociais que geraram ou contribuíram para o desregramento familiar, mas apenas posicionar os direitos da família no aspecto jurídico, velando pela integridade da família.

Ressalvando-se o bom senso de profissionais que atuam na área e a maturidade dos envolvidos, em direito de família não existe nada definitivo.

A guarda conjunta, a flexibilidade das visitas, a distribuição de tarefas dos pais com os filhos, e destes para com aqueles, configuram alternativas positivas que refletirão no âmbito familiar.

Tem-se que evitar as indisposições na separação ou divórcio para que não atinjam os filhos, pois estes são os únicos inocentes na situação.

Não existe perda ou vitória quando a guarda é deferida a um dos cônjuges, atribuindo-se o direito de visitas ao outro, pois foi a criança que saiu em termos vencedora, recebendo a melhor indicação da guarda.

## 4 GUARDA COMPARTILHADA

### 4.1 CONCEITO. EVOLUÇÃO - CARACTERÍSTICAS

A expressão guarda deriva do alemão *wargen*, do inglês *warden* e do francês *garde*, podendo ser interpretado de uma forma genérica para expressar vigilância, proteção, segurança, um direito-dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

“Guarda compartilhada” ou “Guarda Conjunta” consiste na situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam o direito à guarda e à responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse (exemplo: o filho passa uma semana com o pai e outra com a mãe, sucessivamente).

A atuação decisiva do movimento feminista, aliada a circunstâncias sócio-culturais, culminou em profundas reformas no Direito de Família, ocorridas a partir de 1962, com a superveniência da Lei 4.121, que alterou a regulamentação do regime de guarda de filhos.

Posteriormente, com a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), o legislador procurou preservar esta evolução, regulamentando a guarda dos filhos através de hipóteses abrangentes, mas relativas, posto que permitem ao magistrado socorrer-se de outras formas de fixação do regime de guarda, de acordo com o caso concreto.

A velocidade das mudanças sociológicas (a união estável; a situação edêmica do divórcio e o liberalismo feminino) e seus reflexos no Direito de Família impuseram a intervenção da doutrina e da jurisprudência, que trataram de criar e ampliar hipóteses de fixação do regime de guarda de filhos.

A guarda compartilhada apresentou-se como uma destas hipóteses.

De fato, o tema não é novidade na literatura brasileira. Especialistas em psicopediatria, como Rinaldo De Lamare, abordaram questões envolvendo o aspecto psico-emocional da guarda conjunta em suas primeiras obras.

A discussão retornou aos campos acadêmicos quando se verificou, na jurisprudência alienígena, julgados abordando a matéria (principalmente em precedentes norte-americanos, com a chamada *joint custody*), com análises que levam em consideração a nova ordem social, reconhecidamente mais liberal.

A grande diferença da guarda compartilhada para a guarda exclusiva (ou uniparental, exercida por apenas um dos cônjuges) é que, naquela, há uma divisão eqüitativa do

tempo de convívio com os filhos entre os separandos. Nesta, a alternância temporal da posse dos filhos pende para quem conserva o direito de guarda, em detrimento daquele cônjuge ao qual é assegurado o direito de visitas, bem mais limitado.

Agora a legislação brasileira permite a opção pela guarda compartilhada e a sua conveniência diante dos interesses dos filhos, que predominam sobre os interesses dos pais.

Ressalta-se que a matéria envolvendo a guarda de filhos é aplicável não somente às ações de separação judicial, mas, também, às ações de dissolução de sociedade de fato, pois diz respeito ao Poder Familiar e não ao vínculo existente entre os cônjuges.

## 4.2 DA GUARDA DOS FILHOS

A guarda de filhos, no direito brasileiro, é regulamentada pela Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que assim dispõe: art. 9º. No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Este dispositivo relega a fixação da guarda dos filhos ao entendimento dos pais, quando da dissolução da sociedade conjugal por mútuo consentimento. Pode também ser aplicado em ações litigiosas quando a questão da guarda for incontroversa (acordo parcial).

Art. 10 - Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§ 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.<sup>15</sup>

Nos casos de separação judicial litigiosa, intentada com base em atitude culposa de uma das partes, a guarda deverá ser atribuída ao cônjuge que não deu causa à separação, ou seja, que não praticou os atos ofensivos aos deveres do casamento (Lei do Divórcio, art. 10).

Se ambos os cônjuges forem considerados culpados, a guarda deve ser atribuída à mãe. Com a Lei do Divórcio, a mãe passou a ter o direito à guarda exclusiva em ambos os casos. Esta determinação, de cunho sociológico, respalda a presunção (relativa) referente aos atributos maternos e seus reflexos benéficos na criação dos filhos. Trata-se, ademais, de uma segurança à mulher, que vê na garantia da guarda dos filhos um incentivo a mais para propor a ação de separação, fazendo cessar situações domésticas atentatórias a sua dignidade e segurança.

Por analogia, o mesmo entendimento deve ser aplicado no caso de separação judicial sem culpa, ou seja, ação deflagrada com base no falecimento da sociedade conjugal sem que ocorra ofensa aos deveres do casamento por um dos cônjuges (ausência de companheirismo, amor, etc), conforme artigo 5º da Lei 6.515/1977.

O parágrafo primeiro do artigo 10 da Lei 6.515/1977 prevê uma exceção: "...salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles". A subjetividade do dispositivo, pelos mesmos argumentos acima expostos, pende para a mãe, de

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 10.

forma que somente em casos excepcionais (abandono; falha grave nos cuidados com a saúde da criança, etc.) a guarda lhe deve ser negada.

Estando ambos os genitores impedidos de exercerem a guarda do filho, esta deve ser deferida à pessoa idônea da família. Este impedimento deve ser provisório (prisão, internação para tratamento psicológico ou de saúde prolongado), pois, se for definitivo, aplicar-se-á o disposto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à guarda, tutela ou adoção. Na falta da lei disciplinar qual dos parentes terá preferência à guarda (refere-se, genericamente, a pessoa idônea da família), o juiz poderá valer-se, analogicamente, das disposições do Código Civil sobre a tutela (art. 1731):

Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I – aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.<sup>16</sup>

Isto não exclui a atribuição da guarda à pessoa que já esteja na posse fática da criança por longo período. E estando o menor na posse de terceiro, a regulamentação da guarda deve obedecer ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (como nos casos de pedido de guarda para fins previdenciários).

Art. 11 da Lei 6.515/1977 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no §1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.<sup>17</sup>

Este artigo respalda o direito do cônjuge que ficou com a guarda dos filhos quando da ruptura da vida em comum (separação de fato). Visa preservar o *status* da criança com relação ao seu guardião e é aplicado com mais frequência às ações de divórcio direto (Lei 6.515/77, art. 40).

A rigor, não existe norma legal regulando o regime de guarda de filhos no caso de separação de fato. Na prática, o cônjuge que ficou com a posse dos filhos exerce, também, sua guarda (guarda fática), podendo valer-se das vias processuais para defendê-la, inclusive contra o ex-cônjuge.

Art. 12 da Lei 6.515/1977 - Na separação judicial fundada no §2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 jan 2002*. Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016. Art. 1.731.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 11.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 12.

O exercício do direito de guarda de filhos exige que o guardião seja plenamente capaz para a prática dos atos da vida civil. Quando um dos cônjuges for declarado incapaz (ex.: acometido de doença mental), a guarda será deferida ao cônjuge que estiver em condições de exercê-la. Destaca-se que a incapacidade deve ser declarada judicialmente, através de procedimento próprio, sendo inviável sua mera alegação em ação de separação judicial.

No art. 13 se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

De acordo com o disposto no artigo 10 supra, se a mãe fosse considerada culpada pela separação, a guarda dos filhos deveria ser atribuída ao pai. Entretanto, a realidade fática lançada nos autos pode demonstrar que, mesmo em tais casos, seria mais conveniente ao bem estar dos filhos se estes permanecessem na companhia da mãe. É o caso, por exemplo, daquele cônjuge cujo trabalho exige viagens freqüentes, impossibilitando-o de exercer a guarda dos filhos. Diante deste contexto, a norma-sanção constante no *caput* do artigo 10 da Lei 6.515/77, realmente ortodoxa, padeceria diante dos interesses dos filhos. Eis, então, o porquê do disposto no artigo 13 supra: permitir que o magistrado, diante de tais contradições, decida de forma diferente das hipóteses constantes na lei, referente a regulamentação da guarda de filhos.

A subjetividade das expressões *motivos graves* e *a bem dos filhos* remete a análise das circunstâncias fáticas de cada processo. Constituem *motivos graves* as situações que atentem contra o bem estar da criança, cuja regulamentação da guarda não encontra guarita nos artigos anteriores. Enquadra-se, também, nesta hipótese, o caso da guarda fática estar sendo exercida por parentes há muitos anos, cuja alteração do *status quo* poderia trazer prejuízos aos menores.

Este artigo é aplicável aos processos com ou sem sentença transitada em julgado, indistintamente. A reiteração de julgados respaldando a manutenção do *status* da criança perante seu guardião, a fim de assegurar a estabilidade do ambiente familiar, elevou este entendimento ao grau de princípio. Por conseguinte, uma vez fixada a guarda por sentença judicial, somente situações excepcionais justificam sua alteração.

Art. 14. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13.

Parágrafo único. Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.<sup>19</sup>

As causas de anulação do casamento estão previstas no Código Civil, sendo que a proteção à pessoa dos filhos, nestes casos, segue os mesmos princípios da separação judicial, ou seja, anulado o casamento, a regra geral (relativa) é que a guarda deve ser deferida ao cônjuge que não deu causa à anulação.

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.<sup>20</sup>

Este artigo regulamenta o direito do cônjuge que não exerce a guarda do filho poder tê-lo sob sua companhia em determinadas datas e/ou situações. Trata-se de direito fundamental do separando não-guardião de acompanhar o desenvolvimento do filho e de orientá-lo para a vida.

Infelizmente, muitos pais utilizam o direito de visitas para atingir o ex-cônjuge, seja dificultando as visitas, seja retardando a restituição do filho ao guardião. Em ambos os casos, a reincidência pode ensejar na revisão da guarda ou do regime de visitas, pois a utilização do filho para atingir o ex-cônjuge revela inaptidão para o exercício destes direitos.

Caso o cônjuge não-guardião deixe de restituir o filho no prazo estabelecido, poderá o guardião valer-se da ação cautelar para a busca e apreensão do menor.

Quando é o genitor guardião que dificulta o exercício do direito de visitas pelo não-guardião, este poderá ingressar com pedido de execução da decisão que fixou a guarda. A sentença que conceder o pedido determinará ao cônjuge guardião que cumpra a decisão judicial. Aliás, tratando-se de obrigação de fazer, a própria sentença declaratória da separação judicial poderá estabelecer preceito cominatório para o caso de descumprimento da decisão acerca do direito de visitas, o que inibiria a atuação nefasta dos ex-cônjuges.

Cumprе observar, por fim, que a jurisprudência pacificou o entendimento de que o direito de visitas poderá ser exercido também pelos avós, tios, ou qualquer pessoa que, justificadamente, possua liame com o menor: “Art. 16 As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos”.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 14.

<sup>20</sup> Idem. Art. 15.

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 16.

Quanto a este tema, especificamente, o texto em trâmite inovou profundamente o Direito de Família, ao afastar a preferência da mãe pela guarda dos filhos em ações de separação judicial litigiosas:

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

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.<sup>22</sup>

Pelo novo dispositivo, a culpa pela separação não ensejará mais na perda compulsória da guarda dos filhos. Assim, se a causa da separação for atribuída ao pai, este ainda poderá postular a guarda dos filhos, desde que revele melhores condições para exercê-la. Igual posicionamento ocorrerá no caso de culpa concorrente, pois a preferência legal conferida à mãe pela Lei do Divórcio não foi respaldada pela nova sistemática.

Os primeiros esboços do projeto de lei do novo Código Civil não continham tal inovação e praticamente repetia o disposto na Lei do Divórcio, respaldando a preferência da mãe quando da regulamentação da guarda dos filhos.

Entretanto, no relatório-geral, já no ano de 2001, foi sugerida a alteração na redação do antigo dispositivo, por considerar que a preferência maternal ofenderia o disposto no artigo 226, §5º, da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, a regulamentação da guarda dos filhos não leva em consideração outros direitos senão aqueles inerentes aos próprios menores, em atenção à teoria da proteção integral da criança e do adolescente, respaldada pela própria Constituição Federal (art. 227, *caput*). Por conseguinte, eventuais direitos conferidos aos genitores não podem prevalecer em detrimento dos interesses dos menores, inclusive quando da fixação do regime de guarda e do direito de visitas.

Por fim, o disposto no artigo 226, §5º, da CF, aplica-se, apenas, na constância da sociedade conjugal, não servindo, pois, como paradigma para legislação ordinária que visa disciplinar a dissolução do casamento e seus efeitos em relação aos filhos menores.

Em assim sendo, apresenta-se lícito ao legislador criar mecanismos especiais que assegurem aos menores o direito à convivência familiar saudável e responsável, o que inclui, por óbvio, o estabelecimento de prerrogativas quando da regulamentação da guarda dos filhos.

---

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 jan 2002*. Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016. Art. 1.584.

De todo o modo, a alteração em questão terá uma aplicação prática restrita, pois a antiga redação estava calcada em entendimentos já consolidados pela literatura especializada e pela jurisprudência, os quais, certamente, continuarão a servir de amparo aos magistrados em ações envolvendo a guarda de filhos.

No mais, Código Civil vigente, em relação à proteção da pessoa dos filhos, basicamente absorveu o disposto na Lei do Divórcio, acima comentado, abstraindo a questão relativa à guarda compartilhada do seu texto, tema este que sequer chegou a ser formalmente considerado pela Comissão Especial.

Feitas estas observações, conclui-se que o direito brasileiro não continha dispositivo legal versando sobre a guarda compartilhada, situação que permaneceu com o novo Código Civil, ao contrário de outros países, como os Estados Unidos, cuja matéria já era regulamentada em 1985, sendo regulamentada em nosso ordenamento somente em junho/2008 com o advento da Lei 11.698/08 – Guarda Compartilhada.

#### 4.3 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) ressalva à criança e ao adolescente o direito de defender seus direitos através de curador especial toda vez que seus interesses venham a colidir com os de seus pais ou responsável.

Morrendo o pai cessa a *pátria potesta* e esta caberá à sua mulher. Se, porém, não deixou viúva ou se esta é incapaz, cabe ao pai nomear tutor ou curador para o filho quer por testamento quer por documento autêntico.

O Poder Familiar dá direito ao pai reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, mediante a competente ação de busca e apreensão e, neste sentido, é muito similar ao direito de seqüela<sup>23</sup> oriundo do direito das coisas.

Poderá tal poder ser destacado através de sentença ou acordo juntamente com a guarda do menor.

Hoje muito em voga, a guarda compartilhada<sup>24</sup> ante a separação judicial dos pais.

É exigível do filho que preste ao pai obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade ou condição, sem prejuízo da formação de menor.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 385.

<sup>24</sup> ELIAS, Roberto João. *Pátria poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.13.

Como bônus de encargo correspondente ao Poder Familiar, os bens do filho são administrados pelo pai. Os poderes de administração não envolvem, porém, a disposição. Tal ato dependerá para sua validade, de autorização judicial prévia. Há autores que entendem ser necessária a *hastá pública* como João Luis Alves, Levi Carneiro.

A opinião dominante, Clóvis Bevilacqua, Estevão de Almeida, Castelo Branco Rocha, entende o contrário, que tal exigência só tem lugar com relação aos menores sob tutela.

Sempre que houver colidência de interesses entre pais e filhos, o juiz, a requerimento do MP, dar-lhe-á curador especial para gerir os bens na pendência do conflito, ou para defender seus direitos em juízo (artigo 1.692 CC).

A lei fulmina com sanção de nulidade o ato praticado com infração ou violação dos interesses e direitos do menor, tende ainda até um ano após a maioridade ou emancipação para promover a hábil ação anulatória; e seus herdeiros, se morrer incapaz, até seis meses do falecimento; ou quem suceder o pai na representação do menor, no mesmo prazo de seis meses.

É inerente a tal poder, o usufruto dos bens do filho<sup>25</sup> exercido pelo pai, podendo reter rendimentos sem prestar contas. O que traduz uma reminiscência romana (*do paterfamilias*) e sob influência germânica.

A natureza jurídica de tal usufruto é controvertida pois alguns autores entendem ser uma compensação ao pai (Clóvis Bevilacqua, Cunha Gonçalves, Castelo Branco Rocha). Outros fundamentam na idéia da comunidade doméstica, em que todos compartilham de um mesmo orçamento.

A inerência do usufruto no exercício do Poder Familiar implica a sua inseparabilidade e integração. São bens excluídos a este usufruto os pertencentes ao filho extramatrimonial.

Relativamente ao filho extraconjugal, retira a lei, do usufruto como da administração, os bens adquiridos antes do reconhecimento, para evitar que o pai ceda aos maus impulsos, visando ao perfilhá-lo.

O pátrio-poder, mais do que um poder, “constitui-se de uma relação, ou do exercício de várias atribuições, cuja finalidade última é o bem do filho”<sup>26</sup>.

Em princípio, a lei institui o Poder Familiar como sistema de proteção e defesa do filho-família. Deve, portanto, durar todo o tempo da menoridade de forma ininterrupta. Mas o

---

<sup>25</sup> Idem. p. 17.

<sup>26</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 64.

legislador prevê situações em que se antecipa o seu termo, cabendo ao propósito distinguir a sua cessação em virtude de causa ou acontecimento natural, e a suspensão ou a perda do Poder Familiar, que provém de ato jurisdicional.

A perda do Poder Familiar, como sanção, está prevista para as hipóteses do art. 1.638 CC e do art. 24 do ECA (Lei 8.069/90).

De qualquer maneira, a moderna doutrina enxerga o Poder Familiar não mais na égide do princípio da autoridade, mas sim, como um instituto protetivo do menor e da família.

E sempre para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor admite-se a delegação do Poder Familiar, requerida pelo próprio pai. Dá-se, neste caso, a colocação em lar substituto.

#### 4.4 GUARDA PREVIDENCIÁRIA

Este tipo de guarda é comumente utilizada por avós, no intuito de incluir os netos como dependentes. Continua sendo muito exercitada apesar de seu indeferimento com frequência.

Sabendo-se que a finalidade da guarda é dar um lar substituto para o menor nos casos de ausência da família original ou impossibilidade de ser criada por ela, é um ato contraditório deferir-se a guarda para os avós, quando a criança esteja morando com os pais biológicos e por estes seja mantida.

É fato muito comum os filhos, ao se casarem, continuarem morando com os pais, e com o nascimento dos filhos, enxergando a possibilidade de, no futuro, esses usufruírem de direitos previdenciários dos avós, é que se pleiteia a guarda previdenciária.<sup>27</sup>

Como já foi dito, esta espécie de guarda é muito criticada, e vem ocorrendo inúmeros casos de indeferimento nos tribunais, no entanto, deve ser analisado caso a caso, pois há situações em que se faz necessária essa medida, como por exemplo, menor em estado precário de saúde.

Com a evidente precariedade da previdência social, onde muitos exames e cirurgias básicas deixam de ser oferecidos, é que a guarda previdenciária faz sentido, apresentando maiores garantias a seus beneficiários. Além do que, o ECA não proíbe esse tipo

---

<sup>27</sup> CAMARGO, Joecy Machado. Guarda e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo Oliveira (coord). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 252.

de guarda, mas, ao contrário, prevê, no § 2º do artigo 33, a excepcionalidade da guarda fora dos casos da tutela e da adoção.

#### 4.5 GUARDA NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

##### 4.5.1 Guarda na Separação Consensual

Quando o assunto se refere à guarda de menores e regulamentação do direito de visitas na separação do casal, depara-se com uma das questões mais delicadas no direito de família.

A partir do momento em que se encontram dificuldades de relacionamento por qualquer motivo que seja, e não havendo mais possibilidade de manter o convívio conjugal, é porque o casamento tido com indissolúvel chegou ao fim. A forma mais correta e madura de se encerrar este convívio é através da separação consensual.

Agindo dessa forma, o casal livremente passa a optar e estabelecer as regras atinentes a guarda dos filhos, pensão alimentícia, direito de visitas e partilha.

O juiz nesses casos não fica alheio às regras impostas pelos cônjuges em relação aos filhos, ele não age como mero espectador, muito pelo contrário, além de aconselhar e orientar o casal, pode se negar a homologar a separação, se entender que há visível prejuízo à criança.

Um bom exemplo é quando o juiz na audiência percebe a inquietação por parte da mulher porque no acordo consta a guarda de uma criança de apenas oito meses para o pai, com restrição inclusive ao direito de visita materno, nesse momento, o juiz deverá ponderar com o casal sobre a atenção devida a uma criança em tenra idade, onde se faz indispensável a presença materna.

Constitui uma agressão ao direito da criança substituir o seio materno por mamadeira, porque o pai não quer abrir mão do filho.

Após todo esclarecimento dado pelo juiz, inicia-se a mediação, aqui o casal observará a dura realidade da separação e a obrigatoriedade da divisão de responsabilidades para com os filhos.

Geralmente três situações ocorrem com mais frequência; na primeira, a mulher rejeita a guarda do filho, mesmo orientada a respeito de sua preferência em razão da pouca idade do filho, restando a ela apenas a regulamentação de visitas; na segunda, as partes não chegam a um consenso e a proposta recusada por um dos cônjuges se transformará em

separação litigiosa no futuro e a terceira situação ocorre quando os cônjuges acatam as orientações e estabelecem a guarda com a mãe, restando ao pai a obrigação alimentar e o direito de visitas.<sup>28</sup>

Todavia, vale dizer que a prudência e o zelo não podem ultrapassar a orientação e aconselhamento, pois medidas sociais e psicológicas não devem ser recomendadas sem indicação ou imposição de um profissional, além do que essa tarefa não pertence ao judiciário no processo de separação consensual.

#### 4.5.2 Guarda na Separação Litigiosa

Esse tipo de ação certamente é a mais embaraçosa, exigindo do julgador extrema perícia e habilidade, sempre priorizando o interesse das pessoas ao do patrimônio.

O legislador de 1916 estabelecia no art. 326 normas atinentes a guarda dos filhos na separação litigiosa, e Clóvis Beviláqua assim separou de acordo com interesse dos filhos:

- 1 - o princípio capital rezava que os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente;
- 2 - se ambos fossem culpados, ficariam com a mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificasse que de tal solução pudesse advir prejuízo de ordem moral para eles;
- 3 - se considerasse que não devessem os filhos permanecer na guarda da mãe, nem do pai, deferi-la-ia à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, ainda que não mantivesse relações sociais com o outro, a quem, entretanto, seria assegurado o direito de visita (art. 326, § 2º).<sup>29</sup>

Cabe salientar que tal dispositivo de 1916 foi revogado pela Lei 6.515/1977, através de seu artigo 10, §§ 1º e 2º, conforme será relatado logo a seguir.

Neste tema, o que sempre se firmou como prioridade foi o interesse dos filhos, assim, ao juiz foram concedidos totais poderes para, a bem deles, dispor de forma contrária à situação dos filhos para com os pais.

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), voltou ao assunto, repetindo, muitas vezes, o Código Civil e determinando regras específicas mais condizentes com a realidade atual.

Quando a separação fundar-se em conduta desonrosa imputada de um cônjuge ao outro ou grave violação do casamento (art. 5º da lei), os filhos menores ficariam com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

<sup>28</sup> CAMARGO, Joecy Machado. Guarda e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo Oliveira (coord). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 255.

<sup>29</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 262.

Se ambos os cônjuges forem responsáveis (culpados) pela separação judicial, os filhos menores ficarão com a mãe, salvo se desta situação o juiz entender que haja prejuízo moral para eles.

Observando o juiz que os filhos não devem ficar nem com o pai nem com a mãe, a guarda será deferida à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer em deles (art. 10, § 2º).

Quando um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e respectiva impossibilidade de reconciliação. Os filhos permanecerão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o lapso da vida em comum (art. 11 da Lei nº 6.515, com a redação introduzida pela Lei nº 8.408, de 1992).

Conforme a lei do divórcio, a separação judicial poderá ocorrer também se um dos cônjuges estiver com grave doença mental manifestada após o casamento, tornando impossível a continuação da vida em comum, desde que, depois de uma duração de cinco anos, a enfermidade seja reconhecida como de cura improvável (art. 5º, § 2º).

Neste caso, o juiz deferirá a guarda ao cônjuge que estiver em condições de assumir a responsabilidade e educação.

Reproduzindo o código civil de 1916 em seu artigo 327, o art. 13 da lei do divórcio dispõe que o juiz poderá, se houver motivo relevante, a bem dos filhos, estabelecer responsabilidade diferente a que tinha sido homologada.

Tanto o código civil de 1916 (art. 328) quanto a lei do divórcio (art. 14) estabelecem que, no caso de anulação do casamento, deverá seguir o disposto para os casos de separação judicial.

Ao cônjuge em cuja guarda não estejam os filhos, é assegurado o direito de visitas e de tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua educação (art. 1589 CC de 2002).

Como inovação, o art. 16 da lei do divórcio estabelece que a prestação de alimentos aos filhos menores estende-se aos filhos maiores inválidos.

De forma ampla, o sistema jurídico brasileiro seguiu a orientação dos documentos internacionais no que diz respeito da proteção da criança, ou seja, maior interesse da criança como princípio.

#### 4.6 RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO GUARDIÃO

Aspecto importante e que deve ser levado em consideração no que diz respeito à guarda do genitor, é a responsabilidade civil, ou melhor, as perdas e danos decorrentes de qualquer ato culposos, ou doloso, praticado pelo filho menor.

Competindo aos pais o dever de guarda e de educação, o legislador torna-os também responsáveis pelos danos causados pelo menor, conforme estabelece o artigo 932, I do Código Civil.

Trata-se de uma contrapartida de sua autoridade, ou seja, direitos e vantagens de um lado, obrigações e ônus, de outro.

Para que se desencadeie a responsabilidade dos pais em relação à reparação do dano causado, três condições são necessárias: a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e à mãe, enquanto exercem o direito de guarda; a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando e a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometeu um fato culposos.<sup>30</sup>

A primeira presunção é importante por que limita a responsabilidade aos pais e não à terceiros que, provisoriamente, detém a guarda da criança.

A noção de guarda que aqui se deve ter é em sentido mais jurídico que material, ou seja, se a guarda fosse interpretada num sentido material, a responsabilidade dos pais deveria ser excluída, sempre que a criança fosse confiada a um terceiro.

No segundo caso, a presunção só pode ser invocada enquanto os filhos são menores, logo, a maioridade exclui a presunção de responsabilidade em relação aos pais.

Neste caso é fundamental a coabitação dos filhos menores com os pais, porque daí decorre a idéia de vida em comum, familiar, que é garantidora da fiscalização dos pais pelos atos dos filhos.

E, por último, a ocorrência de culpa é fundamental à caracterização da responsabilidade e conseqüente reparação. Aqui se reafirma uma condição geral da responsabilidade civil.

O que importa saber é se a criança tinha, ou não, discernimento suficiente para que se lhe impute um fato culposos, logo, uma criança demente não tem discernimento; não pode, pois, ser responsabilizada por culpa.

---

<sup>30</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 218.

A questão que aparece dividindo a doutrina e de caráter mais complexo se refere à responsabilidade de menores em tenra idade. Tudo dependerá das circunstâncias que envolvam cada caso concreto.

Na maioria das vezes, fica excluída a possibilidade desta criança reparar determinado dano com base em fato culposos, contudo, se comprovado for que o ato praticado por esta criança era destes que pode ser praticado por outras crianças da mesma idade, independentemente da educação que receberam, o fato escapa da qualificação de culposos ou ilícito.

No caso das três presunções se encontrarem reunidas, o pai e a mãe são solidariamente responsáveis pelos atos dos filhos, já que sobre os genitores decai uma presunção de culpa derivada, ou de falha na educação ou de má educação. Os pais são responsáveis pelos atos dos filhos.<sup>31</sup>

Outro fato delicado é a indagação da solidariedade na responsabilidade, quando da instauração da monoparentalidade.

No que tange a separação de fato, entende-se que não há dúvida, como esta modalidade é alheia ao mundo jurídico, as presunções se inclinam em direção à manutenção da solidariedade na responsabilidade.

Em se tratando de separação judicial, ou de divórcio, que tem como efeito imediato a determinação unilateral da autoridade parental (colocação do filho sob a guarda de um dos genitores), não há mais que se falar em solidariedade, uma vez que o genitor sobre o qual recai a guarda é que tem presunção de responsabilidade.

Esta regra como muitas outras do direito de família não é absoluta, assim o genitor-guardião só será responsável na medida em que o filho coabita consigo, tal coabitação não só como um vínculo de dependência jurídica mas também de dependência material entre genitor e filho.

Finalmente, o genitor pode a qualquer tempo invocar as causas gerais de exoneração, ou seja, força maior, caso fortuito, culpa de terceiro, etc., nestes casos, competirá ao juiz se pronunciar sobre a culpa ou não do genitor-guardião.

---

<sup>31</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 219.

#### 4.7 MODALIDADES DE GUARDA

Com o vínculo matrimonial ou a união estável e a decorrência da maternidade e paternidade surge o primeiro modelo de guarda, conhecido como *guarda comum ou originária*, o qual não é judicial, mas sim natural, em que ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes do pátrio poder, conseqüentemente a guarda, não existindo, portanto, a figura do não guardião.

Com a cisão da família, ocorre o surgimento da guarda judicial, em que a guarda será deferida conforme a regra que melhor interessa para o menor, podendo dessa forma o magistrado seguirá cinco rumos na sua decisão final: optar pela guarda única, compartilhada, alternada, dividida ou nidação.

Com a interposição de um processo de guarda/separação/divórcio, e o surgimento de uma disputa pela posse do menor, o juiz, antes de decidir o mérito da ação, é obrigado a determinar a guarda provisória para um dos cônjuges/parceiros, que não pode ser considerada um modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea em que o menor está, uma vez, que quando a ação for julgado no seu mérito, ocorrerá a guarda definitiva, que também não é um modelo de guarda, porque a guarda definitiva terá que adotar um dos cinco modelos de guarda pós-ruptura conjugal: guarda única, compartilhada ou alternada, dividida ou nidação.

Portanto, a guarda provisória e a definitiva nada mais fazem do que expressar o modelo de guarda que está sendo imposto; imposição esta que pode ser alterada a qualquer tempo, visto que o que regula a guarda é a cláusula *rebus sic stantibus*, não deixando, portanto, a sentença se tornar imutável. (não faz coisa julgada material)

Apesar de no sistema jurídico brasileiro vigente não existir um modelo de guarda que o magistrado deva primeiramente adotar, como em algumas legislações alienígenas, o que acaba sempre e insistentemente acontecendo no caso de ruptura conjugal, o magistrado opta pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges/parceiro será nomeado o guardião, detentor, portanto da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. Apesar dessa nomenclatura guardião e não guardião, continuarão ambos a exercerem a guarda jurídica. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem a imediatividade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho.

Assim, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, através dessa fixação de visitas, aonde poderá constatar (fiscalizar) se o guardião

vem corretamente prestando assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.

Caso o magistrado adote o modelo da guarda alternada, estará possibilitando a cada um dos cônjuges/parceiros ter a posse (guarda) do menor de forma alternada, ou seja, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano (...), sendo que os direitos-deveres inerentes da guarda ficarão sempre com o cônjuge que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não guardião, existindo dessa forma sempre uma alternância na guarda jurídica do menor.

Esse modelo de guarda é altamente criticado pelos juristas, uma vez que afirmam que prejudica o menor na formação de sua personalidade, valores e padrões.

A guarda dividida encontra-se como terceiro modelo de guarda, apresentando-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação, e mais comprometimento na vida de seus filhos.

O penúltimo modelo de guarda existente é a nidação, também conhecida como aninhamento, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada.

O último tipo de modelo de guarda, mas não o menos importante é a guarda compartilhada, modelo este motivo deste estudo.

#### 4.8 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A guarda de filhos, no direito brasileiro, está regulamentada na Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio). Difere da guarda prevista na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), referente a menores em situação irregular (abandonados ou infratores). Assim dispõe a Lei do Divórcio sobre a guarda de filhos: art. 9º- No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Este artigo relega a fixação da guarda dos filhos ao entendimento dos pais, em ações de separação judicial por mútuo consentimento. Pode ocorrer em separação judicial litigiosa, quando a questão da guarda for incontroversa.

Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.<sup>32</sup>

Nos casos de separação judicial litigiosa, intentada com base em atitude culposa de uma das partes, a guarda deverá ser atribuída ao cônjuge que não deu causa à separação, ou seja, que não praticou os atos ofensivos aos deveres do casamento (CC, art. 1.566).

Muito embora a jurisprudência venha suavizando a aplicação deste artigo, em detrimento dos interesses dos menores, o dispositivo não é letra morta e, portanto, exige atenção na instrução do processo para determinar-se a culpa pela separação.

Se ambos os cônjuges forem considerados culpados pela separação, a guarda deve ser atribuída à mãe. Esta determinação legal, de cunho sociológico, respalda a presunção (relativa) referente aos atributos maternos e seus reflexos benéficos na criação dos filhos. Trata-se, ademais, de uma garantia, uma segurança a mais à mulher para a propositura da ação de separação, fazendo cessar situações domésticas atentatórias a sua dignidade e segurança.

Por analogia, o mesmo entendimento deve ser aplicado no caso de separação judicial sem culpa (ação deflagrada com base no falecimento da sociedade conjugal sem que ocorra ofensa aos deveres do casamento por um dos cônjuges).

O parágrafo primeiro do artigo 10 da Lei 6.515/1977 prevê uma exceção ao deferimento da guarda à mãe, em caso de separação judicial por culpa recíproca ("...salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles"). A subjetividade do dispositivo, pelos mesmos argumentos supra expostos, pende para a mãe, de forma que somente em casos excepcionais (abandono; falha grave nos cuidados com a saúde da criança; etc.) a guarda lhe deve ser negada.

Estando ambos os genitores impedidos de exercerem a guarda do filho, esta deve ser deferida à pessoa idônea da família. Claro que este impedimento é provisório (prisão, internação para tratamento psicológico ou de dependência química), pois, se for definitivo,

---

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 10.

aplicar-se-á o disposto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à guarda, tutela ou adoção. Na falta da lei disciplinar qual dos parentes terá preferência à guarda (refere-se, genericamente, à pessoa idônea da família), o juiz pode valer-se, analogicamente, das disposições do Código Civil sobre a tutela (art. 1.731):

Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I – aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá ente eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.<sup>33</sup>

Isto não exclui a atribuição da guarda à pessoa que já esteja na posse fática da criança por longo período. Entretanto, estando o menor na posse de terceiro, a regulamentação da guarda deve obedecer ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (como nos casos de pedido de guarda para fins previdenciários).

Art. 11. Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no §1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.<sup>34</sup>

Este artigo respalda o direito do cônjuge que ficou com a guarda dos filhos quando da ruptura da vida em comum (separação de fato). Visa preservar o *status* da criança com relação ao seu guardião, e é aplicado com mais frequência nas ações de divórcio direto (Lei 6.515/77, art. 40).

A rigor, inexistente norma regulando o regime de guarda de filhos no caso de separação de fato. Na prática, o cônjuge que ficou com a posse dos filhos exerce, também, sua guarda, podendo valer-se das vias processuais para defendê-la, inclusive contra o ex-cônjuge.

Art. 12. Na separação judicial fundada no §2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.<sup>35</sup>

O exercício do direito de guarda de filhos exige que o guardião seja considerado capaz para a prática dos atos da vida civil. Quando um dos cônjuges for declarado incapaz (ex: acometido de doença mental), a guarda será deferida ao cônjuge que estiver em condições de exercê-la: “Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 jan 2002*. Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016. Art. 1.731.

<sup>34</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 11.

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 12.

filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.<sup>36</sup>

De acordo com o disposto no artigo 10 supra, se a mãe fosse considerada culpada pela separação, a guarda dos filhos deveria ser atribuída ao pai. Entretanto, não raro, a realidade fática lançada nos autos demonstra que, mesmos em tais casos, seria mais conveniente ao bem estar dos filhos se estes permanecessem na companhia da mãe. É o caso, por exemplo, do representante comercial, cuja atividade impõe viagens freqüentes, circunstância que o impossibilita de exercer a guarda. E a ausência constante do pai constitui motivo grave para a fixação da guarda de forma diferente da constante nos artigos 10 e seguintes da Lei 6.515/77.

Desta feita, a norma-sanção constante no *caput* do artigo 10 da Lei 6.515/77, realmente ortodoxa, padeceria diante dos interesses dos filhos. Eis, então, o porquê do disposto no artigo 13 supra: permitir que o magistrado, diante de tais contradições, decida de forma diferente das hipóteses constantes na lei, referente à regulamentação da guarda de filhos.

A subjetividade deste dispositivo, materializada nas expressões ‘motivos graves e ‘a bem dos filhos’, remete a análise das circunstâncias fáticas de cada processo. Constituem ‘motivos graves’ as situações que atentem contra o bem estar da criança, cuja regulamentação da guarda não encontra guarita nos artigos anteriores. Enquadra-se, também, nesta hipótese, o caso da guarda fática estar sendo exercida por parentes (avós, por exemplo.) há muitos anos, cuja alteração do *status quo* poderia trazer prejuízos aos menores.

Outrossim, este artigo aplica-se a todas as hipóteses, tenha ou não a sentença transitada em julgado.<sup>37</sup>

Neste sentido, a reiteração de julgados respaldando a manutenção do *status* da criança perante seu guardião elevou este entendimento ao grau de princípio geral de direito. Por conseguinte, uma vez fixada a guarda por sentença judicial, somente situações excepcionais justificam sua alteração. Para tanto, o interessado deverá ingressar, ou com ação rescisória (caso os elementos fáticos que amparam o pedido tenham origem anterior à sentença que se quer modificar) ou com ação ordinária, onde será postulada a alteração da guarda com base em situações ocorridas posteriormente a sentença:

Em se tratando de desquite litigioso, a desconstituição do julgado só é possível através de ação rescisória. Inconfundível é ela com a ação ordinária de modificação.

---

<sup>36</sup> Idem. Art. 13.

<sup>37</sup> NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 817.

Esta não ataca a coisa julgada; visa a modificar situações permanentes quer no concernente a alimentos, quer relativamente à guarda de filhos do casal, em razão de fatos novos ocorridos depois da sentença proferida na ação de desquite.<sup>38</sup>

Em ambos os casos, é admissível a antecipação da tutela jurisdicional, caso sejam atendidos os requisitos legais.

Art. 14 da Lei 6.515/1977. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13.

Parágrafo único. Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.<sup>39</sup>

As causas de anulação do casamento estão previstas no Código Civil (arts. 1.548 a 1.563) Anulado o casamento, a regra geral (relativa) é que a guarda deve ser deferida ao cônjuge que não deu causa à anulação (tal e qual a separação judicial). Em casos excepcionais, a bem do filho, será a guarda disciplinada de forma diferente.

Art. 15 da Lei de Divórcio. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Este artigo regulamenta o direito do cônjuge que não exerce a guarda do filho poder tê-lo sob sua companhia em determinadas datas e/ou situações. Trata-se de direito fundamental do genitor não-guardião de acompanhar o desenvolvimento do filho, bem como deste de ter contato com ambos os genitores.

Infelizmente, muitos pais valem-se do direito de visitas para atingir o ex-cônjuge, seja dificultando as visitas, seja retardando a restituição do filho ao guardião.

Caso o cônjuge não-guardião deixe de restituir o filho no prazo estabelecido, poderá o guardião valer-se da ação de busca e apreensão de menores, com natureza visivelmente satisfativa.

Quando é o cônjuge guardião que dificulta o exercício do direito de visitas pelo cônjuge não-guardião, este poderá ingressar com pedido de execução da decisão que fixou a guarda. A sentença que conceder o pedido determinará ao cônjuge guardião que cumpra a decisão judicial, podendo fixar multa cominatória. O procedimento é demorado e pode frustrar os planos previamente assumidos com os filhos. O ideal seria a legislação prever um procedimento célere permitindo seu exercício imediato. De todo o modo, tratando-se de obrigação de fazer, poderá ser fixado, na sentença, preceito cominatório para o caso do não cumprimento da medida, o que, de certa forma, poderá inibir a atuação nefasta do guardião.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 93/588. Rel. Min. Soares Muñoz.

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016. Art. 14.

Em ambos os casos (não restituição dos filhos no prazo e obste injustificada às visitas), a reincidência pode ensejar na revisão da guarda ou do regime de visitas, pois a utilização do filho para atingir o ex-cônjuge revela inaptidão para o exercício destes direitos.

Cumpra observar, por fim, que a jurisprudência pacificou o entendimento de que o direito de visitas poderá ser exercido também pelos avós, que possuem, inclusive, legitimidade processual para postular neste sentido.

Art. 16 da Lei 6.515/1977. As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos.

O direito positivo brasileiro, com o advento da Lei 11.698/08, contém dispositivo legal abordando a guarda compartilhada, como os Estados Unidos, cuja matéria já era regulamentada em 1985, em sessenta por cento dos seus estados.<sup>40</sup>

Entretanto, a guarda compartilhada, não tem pressupostos próprios, podendo ser requerida por consenso ou decretada pelo Juiz, em atenção a necessidade dos filhos.

Não havendo entendimento entre os pais sobre as atribuições de cada parte, o Juiz poderá deferir-la com base em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

#### 4.9 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA EM AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL

Havendo acordo entre os pais, em benefício dos filhos, a disposição acerca da guarda conjunta é juridicamente possível, face ao permissivo constante na Lei 11.698/08.

E para estes casos, muitos são os defensores da medida, como Waldyr Grisard Filho, que expôs seu pensamento em recente publicação:

Embora inexistir norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso Direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família.<sup>41</sup>

Mas ressalva:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> PEREIRA, Sérgio G. *A guarda conjunta de menores*. *Ajuris*, 36/53.

<sup>41</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 140-174.

<sup>42</sup> Idem.

Mesmo havendo proposição por ambos os separandos pela regulamentação da guarda na forma compartilhada, o magistrado não estará obrigado a homologar o acordo, se verificar a ocorrência de prejuízos aos filhos, tendo em vista tratar-se de questão de ordem pública (RJTJSP 22/204).

#### 4.10 POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA EM AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA

Caso uma das partes insistir pela guarda exclusiva, a opção judicial pela guarda compartilhada resultará inviável. E isto por três motivos:

a) a sentença não pode impor à parte o exercício de um direito (mesmo admitindo-se a possibilidade do pedido de regulamentação da guarda compartilhada, tanto na inicial quanto em reconvenção, eventual decisão procedente careceria de exequibilidade, tal e qual as sentenças de que regulamentam o direito de visitas);

b) seria absolutamente contraditória, tendo em vista que as partes, em ações de separação litigiosa, pretendem romper, definitivamente, o vínculo matrimonial, e a fixação compulsória da guarda compartilhada obrigaria a um convívio maior do que o desejado (no direito de visitas o contato entre os ex-cônjuges é bem menor);

Não obstante, com a separação, torna-se inviável a co-gestão dos interesses dos filhos, mesmo no caso de guarda compartilhada. Isto porque, a guarda de filhos pressupõe o exercício individual de cada cônjuge separando em determinado lapso temporal. Assim, as decisões envolvendo os interesses dos filhos serão tomadas, em determinado momento, por um dos cônjuges, exclusivamente, restando ao outro o direito de fiscalização.

Pensar o contrário levaria à conclusão lógica de que, não chegando os pais a um acordo, a divergência teria de ser resolvida judicialmente. Tal circunstância resultaria, certamente, numa situação de completa instabilidade, devido à duplicidade de autoridade a que estariam submetidos os filhos, o que, obviamente, lhes é prejudicial. Neste sentido, anotou Segismundo Gontijo:

Num dos casos, litigou-se por mais de um ano sobre qual a escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou, perto da sua casa, ou a escolhida pelo pai, próxima a dele! Noutro, o Desembargador Bady Cury decidiu: “Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que o acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável.”<sup>43</sup>

<sup>43</sup>

CONTIJO, Segismundo. *Informativo ADV-COAD*, n 44. p. 563.

Sérgio Gischkow Pereira, em artigo pioneiro, entende o contrário:

Não procede a asserção. Basta aplicar, analogicamente, o art. 1.631, parágrafo único, do CC: 'Divergindo os progenitores quanto ao exercício do Poder Familiar, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe, o direito de recorrer ao Juiz para solução da divergência'. Portanto, em caso de conflito de volições entre os pais, o magistrado comporia o litígio.<sup>44</sup>

O artigo supra foi produzido após a Constituição Federal de 1988, que não recepcionou o disposto no artigo 1.631 do Código Civil, mas, ao contrário, impôs aos pais a necessidade da gestão bipartida dos interesses dos filhos (CF, art. 5º, inciso I e 226, §5º). Ademais, o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil raramente era aplicado, pois divergências extremas entre o casal revelam a falência da sociedade conjugal, sendo que a mulher, ao invés de valer-se do Poder Judiciário para rever a decisão do marido, simplesmente optava pelo desquite.

Outro problema que decorreria da co-gestão dos interesses dos filhos na guarda compartilhada consiste na responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos (CC, art. 932, inciso I). Permanecendo a co-gestão, ambos os pais seriam responsáveis, mesmo que o ato tivesse sido praticado quando no exercício da posse dos filhos por um dos ex-cônjuges, o que é absolutamente injusto.

Isto sem falar na dificuldade que teriam os terceiros para determinar quem, de fato, seria o representante dos filhos para os atos da vida civil.

Sem embargo, havendo discórdia entre os pais, a alternância temporal da guarda pode implicar em atitudes atentatórias à saúde psico-emocional do menor: chantagens (não deixar que o filho leve os brinquedos para sua *outra casa*); perda dos referenciais; dificuldades de adaptação. Assim entende Edward Teyber: “este sistema tem sido adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente”.<sup>45</sup>

Além disso, a determinação compulsória da guarda compartilhada pode enfrentar obstáculos fáticos intransponíveis, como a mudança de domicílio de uma das partes separandas, cuja fixação levaria o filho a alternar não apenas o local físico (casa), mas, também, a própria cidade.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) possui entendimento consolidado quanto à regulamentação da guarda exclusiva e a preferência da mãe para o seu exercício (JC 41/150). Recentemente, contudo, o TJSC esboçou mudança desta postura:

<sup>44</sup> PEREIRA, Sérgio G. *A guarda conjunta de menores*. Ajuris, 36/53.

<sup>45</sup> TEYBER, Edward *apud* GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAMARE, Rinaldo de. *A vida dos nossos filhos*. 13. ed. São Paulo: Block, 1998. p. 174.

Situações excepcionalíssimas, lastreadas em estudos abalizados, permitem a alternância da guarda de infante por prazo determinado, haja vista preponderar o seu sadio desenvolvimento físico-psicológico em contraste com o hermetismo de normas jurídicas ortodoxas.<sup>46</sup>

No corpo deste voto, o qual restou vencido, foi trazida conclusão de estudo realizado por Sérgio Eduardo Nick (baseado em estudo norte-americano), citando vantagens na fixação da guarda compartilhada: melhoras na auto-estima; paciência; atividade e desenvolvimento psico-emocional, dentre outras. A citação, contudo, não menciona dados importantes para a análise das conclusões, como, por exemplo, se o estudo foi realizado em casos de separação litigiosa ou consensual.

Este entendimento, entretanto, não prevaleceu diante dos argumentos já consolidados na literatura e nos tribunais, tendo o TJSC mantido sua tradição e decidido da seguinte forma:

Embargos infringentes - guarda de filho menor - culpa de ambos os cônjuges, na separação - discussão acerca da permissibilidade do infante permanecer sob a guarda da mãe, com direito a visita pelo pai ou se deve ser deferida a guarda por seis meses, para cada um dos progenitores. – ‘Concedida a separação judicial, com base no art. 5º caput, da Lei nº 6.515/77, e, se pela separação foram culpados ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe. Aplicação do art. 10, §1º. da Lei do Divórcio’.<sup>47</sup>

Sendo assim, diante dos argumentos supra expostos, a guarda conjunta somente seria admissível em ações de separação judicial consensual, e, mesmo assim, condicionada à demonstração inequívoca de que a medida não traria prejuízos aos filhos, pois, caso contrário, deve o magistrado negar-se a homologar o acordo.

#### 4.11 PRINCIPAIS VANTAGENS E DESVANTAGENS

As principais vantagens são permitir um maior contato dos filhos com ambos os pais após a separação ou divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles. A guarda compartilhada favorece o envolvimento do genitor não guardador no cuidado aos filhos. As mães, com quem regularmente ficam os filhos, são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos de vida.

<sup>46</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Voto vencido proferido pelo Des. Eder Graf – relator. Embargos Infringentes 97.002157-7, da Capital.

<sup>47</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC nº 18.762. Rel. Des. João Martins. Embargos Infringentes 97.002157-7. Relator Des. Wilson Guarany.

Salienta ainda Eduardo de Oliveira Leite: “a guarda conjunta apresenta um resultado praticamente igual de recomposição da vida familiar para ex-esposas e ex-maridos, reafirmando a igualdade desejada pelo texto constitucional”.<sup>48</sup>

Como desvantagens são apontadas as tentativas de centrar a guarda compartilhada na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais, na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como meio para negociar menor valor da pensão alimentícia, e na sua viabilidade para famílias de classe socioeconômica mais baixa.

As críticas que são feitas contra o modelo, como a privação da necessária estabilidade e segurança emocional do menor, são veementemente rebatidas, enquanto confundem estadia alternada com exercício alternado da autoridade parental.

A criança pode e deve privar da presença dos dois genitores. Pode passar um período com a mãe e, igualmente com o pai, sem que, portanto, se estabeleçam rigidamente períodos alternados com um ou com outro genitor. A residência continua sendo única, o que não impede o deslocamento da criança.

Neste ponto, as críticas da instabilidade levantadas à guarda alternada não encontram sustentação. A mudança regular de residência, com todos os efeitos que daí decorrem, inexistente na guarda conjunta. Ambos os pais exercem direitos iguais, independentemente da necessidade da fixação de uma residência única. Esta funciona como ponto de referência a partir do qual se irradiam os direitos e deveres de ambos os genitores.

A guarda compartilhada encontra, no direito brasileiro ampla admissibilidade, seja à vista do texto constitucional, seja com amparo na Lei do Divórcio, ou ainda, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que esses diplomas privilegiam, fazendo eco com as normativas internacionais, os melhores interesses da criança como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento.

#### 4.11.1 Vantagens

Quanto aos pais: Ambos os pais se mantêm guardadores, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos. Qualificação na aptidão de cada um deles (eleva a auto-estima). Equiparação dos pais quanto ao tempo livre para organização de suas vidas pessoais e profissionais (ambos os pais sofrem menos de sobrecarga). Compartilhamento do atinente aos gastos de manutenção dos filhos levando a divisão

---

<sup>48</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 285.

equitativa das despesas com filhos, evitando sentimentos de revolta e injustiça por parte do genitor que se sente prejudicado. Maior cooperação o que leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência os benefícios dos filhos. Diminuição dos sentimentos de culpa e frustração. Possibilita a reconstrução de suas vidas pessoal, profissional e psicológica. Assegura ao menor o direito de ter dois pais continuamente em sua vida. Eleva o grau de satisfação. Facilita a comunicação entre todos os membros da família, colocando os pais menos sujeitos a manipulações por parte dos filhos.

Quanto aos filhos: Menor exposição a conflitos. Assegura uma convivência igualitária com cada um dos pais. Diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda exclusiva. Facilita a inclusão no novo grupo familiar de cada um dos pais. Não há pais periféricos. Muitas vezes consegue que os pais sejam mais próximos e participantes da vida dos filhos do que antes da separação. Maior comunicação entre os pais e entre pais e filhos. Diminui os conflitos de lealdade. Provoca uma tendência menor dos pais a usarem os filhos como armas para atacar os ex-cônjuges. Ajuda a diminuir eventuais sentimentos de tristeza, solidão e rejeição por parte dos filhos uma vez que permite o acesso sem dificuldade a ambos os pais. Ambos os genitores participam mais direta e igualmente de proibições advindas do estabelecimento de normas e das gratificações que, em geral, são mais intensas nos momentos de lazer. Favorece o desenvolvimento da criança pois proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando os processos de socialização e identificação. Vivenciar os pais unidos na proteção de seus interesses e cuidados fortalece a auto-estima da criança. Bom modelo de relações parentais.

#### 4.11.2 Desvantagens

Quanto aos pais: Maiores custos (moradias apropriadas). Obriga a permanência dos pais no mesmo lugar (bairro, cidade, Estado) onde vive o grupo familiar. Constante adaptação. Necessidade de emprego flexível dos pais.

Quanto aos filhos: Adaptação a duas moradias. Problemas logísticos.

#### 4.12 JURISPRUDÊNCIAS

A corrente majoritária na literatura não recomenda a guarda compartilhada em nenhuma hipótese.

Sobre o tema, opina Rinaldo de Lamare: “A prática de passar 6 (seis) meses com um e 6 (seis) meses com outro é péssima. O melhor é o ano escolar com um e férias, ou então fins de semana com outro”.<sup>49</sup>

Ana Gracinda Queluz e Ana Maria Cordeiro recomendam a manutenção do *status* da criança, em contraponto com a guarda compartilhada:

Mudar de ambiente significa romper os laços com um espaço conhecido, íntimo, que tem muito haver conosco. Embora a criança não participe muito da arrumação da casa, ela levou algum tempo até conquistar esse espaço, entendê-lo, ganhar intimidade. De repente, sente que deve começar tudo de novo, e isso a perturba. Para algumas pequenas pode parecer ameaçador.<sup>50</sup>

Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Morta publicaram artigo abordando o tema, e defenderam que:

Dado o litígio entre os pais, é importante que, uma vez decidida a custódia, os filhos possam permanecer em companhia permanente e contínua de um só genitor, aquele que for mais adequado às suas necessidades, segundo uma orientação educacional e assistencial uniforme e estável.<sup>51</sup>

Quanto à preferência na determinação da guarda, os autores recomendam que a criança deve permanecer com a mãe, principalmente quando em tenra idade. Assim entende Edgard de Moura Bittencourt:

Os laços maternos são indispensáveis ao desenvolvimento psicológico da criança, tanto que a ruptura desses arrasta conseqüências desastrosas, oscilando entre a simples timidez e dissimulação, até os casos mais graves, de agressividade, de furto, mentiras ... e problemas de ordem sexual.<sup>52</sup>

Ana Gracinda Queluz e Ana Maria Cordeiro atribuem à mãe a ponte para a vida do filho:

O que é ser ponte para o mundo? É, possivelmente, o papel mais importante da mãe em relação ao filho. Se o bebê precisa mamar no peito durante seis meses para ter boa saúde e estar protegido contra várias doenças; se depende da mãe para trocar as fraldas, tomar banho, resolver seus desconfortos; se não tem autonomia, só se movimentando com sua ajuda, dela necessitando fisicamente (ou de alguém que a substitua), mostra ainda uma outra dependência: ele só conhece do mundo aquilo o

<sup>49</sup> LAMARE, Rinaldo de. *A vida dos nossos filhos*. 13. ed. São Paulo: Block, 2001. p. 47.

<sup>50</sup> QUELUZ, Ana Gracinda; CORDEIRO, Ana Maria. *Tempo de ser criança*. v. IV. Coleção Primeiro Mundo, Rio de Janeiro: Rio Gráfica, 1999.

<sup>51</sup> MARRACCINI, Eliane Michelini; MORTA, Maria Antonieta Pisano. Revista dos Tribunais n 716, p. 346.

<sup>52</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: Universitária de Direito, 1981.

que a mãe lhe permite conhecer; só experimenta aquilo o que a mãe o deixa experimentar; só recebe os estímulos que a mãe lhe oferece.<sup>53</sup>

D. W. Winnicott vai mais além:

O amor de mãe é algo semelhante à uma força primitiva. Nele se configuram o instinto de posse, o apetite e até certo ponto elemento de contrariedade, em momento de exasperado humor, e há nele generosidade, energia e humildade também.<sup>54</sup>

Aliás, amor, só de mãe, como constatou Drauzio Varella:

As famílias madrugam na porta, mulheres na imensa maioria. São namoradas, esposas, irmãs, tias e a inseparável mãe, difícil de abandonar o filho preso, por mais crápula que ele seja. Em dez anos na cadeia, assisti a tais demonstrações de amor materno que, confesso, encontrei sabedoria no dito: amor, só de mãe.<sup>55</sup>

Os Tribunais respaldam o entendimento doutrinário. Neste sentido:

A chamada 'custódia conjunta', importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da responsabilidade do mesmo.<sup>56</sup>  
... manter a guarda dos filhos menores com a mãe, naturalmente mais predisposta a tanto; na medida razoável, é manter a situação existente, sendo de considerar que as mudanças no regime sempre podem trazer problemas de ordem emocional nas crianças.<sup>57</sup>

Também neste sentido: RT 238/264; 516/213; 523/123; 627/126 e 733/333; e RJTJRS 113/428.

A divergência existe. A corrente majoritária, tanto na literatura especializada como na jurisprudência, defendem que a guarda compartilhada é prejudicial ao bem estar psico-emocional dos filhos, devendo, por esta razão, ser evitada. Autores como Edward Teyber e Sérgio Eduardo Nick (já citados) recomendam a medida, dentro de alguns critérios.

Entretantes, falta ainda, na literatura, estudo realmente isento e abrangente sobre a questão, levando em consideração os aspectos sociais, culturais e econômicos brasileiros.

#### 4.13 A GUARDA COMPARTILHADA E O NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil brasileiro representa inegável avanço ao adequar a legislação civil à Constituição, em especial no que se refere ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. O artigo 5º, I, da Carta estabelece expressamente que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" e o artigo 226, parágrafo 5º, diz que "os direitos

<sup>53</sup> QUELUZ, Ana Gracinda; CORDEIRO, Ana Maria. *Tempo de ser criança*. v. IV. Coleção Primeiro Mundo, Rio de Janeiro: Rio Gráfica, 1999.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo. Companhia das Letras, 1999. p. 51.

<sup>56</sup> RT573/207.

<sup>57</sup> RJP, 59/42.

e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O projeto do Código Civil inova na medida em que elimina normas discriminatórias de gênero, como, por exemplo, as referentes à chefia masculina da sociedade conjugal; à preponderância paterna no Poder Familiar e à do marido na administração dos bens do casal, inclusive dos particulares da mulher; à anulação do casamento pelo homem, caso ele desconheça o fato de já ter sido a mulher deflorada; e à deserdação de filha desonesta que viva na casa paterna.

E introduz expressamente conceitos como o de direção compartilhada, em vez de chefia masculina na sociedade conjugal; como o de poder familiar compartilhado, no lugar da prevalência paterna no mesmo; substitui o termo *homem*, quando usado genericamente para se referir ao ser humano, pela palavra *pessoa*; permite ao marido adotar o sobrenome da mulher; e estabelece que a guarda dos filhos passe a ser do cônjuge com melhores condições de exercê-la; e outros aspectos.

No que é pertinente à guarda dos filhos, pelo Código Civil de 1916, a mãe somente perde a sua guarda por vontade própria, ou quando se prova que esta sofre de grave doença mental; padece de mal do alcoolismo; for viciada em algum tipo de droga; pratica atos obscenos e libidinosos na frente dos filhos ou aos mesmos impõe verdadeiro abandono material, que os tribunais somente entendem que ocorre quando a virago uma pensão e não a utiliza em benefício dos filhos, deixando-os desprovidos do melhor sustento.

O novo Código Civil, inovando no regime de guarda dos filhos, admite a guarda compartilhada, postergando uma maior liberdade de deslocamento dos filhos entre as casas materna e paterna.

## 5 CONCLUSÃO

Com este trabalho, foi possível perceber que quando a família permanece unida, o poder familiar é exercido pelos dois genitores igualmente, no entanto, ao ocorrer uma ruptura desta união, as funções inerentes a este poder se dividem, e as decisões relativas ao menor passam a ser tomadas por apenas um dos pais, que é aquele que detém a guarda material de seu filho.

Ao contrário do que acontecia antigamente, onde os pais eram privilegiados quanto a guarda, hoje, o interesse do menor é o principal elemento na escolha desta. Em virtude disso, buscou-se um modelo que atendesse este fim e que respeitasse a igualdade entre os genitores, fazendo com que ambos pudessem participar conjuntamente no exercício das funções parentais. Tal espécie foi encontrada e denomina-se guarda compartilhada ou conjunta, mas, infelizmente, ao contrário dos outros países, é pouco utilizada no nosso ordenamento jurídico.

Do ponto de vista técnico-jurídico, a guarda conjunta é a que incumbe aos dois genitores o dever de guardar seus filhos, fazendo com que os pais cooperem entre si, dando o direito aos filhos de continuarem tendo um pai e uma mãe presentes na sua vida, mesmo após a desunião destes.

Na legislação alienígena, a guarda compartilhada não só é reconhecida como também é assegurada aos filhos menores de pais separados, mantendo assim, as relações parentais que antes existiam.

Na legislação interna, os direitos narrados acima, como o do melhor interesse do menor e a igualdade de gêneros vêm assegurado em dispositivos legais importantes, tais como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Divórcio e o Código Civil, permitindo, inclusive que o juiz, julgando ser o mais apropriado para o menor, decida diferentemente do que é acolhido em nosso direito.

Este tipo de guarda é o mais justo, ainda que apresente problemas, tanto para os genitores quanto para os filhos, pois permite que estes se relacionem mesmo não morando juntos.

A guarda conjunta estimula ainda o cumprimento do dever de alimentar do genitor que não detém a guarda física, pois estando em contato direto com a vida do seu filho, ele tem conhecimento das necessidades do mesmo, o que não ocorre nas demais guardas, que por funcionarem de modo uniparental, acaba afastando o genitor não-guardião das carências de seu filho.

A visitação do genitor que não possui a guarda material do menor, na guarda compartilhada dá-se de maneira diferente porque é baseada na continuidade das relações parentais.

Os problemas emocionais que envolvem os filhos começam com as crises conjugais e aumentam com as mudanças oriundas da separação dos pais, incluindo nestas, a saída de um dos genitores do lar familiar. Contudo, todo este sofrimento pode ser minimizado pela continuidade da relação parental entre a criança ou adolescente com o genitor periférico.

Portanto, havendo a possibilidade da instauração da guarda compartilhada, não entende-se porque os tribunais, em sua maioria, continuam a utilizar modelos que não condizem com a realidade atual, como é o caso da guarda única, onde esta só deverá ser concedida quando fosse prejudicial para o menor a guarda conjunta.

No entanto, esta guarda só será efetivamente viabilizada quando a sociedade e os magistrados se conscientizarem que os dois pais estão, a princípio, aptos a exercer a criação de seus filhos.

Assim, pode-se concluir que é importante e necessária a guarda compartilhada no ordenamento jurídico interno, mas é preciso ressaltar, que o juiz, com o poder conferido por lei, pode analisar cada caso, e aplicar-lhe a melhor solução para o menor.

## REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.5: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BANDEIRA, Marcos António Santos. *Guarda e tutela na prática forense*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: Universitária de Direito, 1981.
- BRASIL. *Lei n 6.515, de 26 dez 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 210 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Lei n 8.069, de 13 jul 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Lei n 9.278, de 10 mai 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 21 jul 2016.
- \_\_\_\_\_. *Lei n 10.406, de 10 jan 2002*. Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAMARGO, Joecy Machado. Guarda e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo Oliveira (coord). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. *Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/guarda.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FELIPE, Jorge A. F. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Guarda: Estatuto da Criança e do Adolescente*. Curitiba: Juruá, 1999.

FIÚZA, Cezar. *Direito Civil: curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GIORDINI, Mário Curtis. *Antiguidade clássica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1965.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONTIJO, Segismundo. *Informativo ADV-COAD*, n. 44.

GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAMARE, Rinaldo de. *A vida dos nossos filhos*. 13. ed. São Paulo: Block, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Guarda dos filhos: uma questão que ultrapassa os limites da lei*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Sérgio G. *A guarda conjunta de menores*. *Ajuris*, 36/53.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

QUELUZ, Ana Gracinda; CORDEIRO, Ana Maria. *Tempo de ser criança*. v. IV. Coleção primeiro mundo. Rio de Janeiro: Rio Gráfica, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo; RODRIGUES, Oriama Valente Santos Brabo. *Manual da guarda do direito da criança e do adolescente. Doutrinas, jurisprudência, prática e legislação*. Belém: CEJUP, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. v. 6. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTINI, José Raffaelli. *Adoção - guarda: medidas sócio-educativas, doutrina e jurisprudência - prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandirú*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1999.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.