

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER  
CURSO DE DIREITO**

**SONIA VIEIRA DA CUNHA TEODORO**

**GUARDA COMPARTILHADA: QUEBRA DE PARADIGMAS  
OBJETIVANDO O FIM DO PREDOMÍNIO DA GUARDA  
MATERNA**

**RUBIATABA – GO  
2007**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER  
CURSO DE DIREITO**

**SONIA VIEIRA DA CUNHA TEODORO**

**GUARDA COMPARTILHADA: QUEBRA DE PARADIGMAS  
OBJETIVANDO O FIM DO PREDOMÍNIO DA GUARDA MATERNA**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Monalisa Salgado Bittar.

**SONIA VIEIRA DA CUNHA TEODORO**

**GUARDA COMPARTILHADA: QUEBRA DE PARADIGMAS  
OBJETIVANDO O FIM DO PREDOMÍNIO DA GUARDA MATERNA**

COMISSÃO JULGADORA  
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADA PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientadora \_\_\_\_\_

Monalisa Salgado Bittar  
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Professora de Monografia \_\_\_\_\_

Geruza Silva de Oliveira  
Mestre em Sociologia

Examinadora \_\_\_\_\_

Caroline Naves Torres Borges Junqueira  
Especialista em Direito Civil

**Rubiataba, 18 de dezembro 2007.**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que de alguma forma contribuíram para que fosse possível realizá-lo.  
Aos que pacientemente me ouviram.  
Aos que criticaram... Pois me fizeram crescer...  
Aos que questionaram, por que me levaram ao aprofundamento do tema.  
E em especial à minha família que soube entender, ainda que relutante, minha ausência nos inúmeros finais de semana de estudos, mas que, em meu retorno, me acolheu e deu forças para seguir!

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela proteção integral nos quilômetros percorridos todos os dias!

Ao meu marido Jairo José Teodoro, minha metade, meu ponto de equilíbrio, ora me dando força para prosseguir, ora me fazendo desacelerar!

Ao professor Walter Pereira da Silva, pessoa fundamental no início do curso. Seu otimismo me fez 'apaixonar' pelo Direito e pela advocacia!

Ao professor Antonio Diurivê Ramos Jubé Pedroza, por ter me mostrado a "chave do tesouro" com seus posicionamentos na disciplina Direito Processual Civil!

Aos que não me compreenderam!!!

Aos amigos, Tânia, Eleone, Idelci e Luciana. Verdadeiros cúmplices nesses anos!

“Se queremos progredir, não devemos repetir a história, mas fazer uma história nova”.  
Mahatma Gandhi

**RESUMO:** GUARDA COMPARTILHADA REFERE-SE A UM AMBIENTE FAMILIAR ORIENTADO PARA MANTER O VÍNCULO AFETIVO E O RELACIONAMENTO FAMILIAR DOS FILHOS COM OS PAIS APÓS A DISSOLUÇÃO CONJUGAL. O ROMPIMENTO DESSA SOCIEDADE CONJUGAL OCASIONA, EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES, MUITOS EFEITOS NEGATIVOS. O PRINCIPAL CHOQUE SOFRIDO PELOS FILHOS, ENVOLTOS EM UM CLIMA DESAGRADÁVEL DE UMA SEPARAÇÃO, CONCERNE, MAIS PRECISAMENTE, AO CARÁTER PSICOLÓGICO FORMADOR DE SUA PERSONALIDADE. A NOVA FORMA DE GUARDA ESTIMULA OS FILHOS A PERCEBEREM QUE PAI E MÃE ESTÃO ENVOLVIDOS E COMPARTILHAM A RESPONSABILIDADE POR SUA EDUCAÇÃO. O CONVÍVIO DIÁRIO COM OS PROGENITORES ATENUA OS CHOQUES SOFRIDOS COM A SEPARAÇÃO DOS PAIS, ALÉM DE EVITAR COMPETIÇÕES DESAGRADÁVEIS E PREJUDICIAIS À FAMÍLIA, PRINCIPALMENTE AOS FILHOS. MOSTRA VÁRIOS BENEFÍCIOS EM RELAÇÃO A OUTROS MODELOS DE GUARDA, SOBRETUDO POR ATENDER COM MAIS EFICÁCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA TORNA-SE NECESSÁRIA PARA QUE HAJA UMA AMPLA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO AOS FILHOS QUE SOFREM OS CHOQUES EMOCIONAIS CAUSADOS PELA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.

**PALAVRAS-CHAVE:** PODER FAMILIAR. SEPARAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

**ABSTRACT:** SHARED PARENTING REFERS TO A FAMILY-ORIENTED ENVIRONMENT THAT PROMOTES A WAY OF KEEPING THE AFFECTION LINK AND FAMILY RELATIONSHIP OF CHILDREN WITH THEIR PARENTS AFTER CONJUGAL DISSOLUTION. THIS RELATIONSHIP BREAKUP CAUSES YOUNG CHILDREN AND TEENAGERS A NUMBER OF BAD CONSEQUENCES. THE MAIN SHOCK SUFFERED BY THE CHILDREN, WHO LIVE IN THIS SORT OF UNCOMFORTABLE SURROUNDING, IS RELATED, MORE PRECISELY, TO THE PSYCHOLOGICAL CHARACTER THAT SHAPES THEIR PERSONALITY. THIS NEW MODEL OF PARENTING ENCOURAGES CHILDREN TO KNOW BOTH PARENTS ARE INVOLVED AND SHARE RESPONSIBILITY IN THEIR UPBRINGING. AND THE LIVING TOGETHER WITH BOTH PARENTS MITIGATES THE SHOCK CAUSED BY THEIR PARENTS' SEPARATION, BESIDES BEING A WAY OF AVOIDING COMPETITION IN THE HOME, WHICH CAN BE BAD TO ALL THE FAMILY, MOSTLY THE CHILDREN. IT PRESENTS BENEFITS IN RELATION TO OTHER TYPES OF PARENTING SPECIALLY FOR BETTER SERVING THE INTERESTS OF THE CHILDREN. THE LEGAL REGULATION OF SHARED PARENTING MAKES IT NECESSARY EFFECTUATION SO THAT THERE IS WIDER PROTECTION FOR THE CHILDREN WHO SUFFER THE TRAUMAS CAUSED BY CONJUGAL DISSOLUTION.

**KEYWORDS:** FAMILY POWER. SEPARATION. SHARED PARENTING. LEGAL REGULATION

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1.PODER FAMILIAR</b> .....	12
1.1 Abrangência do poder familiar.....	13
1.2 Conteúdo do poder familiar.....	16
1.3 Suspensão do poder familiar.....	20
1.4 Casos de sua destituição.....	22
1.5 Extinção do poder familiar.....	23
<b>2. PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO AMIGÁVEL, LITIGIOSA E NA SEPARAÇÃO DE FATO</b> .....	25
2.1 Proteção à pessoa dos filhos na separação amigável.....	25
2.2 Proteção aos filhos na separação litigiosa.....	28
2.3 Proteção aos filhos na separação de fato.....	30
2.4 A Proteção na Legislação Brasileira: o artigo 1.584 do Código Civil.....	32
<b>3. GUARDACOMPARTILHADA</b> .....	36
3.1 Origem, Conceito e aplicabilidade.....	38
3.2 Fundamentos da guarda compartilhada.....	41
3.2.1 Interesse do menor.....	42
3.2.2 Fundamentos psicológicos.....	43
3.2.3 Igualdade dos genitores.....	44
<b>4. A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE</b> .....	46
4.1 Educação.....	47
4.2 Residência.....	48
4.3 Alimentos e visitas.....	50
4.4 Guarda compartilhada e o ordenamento jurídico brasileiro.....	51
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	57
<b>ANEXOS</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

A pesquisa que aqui se apresenta é de cunho bibliográfico, qual seja por meio da compilação de ideais de diferentes doutrinadores e objetiva analisar o instituto da guarda compartilhada, mostrando a sua relevância no campo teórico e prático e os efeitos da mesma em relação aos filhos, sobretudo os de pouca idade, após a separação da sociedade conjugal. Tratar-se-á de focalizar os interesses do menor, em especial no campo afetivo, baseando-se nos elementos da convivência e da responsabilidade parental compartilhada entre os pais.

A relevância do tema se justifica em função às profundas mudanças ocorridas na sociedade, principalmente no que diz respeito à família e às relações entre pais e filhos após a ruptura dos laços conjugais. O tema escolhido é atualíssimo e de grande significado social, pois os modelos atuais de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apenas privilegiam um dos genitores em detrimento do outro.

O progenitor que não tem a guarda física termina, paulatinamente, se afastando dos filhos e ocasionando o rompimento do vínculo familiar, desta maneira, a sensação de dissolução da família se perpetua, desencadeando efeitos psicológicos negativos no menor, entre eles os desajustes de personalidade.

Os efeitos psicológicos negativos igualmente se fazem presentes na pessoa dos genitores, uma vez que, envolvidos em um ambiente repleto de rancor, quase sempre verificado diante de uma separação, as decepções, frustrações, e o sentimento de culpa, assolam uma ou ambas as partes.

A guarda compartilhada tem como princípio privilegiar os interesses da criança e do adolescente ao minimizar os impactos causados pela separação dos pais. O novo padrão busca atingir esse objetivo ao oferecer o cumprimento dos direitos inerentes à sua condição de pessoa em desenvolvimento, em particular a participação conjunta dos pais no seu cotidiano.

Na esfera doutrinária, é pouco o acervo bibliográfico dedicado ao tema em análise, embora tenha ocorrido um aumento significativo nas publicações a respeito do assunto. Uma das causas dessa escassez está no fato de que, no Brasil, a guarda compartilhada ainda não foi regulamentada.

A doutrina e a produção científica sobre o tema colaboram para a ampliação do seu campo de conhecimento tornado mais propícia a sua aceitação, tanto no meio social quanto no meio jurídico. Diversas são as obras utilizadas na pesquisa, além das principais disposições legais atinentes ao tema, como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre as obras pesquisadas, destaca-se, entre outras, a da Mestre Ana Maria Milano Silva, intitulada *A Guarda Compartilhada: Posicionamento Judicial*.

O conceito de Poder Familiar será objeto de análise no primeiro capítulo, onde se fará uma abordagem sobre o mesmo e suas principais características. No segundo capítulo há uma breve exposição sobre a proteção à pessoa dos filhos na separação amigável, litigiosa, de fato e à luz da legislação brasileira, mormente o artigo 1.584 do atual Código Civil.

No capítulo três, após algumas considerações sobre origem, conceituação e aplicabilidade da guarda compartilhada, serão analisados os fundamentos da mesma, o interesse do menor e os dispositivos legais considerados autorizadores da aplicação desse modelo de guarda, bem como a posição da jurisprudência pátria e as principais conseqüências advindas da sua adoção.

Os aspectos sobre a guarda compartilhada na prática, onde se dará ênfase à educação, residência, alimentos e visitas e a legislação brasileira pertinente serão tratados no quarto capítulo.

## 1. PODER FAMILIAR

O pátrio poder encontra sua gênese em ocasiões muito distantes, indo além das fronteiras culturais e sociais, chegando ao ponto que seu aparecimento se dá a partir do tempo em que os homens passaram a coexistirem em grupos, clãs, e outros modelos de sociedade, aparecendo assim a obrigação da existência de um “poder familiar” para conseguir garantir a paz social, ou seja, a consonância da sociedade.

Assim sendo, o velho pátrio poder modifica, no Código Civil de 2002, para Poder Familiar. No tempo do antigo Código Civil – 1916 – quem praticava o poder sobre os filhos era o pai e não se articulava no poder dos pais (pai e mãe). Mas tal conjuntura mudou e hoje a responsabilidade sobre os filhos é de ambos os genitores. Por isso, também é que Santos Neto (1994, p. 133) define o poder familiar como:

*[...] um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.*

Esse poder atribuído ao mesmo tempo e de igual modo, a ambos os progenitores e desempenhado a favor do bem-estar dos filhos menores, acontece em virtude de uma obrigação comum, natural, uma vez que todo indivíduo, no decorrer de sua infância, carece de alguém que o crie, ensine, proteja, auxilie, preserve e zele de seus interesses, conduzindo sua pessoa e seus bens. Diniz, (2006, p. 529), assevera que “*Com o escopo de evitar o jugo paterno-materno, o Estado tem intervindo, submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle ao limitar, no tempo, esse poder; ao restringir o seu uso e os direitos dos pais*” Por efeito ao exposto, sabe-se que o poder familiar, à luz do olhar de Diniz (2006, p. 529) é:

*Um munus público, isto é, uma espécie de função correspondente a um*

*cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever; que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. É irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele. É inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso;*

Todavia a legislação pertinente afirma que há exceção a essa regra, quais sejam, *in verbis*:

*É a delegação do poder familiar, desejada pelos pais ou responsáveis, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor<sup>1</sup>. Essa delegação era reduzida a termo, em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, dele constando advertência sobre os direitos e deveres decorrentes do instituto<sup>2</sup>. É imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-la; somente poderão perdê-la nos casos previstos em lei. É incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar. Conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência<sup>3</sup>.*

Dessa maneira, o poder familiar como é designado no novo Código Civil trata-se de um direito natural, tendo, por conseguinte alterado suas características com o decorrer da evolução da sociedade.

## **1.1 Abrangência do poder familiar**

O estágio do poder familiar, em relação aos filhos menores, é de competência dos progenitores, devendo os dois dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda independentemente de quem exerce a guarda exclusiva.

Com apoio nos exemplos de Diniz (2006, p. 530), “*poder-se-á examinar a titularidade do poder familiar, no direito brasileiro, separando a hipótese-padrão das situações*

---

<sup>1</sup> Art. 21 do Código de menores de 1979

<sup>2</sup> Art. 23, § único do Código de Menores

<sup>3</sup> Art. 1634, VII do Código Civil de 2002

*patológicas*”. Já para Gomes, (1999, p. 413). “*A hipótese-padrão é a da família na qual o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo enlace matrimonial ou pela união estável, sendo ambos plenamente capazes*”

Nesta circunstância o poder familiar é simultâneo, o exercício é de ambos os cônjuges ou conviventes; havendo divergência entre eles, qualquer deles tem o direito de recorrer ao juiz para a solução do problema, evitando-se que a decisão seja inexorável. Correto é o que diz o artigo 1.631 parágrafo único do Código Civil, *in verbis*:

*Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.*

Segundo Diniz (2006, p. 531-532), as situações anormais podem ocorrer nos seguintes termos:

*Na família matrimonial quando os cônjuges estiverem vivos e bem casados, porém o poder familiar será exercido só pela mãe se o pai estiver impedido de exercê-la por ter sido suspenso ou destituído do munus público ou por não poder, devido a força maior, manifestar sua vontade; os consortes estiverem separados judicialmente ou divorciados, ou os conviventes tiverem rompido a união estável, pois embora a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não alterem as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito que aos primeiros cabe de terem em sua companhia os segundos, o exercício do poder familiar pode ser alterado pela atribuição do direito de guarda a um deles. Nada obsta que se decida pela guarda compartilhada, caso em que o exercício do poder familiar competirá ao casal parental, visto que o casal conjugal deixou de existir.*

Gomes (1999, p. 414) assevera que “*se, porventura, a guarda dos filhos ficar, por sentença judicial, com pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, o poder familiar continuará a ser exercido pelos pais, subsistindo o direito ao recurso judicial*”. Diniz (2006, p. 531 – 532) em conformidade com o Código Civil de 2002, observa que tais situações ocorrem quando:

*O vínculo conjugal se dissolve pela morte de um dos cônjuges, caso em que o poder familiar competirá ao consorte sobrevivente; assim, se um dos genitores falecer, o viúvo assumirá sozinho o poder familiar e o conservará, ainda que venha a convolar novas núpcias ou formar união estável, exercendo-o sem qualquer interferência do novo cônjuge ou convivente.*

Da mesma forma dispõe o artigo 1.636, parágrafo único, do atual Código Civil, *in verbis*:

*O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relaciona mento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.*

A situação anormal apresentada na família matrimonial poderá se dar na entidade familiar formada pela união estável em caso de morte de um dos conviventes, de perda ou suspensão do poder familiar por um deles ou de ruptura da convivência. Nessas hipóteses, as mesmas soluções, por analogia, deverão ser aplicadas. Há que se observar aqui o posicionamento de Gomes (1999, p. 413 – 417) sobre tais modalidades de família, quando afirma que:

*Na família não-matrimonial quando (a) o filho for reconhecido pelos dois genitores, simultânea ou sucessivamente, estabelecendo, assim, o parentesco, ficará sujeito ao exercício do poder familiar de um deles, se não viverem em união estável, tendo o outro o direito de visita, a não ser que, no interesse dele, o juiz decida de modo contrário; (b) o filho for reconhecido apenas por um dos pais, sujeitar-se-á ao poder familiar de quem o reconheceu. Na família civil quando (a) o filho adotivo for adotado pelo casal, como se equipara ao filho matrimonial, aos pais adotivos competirá o exercício do poder familiar; (b) o filho adotivo for adotado só pelo marido, a este caberá o exercício exclusivo do poder familiar; e (c) o filho adotivo for adotado apenas pela mulher; a esta há de competir, exclusivamente, o poder familiar.*

Igualmente há disposição no artigo 1.630 do Código Civil, *in verbis* “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. E Monteiro (2002, p. 277) esclarece que “os

*não reconhecidos, ante o fato de ser a maternidade em regra sempre certa, submeter-se-ão, enquanto menores, ao poder familiar da mãe”, bem ainda o Artigo 1.633 do Código Civil a respeito da mãe garante que, in verbis: “O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.”.*

## **1.2 Conteúdo do poder familiar**

O poder familiar, que na verdade é mais dever do que poder propriamente dito converteu-se em obrigação inventada como incumbência legalmente conferida a alguém, em virtude de certas situações, a que não se pode esquivar. O poder familiar dos pais é carga que a sociedade estabelecida a eles confere, em virtude da conjuntura da familiaridade no interesse dos filhos. O exercício do encargo não é livre, mas necessário no interesse de outrem. A respeito afirma Perlingieri (1997, p. 129) *“um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los”.*

Encontra-se no *Caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 o conjunto mínimo de deveres confiados à família, mormente ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, *in verbis*:

*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Naturalmente, esse complexo de deveres deixa pouco lugar ao poder. São deveres jurídicos que correspondem respectivamente a direitos, cujo titular, é o filho. De acordo com Veloso (2002, p. 361) *“o poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados”.*

Observando a legislação que trata do menor não emancipado, verifica-se que, segundo o artigo 1.634 do novo Código Civil, *in verbis*:

*Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.*

Isto é reafirmado pela primeira parte do artigo 229 da Carta Maior e pela Lei 8.069/90. Ainda a referida – Lei Estatuto da Criança e do Adolescente – afirma que, “*cumpram (pais) assegurar, com absoluta prioridade a efetivação dos direitos [...] facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade.*” A norma jurídica preceitua que é de responsabilidade dos pais dirigirem a criação e educação dos filhos, mas nada acrescenta sobre a maneira como devem criá-los e muito menos como devem efetuar os encargos parentais. Isto é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é regida pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, e pela conveniência das decisões tomadas.

Podem, ainda, usar de forma mitigada, seu direito de correção, como confirmação do dever de educar, pois o poder familiar não poderia ser desempenhado, de forma efetiva, se os pais não pudessem repreender seus filhos para ensiná-los. Contudo, é necessário elucidar que mesmo os pais sendo autorizados, por natureza, a corrigi-los, no exercício de seu poder disciplinar não estão autorizados os castigos imoderados; assim dispõe o artigo 1.638, I do Código Civil. E o artigo 136 do Código Penal, *in verbis*:

*Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze*

anos. § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

E ainda corrobora a citação anterior o artigo 1.638, I e II do Código Civil, *in verbis*: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono;” e sofrerão as sanções previstas nos artigos 244 e 246 do Código Penal para o crime de abandono material e intelectual dos menores.

Ainda expressa o artigo 1.634, II do novo Código Civil que é de competência dos pais, em se tratando de seus filhos “*tê-los em sua companhia e guarda*”. Como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor.

De igual modo, como os pais têm o direito de ter a prole em sua companhia, com eles vivendo, fixam o domicílio dos filhos menores. Se os pais estiverem separados de fato, os direitos de ter os filhos em sua companhia e guarda, cabe tanto ao pai como à mãe. Se os filhos menores forem confiados à guarda da mãe, não há ofensa ao poder familiar, porque o direito de guarda é da natureza, e não da essência, do poder familiar, podendo até ser confiado a outrem.

Dentre as competências citadas, ainda se pode acrescentar, observando as leis: o poder dos pais em conceder ou negar aos filhos consentimento para casar; o poder em nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver; representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, Monteiro (2002, p. 279) leciona que “*não poderá exercer o direito de reclamar o filho o pai ou mãe que se descuida inteiramente dele ou que o mantém em local prejudicial a sua saúde*”.

Os menores deverão não só respeitar e obedecer a seus pais, mas também prestar-lhes serviços compatíveis com sua situação, participando da manutenção da família, preparando-se para os embates da vida. A fim de proteger o menor, a Consolidação das Leis do Trabalho

proíbe que trabalhe fora do lar até os 14 anos e à noite até os 18 anos. E a Lei n. 8.069/ 90, por sua vez, no artigo 60, proíbe qualquer trabalho de menores de 14 anos, a não ser na qualidade de aprendiz. Para confirmar o exposto, é bom citar o que diz o artigo 7º, XXXIII da Carta Magna, *in verbis*: “*proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos*”.

O artigo 67 da Lei 8.069/90 corrobora com a Constituição Federal de 1988 quando traz expresso, *in verbis*:

*Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; II - perigoso, insalubre ou penoso; III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.*

Na esfera patrimonial, no exercício do poder familiar, incumbe aos pais, segundo o artigo 1.689, II do Código Civil, “*a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.*”, ou melhor, como assevera Gomes (1999, p. 420) “*a prática de atos convenientes à conservação e incremento desse patrimônio, podendo celebrar contratos, como o de locação de imóveis, pagar impostos, defender judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens e aliená-los, se móveis*”.

Todavia o pai não poderá dispor dos imóveis pertencentes ao menor, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, pelo fato de que esses atos importam em diminuição patrimonial, mas Monteiro (2002, p. 282), esclarece que:

*Se provar a necessidade, a vantagem econômica ou a evidente utilidade da prole poderá o pai vender, hipotecar, gravar de ônus real os seus imóveis, desde que haja prévia autorização do juiz competente, sem necessidade de hasta pública embora o magistrado possa ordená-la, se suspeitar simulação concernente ao preço.*

No entanto, os pais não responderão pela administração dos bens do filho, a não ser que ajam com culpa, não estando, ainda, em regra, obrigados a prestar caução, nem a lhe render contas, mas só poderão reter quantias de dinheiro pertencentes ao filho se houverem garantido sua gestão com hipoteca legal.

Quanto ao usufruto sobre os bens dos filhos menores que se encontram sob o seu poder, em conformidade com Monteiro, (2002, p. 281) “*é ele inerente ao exercício do poder familiar, cessando com a inibição do poder paternal ou maternal, maioridade, emancipação ou morte do filho*”. O artigo 1.689, I do Código Civil corrobora a afirmação supra, vez que referido direito é inerente ao pátrio poder.

E, por último, há bens excluídos tanto do usufruto como da administração paternal ou maternal, cabendo sua gerência a um curador especial nomeado pelo juiz. É o que ocorre, em conformidade com o artigo 1.693 do Código Civil, *in verbis*:

*I- os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II- os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III- os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV- os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.*

Então se o indigno pudesse administrar ou usufruir os bens havidos por seu filho, em sucessão de que foi excluído, a pena a ele imposta não teria sentido, perderia sua eficácia parcialmente.

### **1.3 Suspensão do poder familiar**

Sendo o poder familiar um cargo público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder

familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação. Gomes (1999, p. 421-422) assegura que:

*Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. Por exemplo, o juiz poderá privar o pai da administração do patrimônio do filho, se lhe está arruinando os bens, restaurando-se-os com a expiração do prazo. Deveras, desaparecendo a causa que deu origem à suspensão, o pai poderá retomar ao exercício do poder familiar.*

É, pois, à luz do olhar de Rodrigues (2003, p. 370) a suspensão do poder familiar “*uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má-influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei*”.

Os fatores que determinam a suspensão do poder familiar estão arrolados, de forma genérica, no Código Civil, artigo 1.637, *in verbis*:

*Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.*

Da mesma forma assevera o Código de Processo Civil, em seu artigo 888, V, *in verbis*:

*O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;*

Como medida cautelar, demonstrada a gravidade do fato – há que se destacar aqui que gravidade significa maus-tratos, opressão ou abuso sexual – poderá ser liminar ou

incidentalmente, decretada pelo juiz, ouvindo o Ministério Público, até o julgamento definitivo, a suspensão provisória do poder familiar, da função de tutor ou da de guardador, ficando o menor confiado à autoridade administrativa competente ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade, até a decisão final, afastando, assim, o agressor da moradia comum.

O Código Penal inclui entre as interdições de direito, a incapacidade permanente ou temporária, para o exercício do poder familiar. Percebe-se, por esses dispositivos legais, que ficará suspenso do poder familiar o genitor que, conforme Rodrigues (2003, p. 372) cometer *“maus exemplos, crueldade, exploração ou perversidade, comprometer a saúde, a segurança e a moralidade do filho”*.

O juiz, para evitar continuidade de uma situação lastimável, poderá preceituar como medida provisória, a retirada do menor da guarda dos pais, até decisão final. Se a pena de suspensão for atribuída ao pai, a mãe assumirá o exercício do poder familiar; se esta já tiver falecido ou for incapaz, o magistrado indicará um tutor ao menor. A suspensão do poder familiar acarreta ao pai perda de alguns direitos em relação ao filho, mas não o exonera do dever de alimentá-lo.

#### **1.4 Casos de sua destituição**

Quando o Promotor de Justiça depara-se com a situação que envolve a institucionalização da criança ou do adolescente, em face de fatores sociais e pessoais relacionados aos genitores, deve buscar uma solução que melhor atenda aos interesses dos abrigados, qual seja, uma definição de sua situação, para viabilizar o retorno da criança ao convívio familiar (se for o caso) ou a sua colocação em família substituta.

Em relação às causas sociais, a destituição do poder familiar não se apresenta como a primeira alternativa a ser tomada pelo Promotor de Justiça, conforme Silva (2006, p. 34) *“se o abandono se deu devido à pobreza dos pais, os mesmos não serão destituídos de seus direitos e obrigações. Pela lei, deverão ser inclusos em programas oficiais de auxílio”*.

Assim sendo, o que fica claro é que a destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial<sup>4</sup>, se o juiz se convencer de que houve uma das causas que a justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos. A ação judicial, com esse fim, é promovida pelo outro cônjuge; por um parente do menor; por ele mesmo, se púbere; pela pessoa a quem se confiou sua guarda ou pelo Ministério Público. Gomes (1999, p. 423), assevera que:

*A perda do poder familiar, em regra, é permanente, embora o seu exercício possa ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso, (depois de transcorridos cinco anos a contar da imposição da penalidade). (sic).*

Segundo o artigo 1.638 do Código Civil, será destituído do poder familiar, por ato judicial, o pai ou a mãe que, *in verbis*: I- Castigar imoderadamente o filho; II- Deixar o filho em abandono; III- Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. Essa enumeração legal não é taxativa.

Se, por exemplo, for aplicada a sanção de perda de poder familiar a um dos genitores, o seu exercício passará ao outro; se este estiver morto ou for incapaz de exercê-lo, o juiz nomeará um tutor ao menor.

A doutrina e a jurisprudência legitimam o entendimento, referindo que, em benefício à criança, há de se buscar afastá-la das situações, as quais estando sobejamente comprovadas tragam risco à sobrevivência.

## **1.5 Extinção do poder familiar**

A extinção do poder familiar somente deve ocorrer caso fique evidente que não há

---

<sup>4</sup> Art. 148, § único, *b*, da Lei n. 8.069/90.

possibilidade de a criança voltar à sua família, que esta não tem interesse em recebê-la de volta ou que o comprometimento das relações familiares por espancamento, uso de drogas ou abuso sexual demonstraram que o núcleo familiar está muito enfermo e que os prejuízos para a criança seriam enormes caso ela retornasse. Deve-se buscar, nesses casos, a concordância dos pais para a facilitação do processo de extinção do poder familiar.

Extingue o poder familiar também, segundo Silva (2006, p. 34) “*se o menor tiver de seu genitor, permissão ou obrigação a trabalhos não adequados à sua idade, agressivos à sua moralidade ou formação*”. A extinção do poder familiar opera-se de igual modo, pelo mesmo direito quando, segundo o artigo 1.635 do Código Civil, *in verbis: Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.*

Contudo, a situação da criança aqui analisada é similar à de milhares de outras abrigadas no país. O Judiciário coloca-as sob a sua guarda, protegendo-as temporariamente do abandono, dos maus-tratos, da negligência, porém, não lhes dá uma nova oportunidade de reintegração social através de uma adoção, extinguindo o poder familiar daqueles que não mais estão interessados em acompanhar o destino dos filhos.

Muitos casais, em fila de espera para adoção, sequer cogitam a possibilidade de adotar essas crianças, pois, por não estarem nas listas de crianças disponíveis para adoção, não são identificadas como possíveis filhos adotivos. As crianças perdem suas chances de recomeçarem uma nova vida e os pais adotivos a de lhes oferecerem o afeto que elas tanto necessitam para sobreviver aos traumas de que foram vítimas, nessa curta fase de suas vidas.

## **2. PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO AMIGÁVEL, LITIGIOSA E NA SEPARAÇÃO DE FATO**

### **2.1 Proteção à pessoa dos filhos na separação amigável**

Na separação consensual, tanto as relações entre os cônjuges como as relações entre estes e os filhos, são disciplinadas pelo combinado no acordo. O Código Civil de 1916, em seu artigo 325, hoje substituído pelo artigo 92 da Lei número 6.515/77; Código Civil de 2002, artigo 1.583, estendendo a aplicação da regra, agora expressamente, ao divórcio consensual, determina a observação do que os *“cônjuges acordarem a respeito da guarda e sustento de seus filhos”*.

No entanto, essa combinação não impera contra o interesse dos menores. Daí o motivo por que, se sucederem situações que sugerem outro recurso, pode o juiz modificar o regime de guarda, concedendo-a ao outro genitor ou mesmo a terceiro. Conforme Rodrigues, (2003, p. 273) *“cabe ao juiz recusar a homologação do acordo ao verificar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos menores”*.

Deste modo, exemplificando, se um dos pais, que ficou com os filhos menores, oferece-se a uma vida desregrada, de escárnio e devassidão, deve o juiz aceitar o pedido estabelecido pelo outro e preceituar que a guarda lhe seja contemporizada, ou transposta para terceira pessoa, podendo ser esta um avô paterno, ou materno, ou outro parente, ou mesmo pessoa fora da família, segundo melhor ajuste às crianças. Em sua resolução, segundo Rodrigues (2003, p. 274):

*[...] é necessário que o juiz tenha cautela, pois qualquer modificação no regime vigente pode trazer imensos danos psicológicos à criança. Não deve ser severo demais ao analisar o comportamento alheio, nem excessivamente tolerante, por mera negligência.*

Relevante dificuldade que o assunto no passado apresentava e que ainda hoje por vezes se oferece, tendo em vista que a Lei do Divórcio ainda é hodierna, é concernente à guarda dos filhos pelo consorte separado que passa a viver em união estável, especialmente no caso da mulher. O ponto pode ser colocado em padrões mais suaves, proferindo-se que muitas vezes se trata de pessoas que posterior à separação judicial se divorciam e se casam com terceiro, fora do país. Mas, como estes casamentos não têm o menor efeito em presença da lei brasileira, que os desconhece, tal união não passa de concubinato.

Essa pressuposição, contudo, se apresentava e ainda hoje se apresenta, comumente. Mas na legislação vigente, pela aproximação da união estável ao casamento, como este, aquela deverá ser tratada, existindo, pois, como se verá, regra própria para solucionar a questão. Os julgados mais velhos eram muito severos, e de conformidade com Camargo, (1999, p.123) *“bastava que a desquitada (hoje separada) (grifo nosso) passasse a viver com outro homem, para que se deferisse o pedido de busca e apreensão dos filhos, formulado por seu ex-marido”*.

Baseavam-se as decisões em que, sendo a união estável, na época concubinato, instituto fora da lei, o exemplo que os concubinos davam aos filhos menores de um deles segundo Rodrigues, (2004, p. 247). *“constituía paradigma deplorável, de modo que tudo aconselhava a alterar-se o regime de guarda, tirando os filhos à mulher desquitada que se amancebara após o então desquite”*.

Tal orientação prejudicava principalmente a mulher, pois era ela, em geral, quem ficava com a guarda dos filhos, no desquite amigável. E servia de arma ao homem que, não obstante, não vivesse em regime de castidade, insistia em impô-lo à sua ex-esposa, sob a ameaça de tirar-lhe os filhos, se optasse por casar-se novamente. De acordo com Rodrigues (2004, p. 247):

*A opinião mais recente, mas ainda anterior à Constituição, da qual compartilhava, era a de que a mera circunstância de um dos cônjuges separados se entregar ao concubinato, posterior à separação, não representa a escolha, por ele, de uma senda de pecado e de desonra.*

Em uma sociedade como a atual, em que até a pouco se permitia o desquite e se proibia o divórcio, não se podia conservar uma posição de absoluta intolerância para com aqueles que, não tendo obtido a bênção de um casamento feliz, eram compelidos a fazer uma nova tentativa, à margem da lei. Rodrigues, (2004, p. 247) assevera que:

*Não eram poucos os casos, em todas as camadas sociais, de pessoas que se separavam e depois estabeleciam uma nova união, vivendo uma vida absolutamente respeitável, de grande estabilidade, desfrutando daquela situação de fato que o próprio legislador chama de estado de casado. Ora, não se pode dizer que a mulher que vivia essa vida, de total fidelidade a seu concubino - a quem ela chama marido -, de inteiro respeito à sociedade e de indiscutível discricção, constituísse mau exemplo para seus filhos, pois isso não correspondia à verdade.*

Nenhuma pessoa nega que os costumes evoluíram, e que hoje esses casais usufruem de uma consideração de que no passado, com certeza, estaria fora de cogitação. Por obvio, a jurisprudência deve evoluir com os costumes, enfrentando os problemas sociais à luz da realidade social. Hoje, referido rancor à união estável, antes evidenciada tanto na consciência social quanto no ânimo do legislador, está superada, e a própria Constituição, em seu artigo 226, parágrafo 3º, apregoa, *in verbis*: que “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

O novo casamento do cônjuge não lhe retira o direito à guarda, salvo se provado que o filho não vem sendo tratado convenientemente. Essa era a regra contida no artigo 329 do Código de 1916. Essa também é a regra do artigo 1.588 do novo documento. A qual foi mantida pela Lei 10.406/02, *in verbis*: “*O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente*”. E, como aludido inicialmente, estendida à união estável a proteção do Estado, a comparação do matrimônio, pelo artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, concordam que o mesmo critério deve ser aplicado ao guardião separado ou divorciado ao constituir família por meio da relação de fato.

Qualquer que seja a solução relativa à guarda dos filhos, o progenitor que não a tem pode fazer valer o seu direito de visita. O Código Civil de 1916 não se referia ao direito de

visitas. Foi o Decreto-lei número 9.701, de 3 de setembro de 1946, que, cuidando da guarda dos filhos menores no desquite litigioso, assegurou expressamente aos progenitores direito de visita, no caso daquela ser conferida a terceiro.

O Estatuto da Mulher Casada ao modificar o artigo 326 do Código Civil, igualmente fez menção ao direito de visita naquela hipótese. E a Lei do Divórcio, número 6.515/77, inseriu regra em tal sentido, em conformidade como o que dispõe o artigo 15, *in verbis*: “*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*”. À redação alhures foi acrescentado a possibilidade de os cônjuges acordarem sobre a visita, nos termos do artigo 1.589, do Código Civil, *in verbis*: “*O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, (grifo nosso) ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.*”.

## **2.2 Proteção aos filhos na separação litigiosa**

À época em que vigorava o Código Civil de 1916 a guarda dos filhos em ação de separação litigiosa era conferida ao cônjuge que não houvesse dado causa e conseqüentemente sido considerado culpado.

Ocorre que, caso ambos fossem considerados culpados a Lei previa que a mãe teria a guarda das filhas, enquanto menores, e dos filhos até atingirem os seis anos de idade, momento em que deveriam ser entregues ao pai.

Tal disposição, evidentemente, não atendia o interesse dos menores, razão pela qual o legislador atento à dinâmica do Direito através da edição da Lei 4.121/62 modificou a redação dos artigos 325 a 329 do Código Civil vigente, que posteriormente foram revogados pela edição de Lei 6.515/77.

Nas legislações atinentes à matéria até então, o problema e ou a solução da guarda dos filhos, era intimamente relacionado com o comportamento dos cônjuges. Contudo havia a

possibilidade jurídica extremamente tímida, de poder o juiz decidir, no caso de culpa recíproca, atendendo o interesse do menor, vez que a parte final do artigo 10 parágrafo 1º dispõe a respeito, *in verbis*:

*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. (grifo nosso).*

Mas, verificado que não devem, permanecer nem com a mãe e nem com o pai, o juiz deferirá a guarda à pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges. Note-se que a preocupação direta e indisfarçável do legislador é a de atender ao interesse dos infantes, cada vez que este colida com o interesse dos pais.

Esta preocupação já se manifestava no Código de 1916, cujo artigo 327 consignava regra de alto alcance social e bastante evoluída para a época, por outorgar ao juiz, ante a análise do caso real, a probabilidade de buscar uma solução de maior interesse dos menores. Expunha o artigo 327 do Código Civil, hoje substituído pelo artigo 13 da Lei número 6.515/77, que só o repete: Artigo 327, *in verbis*: “*havendo motivos graves poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais*”. Rodrigues, (2003, p. 278) assevera que:

*Aplicando essa regra já se decidiu em regime anterior à reforma de 1962, que, embora fossem ambos culpados, os filhos deviam ficar com a mãe, por ser mais adequado aos menores; já se decidiu que, a respeito de a sentença que decretou o desquite reconhecer como culpada única a mãe, devia-se, não obstante, deferir-lhe a guarda de filho de tenra idade; já se ordenou, em caso de culpa de ambos os cônjuges, a entrega dos filhos a estranho; finalmente, já se resolveu que a criança fosse internada em colégio interno e que durante as férias colegiais, fosse entregue à guarda de um parente idôneo, permitindo-se que ela fosse visitada por seus progenitores.*

Analisando as várias formas de decisões, diante de diferentes situações, observa-se que o juiz partiu sempre do principio do interesse dos menores em detrimento dos pais. E

nessa linha, cada vez mais se afastou da exatidão dos artigos antes citados, para, cada vez mais, tornar regra a exceção contida no artigo 13 da Lei do Divórcio, segundo a qual, a bem dos filhos, poderá o juiz regular de maneira diversa da estabelecida na lei, a situação deles com os pais. De acordo com o pensamento de Rodrigues (2004, p. 251):

*Diante do melhor interesse dos filhos menores, da extremada proteção da criança e do adolescente outorgada pela Constituição (art. 227, dentre outros), da igualdade entre os genitores no exercício do pátrio poder, e evolução natural dos valores sociais, chegou-se a questionar a vigência dos arts. 10 e 11 da Lei do Divórcio, nos quais se decide a guarda com base na responsabilidade pela separação. Em nossos tribunais, acertadamente, a questão da guarda passou a ser enfocada exclusivamente sob a ótica do bem-estar dos filhos, independentemente das causas do rompimento do casamento. Até mesmo da mãe adúltera, só por esse fato não se lhe retirava a guarda de filhos menores, salvo se o seu comportamento tivesse comprometido a criação da prole.*

Acompanhando essa natural evolução, o novo Código Civil no artigo 1.584 estabelece quanto à guarda, *in verbis*:

*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 de 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 afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.*

### **2.3 Proteção aos filhos na separação de fato**

Foi Washington de Barros Monteiro, quem primeiro tratou do tema acerca da situação dos filhos em caso de separação de fato. O jurista em sua renomada obra, Curso de Direito de Família, (2002, p. 193 - 194), observou que o legislador não atentou para a possibilidade em caso concreto, nos seguintes termos:

*[...] não haver a lei se preocupado com a hipótese; mostra que no caso nenhuma preferência assiste ao marido de reivindicar a guarda dos filhos e revela a tendência da jurisprudência no sentido de manter o status quo, a menos que se apresentem motivos graves que, no interesse dos menores, aconselhem alteração.*

Durante a vigência da sociedade conjugal e nos termos do artigo 1.566, IV, do Código Civil, compete a ambos os cônjuges, *in verbis*: “sustento, guarda e educação dos filhos”. Com já dito no início desse trabalho à época da vigência do Código Civil de 1916 não se cogitava a possibilidade de ambos os cônjuges exercerem o poder familiar, inclusive porque referido termo só foi inserido na legislação pelo Código Civil de 2002. Assim sendo, o que havia era pátrio poder e a este atribuía também o direito de guarda dos filhos, como se o último fosse decorrência lógica do primeiro. Contudo, as decisões se firmavam cada vez mais, e, portanto era entendimento majoritário que o pátrio poder competia ao pai, mas a guarda competia a ambos os cônjuges.

Para dirimir todas as dúvidas nesse sentido, a Lei número 4.121/62, deferiu o pátrio poder a ambos os pais, de modo que já não há mais qualquer dúvida, pois enquanto não transita em julgado a sentença de separação, tanto o marido quanto a mulher têm poder paternal e a guarda dos filhos menores. É óbvio que a guarda comum dos filhos só pode ser exercida se o casal vive debaixo do mesmo teto. Se ocorrer separação de fato, os filhos estarão na companhia de um ou de outro dos cônjuges.

Mas, estejam com quem estiver, o fato é que o genitor que os têm em sua companhia exercerá um direito que lhe advém, não só de ser também o titular do poder familiar, como dos expressos termos do artigo 1.566, IV, do Código Civil. Daí por que, quando seu cônjuge vem reclamar a apreensão do filho, esbarra com a alegação do contestante de que está no exercício de um privilégio legal. De conformidade com Rodrigues (2003, p. 280):

*Por essa razão, de caráter eminentemente jurídico, é que os tribunais têm mantido o status quo. Mas não só por ela, e sim também por razão de conveniência. Se, na ação de busca e apreensão intentada por um cônjuge contra o outro, para haver a guarda do filho comum, se verifica que a situação do menor é satisfatória, nenhuma razão há para alterá-la, enfrentando-se o risco de causar perturbação à vida e à sensibilidade do infante.*

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

Quanto ao aspecto estritamente processual, embora esta (busca e apreensão) tenha sido o caminho utilizado por algum tempo para discutir essa questão, entende-se mais adequado nessas hipóteses, ainda em Rodrigues (2003, p. 281):

*[...] a propositura de ação objetivando a modificação da guarda, de fato até então consolidada, antecedente com pedido incidente de medida cautelar, ou ainda acompanhado de requerimento específico de tutela antecipada, de acordo com a gravidade da situação e possível lesão ao bem-estar dos filhos.*

## **2.4 A Proteção na Legislação Brasileira: o artigo 1.584 do Código Civil**

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.584 dispõe, *in verbis*:

*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.*

A concessão da guarda a quem tiver melhores condições para exercê-la, dá margens a diversas interpretações, sendo duas delas mais discutidas. A primeira, leva em consideração as condições econômicas dos cônjuges como a mais importante para determinar quem ficará com a guarda dos filhos. Já a segunda, que tem sido mais aceita e utilizada nas varas de

família, considera a estrutura familiar em um âmbito geral, enfatizando conjuntamente o aspecto moral, econômico, educativo, enfim, o aspecto social como um todo.

No entanto, o parágrafo único do artigo 1584, dispõe que, caso nenhum dos pais apresente condições para obter a guarda dos filhos, essa deverá ser delegada a outra pessoa, que atenda aos requisitos propostos pelo dispositivo legal. Esta terceira pessoa deve ser de preferência um parente, com o qual a criança ou o adolescente possua vínculos de afinidade e afetividade. O objetivo maior do legislador é assegurar o bem-estar do menor, que é o sujeito do bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, o direito à guarda e proteção dos filhos, não está mais associada à presença de uma eventual declaração de culpa de um dos cônjuges no que diz respeito à dissolução da sociedade conjugal. Como bem se manifesta Mello (2006, p. 1):

*Não seria razoável que uma criança ficasse privada da guarda materna, por exemplo, na hipótese de o cônjuge mulher ser declarado culpado pela dissolução de sociedade conjugal, pois a culpa decorre do comportamento conjugal em relação ao outro cônjuge e não em relação à criança. Antes que entrasse em vigor o Código Civil de 2002, os efeitos legais, punitivos, recaíam sobre a criança. Nesse sentido, sem dúvida, houve avanço.*

O artigo 1.584 do novo Código Civil põe fim ao privilégio da mãe nas decisões referentes à guarda dos filhos e abre espaço para a igualdade entre os pais e as mães. De acordo com Montalvão (2006, p. 1):

*Esta nova norma está de acordo com o princípio Constitucional da igualdade entre os cônjuges, com o princípio da igualdade entre homens e mulheres e pela regra ditada pelo artigo 227 da Constituição, que impõe à família, à sociedade e ao Estado a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes.*

Observa-se no antigo Código Civil, que quando acontecia extinção da sociedade conjugal, a prevalência da guarda dos filhos era da mulher. Todavia, esta norma foi fundamentada em atitudes superadas, segundo as quais a mulher, que normalmente era dona

de casa e não exercia nenhuma profissão, dedicava-se exclusivamente à família, por isso entendia-se que a mãe era a pessoa mais indicada para cuidar dos filhos.

Hoje em dia, os costumes mudaram e um grande número de mulheres exercem profissões fora do lar. Desta forma, tanto a mulher quanto o homem exercem profissão e cuidam dos filhos. De tal modo, devem possuir, a princípio, igualdade de condições para guardá-los. Cabe ao juiz, quando indispensável, decidir qual deles possui melhores condições para exercer a guarda dos filhos, sem que haja o privilégio feminino. A lei não dispõe claramente a respeito de como o magistrado deverá julgar, qual dos cônjuges possui melhores condições de assumir a guarda dos filhos.

Entende-se, no entanto, que a forma mais justa é que se decida a favor da guarda compartilhada, onde cada um dos cônjuges conquista o direito de passar um determinado período junto à criança. Segundo Montalvão, (2006, p. 2)

*[...] Se a lei determina a busca de um único genitor a quem será confiado a guarda, o critério que nos parece mais correto é a busca do genitor que dá a criança o cuidado no dia-a-dia, tais como higiene, preparação e planejamento de refeições, cuidados médicos, incluindo enfermagem e transporte para o médico, planos para interação social com amigos depois da escola, deitar a criança na cama, disciplina e educação (religiosa, moral, social e cultural).*

O magistrado poderá, ainda, adotar como norma, buscar atender melhor o interesse da criança, o que também se traduz no cônjuge que melhor favorece o relacionamento da criança com o progenitor não detentor da guarda. De acordo com Sottomayor, (1997, p. 43):

*O progenitor que permite que a criança mantenha uma relação positiva com o outro revela mais maturidade humana e capacidade de separar o conflito entre ambos, enquanto homem e mulher, da relação que mantêm com a criança, enquanto pais. O progenitor que prescinde da criança a favor do outro põe o interesse da criança acima do seu, em ordem a evitar conflitos. Diminuem, assim, os conflitos entre os pais em torno do direito de visitas e atenuam-se os conflitos de lealdade normalmente sentidos pelas crianças nestas ocasiões.*

É desta forma que os magistrados de outros países tomam suas decisões, assevera Vilela (2007, p. 1):

*[...] prevendo que o genitor que não percebe a grande necessidade dos filhos em conviver com o outro genitor não representa o interesse da criança e assim não está apto ao exercício da guarda única. Muitas legislações utilizam esta regra, como por exemplo, em alguns estados americanos, no Canadá e em Portugal.*

### 3. GUARDA COMPARTILHADA

A interrupção de um casamento estabelece uma nova situação trágica na família, atingindo absolutamente todos os membros que a compõe; a dissolvência do matrimônio não importa na parentalidade, todavia, traz a carência de adequação a um exemplo de guarda para os filhos menores.

A guarda dos filhos, advinda da ruptura do elo conjugal, pode acontecer de forma única, revezada ou ainda pelo exemplo compartilhado. A guarda única ou dividida, como a própria designação já expressa, é quando o seu exercício é atribuído a apenas um dos genitores, que terá o direito de permanecer com os filhos, enquanto o outro poderá apenas executar o direito de visita. Com esse tipo de exercício, a gerência das causas e dos bens dos filhos ficará com o guardião, competindo ao outro genitor o direito de conclamar o Poder Judiciário para fazer valer suas opiniões, se estas forem contrárias.

No momento da desagregação da união conjugal e na definição da guarda, a criança sofre por dois esfacelamentos: o primeiro diz respeito à unidade familiar, que ora se modifica, e o segundo trata-se da presença constante de um dos pais, que passará a ter direito exclusivo sobre o novo lar, ou seja, esta forma de guarda vai assegurar ao detentor o direito ao convívio constante com os filhos, circunscrevendo ao outro genitor apenas o exercício de um papel secundário e insignificante. Abreu (2006, *on line*) define esse modelo de guarda assim: “*Esta é a modalidade de guarda mais comum e que impera com maior ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, na qual é dada à mãe a preferência de deter a guarda e ao pai o direito de visitas quinzenais*”. Barreto (2007, p. 1) afirma ser a guarda única ou dividida:

*[...] bastante criticada, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.*

A guarda alternada recebe essa denominação em virtude do revezamento da temporada que o filho convive com cada um dos genitores. O que caracteriza esse modelo de guarda é a oportunidade que cada um dos pais tem, de possuir a guarda do filho interpostamente, obedecendo a uma temporada preestabelecida, podendo ser: mensal, semestral, anual ou diária.

Nesse modelo acontece a pertença da guarda física e jurídica a cada um dos genitores distintamente, sendo que, durante o período de tempo em que o guardião estiver com o filho, terá de maneira única a universalidade das obrigações que integram o poder familiar. Madaleno (1999, p. 350) assim expõe seu posicionamento sobre a guarda alternada:

*A guarda alternada tem sua verdadeira gênese no direito de visitas, quando ajustam os pais, ou sentença judicial determina que os filhos fiquem na posse física de um dos genitores, garantindo ao outro um período próprio de visitação, normalmente em finais de semana intercalados, acrescidos de um ou mais dias de visitas durante a semana, alternando sua estadia na casa dos pais, de acordo com o calendário de visitas ajustado por acordo, ou ordenado por sentença.*

Portanto, enquanto um dos genitores desempenha a guarda do filho, ao outro é dado apenas o direito de visita. Terminado o tempo estipulado, as atribuições invertem-se, lembrando que esta permuta de guardião não depende de medida judicial. Barreto (2007, p. 1) explica que tal exemplo de guarda:

*É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança. Objeta-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais.*

Já a guarda compartilhada, também denominada conjunta, é a modalidade que outorga meio para os dois genitores, mesmo afastados, manter estreita ligação com os filhos, como antes da dissolvência do laço conjugal, com autoridades legais iguais para decidirem sobre a vida destes. Santos, (2001, p. 155), em seus apontamentos, ressalta que:

*A guarda compartilhada deferida a ambos os genitores separados vem pouco a pouco encontrando adeptos na doutrina, centrados em traduzir o significado do melhor interesse dos filhos, buscando a melhor solução para a necessária reorganização da família direcionada a promover o relacionamento entre os filhos e cada um dos genitores separados.*

A guarda compartilhada surgiu, conseqüentemente, com o objetivo de ajustar os papéis parentais, assegurando a igualdade dos genitores. Atendendo aos melhores interesses da criança, com o objetivo de excluir as carências existentes em outras modalidades de guarda, sobretudo a dividida, que é classificada como abusiva e oposta à equidade. Ao falar a respeito dos filhos na guarda compartilhada, Levy (2007, p. 1) assevera que:

*Com relação aos filhos, pode-se resumir suas vantagens na diminuição da angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda única. Ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição e proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.*

### **3.1 Origem, Conceito e aplicabilidade**

Guarda compartilhada é o modelo de guarda onde os filhos de pais que romperam os laços matrimoniais continuam na incumbência dos genitores, que têm o poder de juntos, decidirem quanto ao seu conforto, educação e formação. Originou-se no Direito inglês, no *common Law*, na década de 60. É a modalidade de guarda que se assemelha à vivência que existia entre pais e filhos antes da dissolvência do laço conjugal, pois oferece a continuação da atividade habitual do senhorio parental. Grisard Filho (2002, p.115), fala sobre guarda compartilhada, dizendo que:

*Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.*

Portanto, nesta modalidade de guarda, os pais têm a possibilidade de resolver em conjunto sobre tudo em relação aos filhos, mormente o que diz respeito aos aspectos físicos e psíquicos; todavia, por ser um regulamento ainda em sua gênese, sem grande vivência no Brasil, encerra em seu bojo incontáveis abrolhos, notadamente em si tratando de seu entendimento, benefícios e cumprimento, sendo muitas vezes confundida com a guarda alternada.

Para se entender corretamente essa forma de guarda, vale ressaltar que no exercício conjunto não quer dizer que os filhos residirão revezadamente com cada um dos genitores, ou que aquele que não é detentor da guarda material não seja guardião, mas sim que a responsabilidade por todos os direitos e deveres com relação aos filhos é comungada pelo pai e pela mãe. Grisard Filho (*op cit.*) explica:

*A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).*

De acordo com a bibliografia pesquisada, há duas concepções com relação à alternância de lares na guarda compartilhada: A primeira assegura que a criança deve firmar residência na casa do pai ou da mãe, permanecendo unicamente partilhadas as responsabilidades e decisões. Nesta modalidade de guarda, dispõe-se a guarda jurídica compartilhada, enquanto a física permanece com um dos guardiões. Ressalvando-se sempre o fato de dividirem os direitos e deveres oriundos do poder familiar, entende-se que é a modalidade de guarda mais correta nos anos iniciais da vida de uma criança. A segunda concepção firma-se na opinião de que a maior perda entre genitores e filhos, quando da ruptura dos laços matrimoniais, é a companhia imediata. Sendo assim, torna-se uma situação jurídica onde os pais mantêm simultaneamente o direito de guarda dos filhos, e de forma intercalada os mantêm em sua companhia.

É considerável elucidar que a alternância de lares, nesta forma de guarda, não é a mesma da guarda alternada. As diferenças se estabelecem em detrimento de determinadas

razões, sendo elas: Em primeiro lugar, na guarda alternada, a criança tem dois lares, e o tempo que ela fica em cada um normalmente é longo, rompendo, assim, a continuação das relações; já na guarda compartilhada, o período é curto. Em segundo lugar, na guarda alternada, não há uma norma que dispõe que os pais devam ter seus lares próximos, enquanto na guarda compartilhada os pais devem necessariamente morar perto, para oferecer um melhor aproveitamento da modalidade de guarda. E, em último lugar, na mudança de lares ocorrida na guarda alternada, a jurídica também se altera; já na compartilhada, independe com quem a criança esteja no momento, a guarda jurídica será sempre de ambos os pais.

Considera-se de grande importância distinguir guarda jurídica de guarda física dentro da modalidade compartilhada, pois a jurídica envolve as decisões que os pais devem tomar em relação aos filhos, já a física refere-se à custódia material sobre os mesmos.

A maioria das opiniões divergentes à guarda compartilhada fundamenta-se em juízos errados referente a essa modalidade, pois a confundem principalmente com a alternada, já vista anteriormente, onde cada genitor alternadamente detém a custódia dos filhos de forma exclusiva, com todos seus direitos e responsabilidades. A guarda compartilhada incentiva a preservação dos laços afetivos pela convivência contínua de todos.

É preciso, também, que se saiba que a proposta da guarda compartilhada não traz consigo o intuito de generalizar seu uso em qualquer caso de separação. Rizzi (2007, p. 1), afirma que: *“a Guarda Compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade; possuem uma relação de respeito e cordialidade e estão emocionalmente maduros e resolvidos na questão da separação conjugal”*.

Portanto, o sucesso dessa modalidade de guarda depende de vários fatores, dentre eles pode-se citar a harmonia entre os pais; a proximidade de suas residências; a comunicação eficaz e a manifestação de vontade de ambos quanto à adoção do regime da guarda compartilhada, a qual não significa a mera flexibilização da regulamentação de visitas.

### 3.2 Fundamentos da guarda compartilhada

A modalidade de guarda compartilhada apóia-se na certeza do melhor interesse da criança, bem como na garantia constitucional de igualdade dos genitores, objetivando à continuidade das relações afetivas familiares.

A relação afetiva entre pais e filhos não deve ser confundida com a relação conjugal dos genitores. O sentido da guarda compartilhada ultrapassa a simples divisão de tarefas entre os pais, na medida em que garante um duplo vínculo de filiação, apesar da ruptura conjugal. Deirdre, (apud BARRETO 2007, p. 1) confirma o pensamento acima, dizendo que:

*A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.*

Nesse encadeamento, há a consagração da continuação da unicidade familiar, ou seja, a prática do poder familiar é um direito e dever, predominante a qualquer situação que diga respeito aos pais, pois, após a separação, o que deve ser reformulado é o estado conjugal e não o parental. Veja-se neste sentido, a concepção de Fuga (2003, p. 41):

*O rompimento da vida em comum instaurará uma nova rotina familiar, e esta, juntamente com toda conflituosidade vivida no passado, é que influenciará sobre os hábitos dos filhos. Paradoxalmente, é na continuidade da relação entre os filhos e seus pais que se encontram respostas para assegurar uma equilibrada socialização psicoafetiva aos menores.*

Na modalidade de guarda compartilhada, a criança tem confirmado um relacionamento completo com os dois genitores, o que certamente contribuirá, de forma significativa, com seu desenvolvimento. Ela traz aos pais uma tarefa multidisciplinar,

exigindo de ambos a missão de cuidar dos filhos, assumindo todas as responsabilidades para com sua conduta e exigindo alguns requisitos básicos para a sua concessão, quais sejam: respeito mútuo, capacidade colaborativa, flexibilidade, disponibilidade física e afetiva, e, se possível, proximidade residencial.

### **3.2.1 Interesse do menor**

Ao serem decididas questões referentes à guarda, é necessário privilegiar o interesse da criança. Entre os diversos princípios que interessam diretamente ao Direito de Família, o do interesse do menor possui relevância, e sua preponderância perante aos demais se faz necessária.

Este princípio primeiramente consolidou-se na cultura, e hoje é valor tutelado pelo Estado. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, teve papel fundamental no alargamento e confirmação do princípio do melhor interesse da criança, destacando em seu artigo 31, *in verbis*:

*Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.*

A Convenção proclama como seus destinatários, os menores de dezoito anos, sendo que o legislador brasileiro procurou classificar a criança e o adolescente. Os seus dispositivos foram ratificados no Brasil pelo Decreto número 99.710, de 21 de novembro de 1990.

No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio está implícito no texto da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Todavia, a lei não define qual o real significado do superior interesse da criança, deixando ao magistrado, pelo seu poder arbitrário, consultar e definir quais são esses interesses, que devem estar acima

de quaisquer outros, embora sejam estes legítimos.

O melhor interesse da criança é de observância indispensável para a concretização de seus direitos fundamentais, pois, como sujeito de direitos, deve ter boa formação moral, social, psicológica, saúde mental e emocional.

Conforme Nogueira (2001, p. 171), o interesse da criança depende da subjetividade encontrada em cada caso:

*[...] a noção de “interesse do menor” é de difícil determinação, existindo dualidades de concepções, nos mais diversos entendimentos de que valores comportariam tal interesse, dada a complexidade e extensão dessa noção. O arbítrio do juiz é, sem dúvida, o elemento primeiro de que a noção de interesse da criança é de cunho subjetivo.*

O modelo compartilhado procura reorganizar a relação genitor e filho, de modo que, mesmo com a família desunida, os laços familiares continuem estreitos. Desta forma, visa garantir o melhor interesse da criança, que é beneficiada, na medida em que tem ambos os pais envolvidos em sua criação, como era antes da dissolução do vínculo conjugal.

### **3.2.2 Fundamentos psicológicos**

Com a ruptura do vínculo conjugal, uma nova situação fática se impõe, portanto tudo o que se decidir de novo se imporá fortemente à relação familiar ora existente. É imprescindível que se atente aos aspectos psíquicos envolvidos num processo de tamanha repercussão em tantos destinos. Os aspectos referentes ao bem-estar do menor em questão devem ser valorizados, para que a definição da guarda não seja mais um processo traumático à criança.

A separação dos genitores, ao mesmo tempo em que acaba com o conflito parental, gerando, desta forma, um fator positivo, ocasiona uma série de perdas aos filhos, afetando-os

de forma negativa, pois a disponibilidade de relacionamento com o pai ou com a mãe que não detém a guarda fica diminuída.

O exercício compartilhado de guarda surge justamente para tentar amenizar tais perdas, beneficiando a criança na medida em que ambos os pais estão envolvidos em sua criação e educação. Tal modelo diminui o tempo de ausência dos pais, uma vez que independe do sistema de visitas.

Após a separação conjugal, a criança deve ter seu espaço tanto na vida, quanto na residência de seus genitores, desta forma não será um visitante e sim terá seu espaço preservado, pois o vínculo principal a ser mantido é com o pai e com a mãe, e não com o domicílio ou imóvel. Oliveira (2002, p. 303) frisa a questão da afetividade como fator preponderante para a decisão da guarda:

*A família que tem fim com a separação judicial ou com o divórcio pode ter sido extinta quanto ao relacionamento entre os cônjuges. Porém os laços afetivos que ligam os separados ou divorciados a seus filhos mantêm-se íntegros e muito consistentes, A afetividade que tem fim com o fracasso do relacionamento não pode ser esquecida quanto aos filhos.*

A criança não pode simplesmente ser privada da presença de um dos pais, pelo fato deste não estar mais unido conjugalmente com o outro genitor. Não se pode deixar de analisar a relação de afeto entre os genitores e os filhos, pois a afetividade é elemento essencial e marcante da união familiar.

Constitui-se de grande importância o envolvimento dos pais na criação e educação dos filhos, portanto a guarda compartilhada apresenta-se como modelo adequado, uma vez que permite que a relação afetiva entre pais e filhos não se destitua por falta de contato.

### **3.2.3 Igualdade dos genitores**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, I, prevê a igualdade entre homens e mulhe-

res, dispondo que são iguais em direitos e obrigações. Já em seu artigo 226, parágrafo 5º, reitera tal entendimento, dispondo que os deveres e direitos referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos seus integrantes. Portanto, o deferimento da guarda preferencialmente à figura materna, de forma exclusiva, não mais se justifica diante da igualdade constante no ordenamento jurídico.

Estrougo (2004, p. 221) afirma que, “*na família, o advento da igualdade foi causa determinante para o avanço das relações familiares, tanto entre cônjuges ou companheiros, quanto entre pais e filhos*”. As mudanças ocorridas na sociedade, em especial no Direito de Família, provocam alterações nas atribuições dos papéis materno e paterno.

A consciência de igualdade trouxe conseqüências no âmbito familiar, pois aquele modelo em que a mãe ficava como responsável pelos filhos, não atende mais às expectativas da família atual, que busca a divisão igualitária e equilibrada da responsabilidade parental. Barbosa (2002, p. 58), em seu texto, expõe o fundamento da tendência à guarda compartilhada:

*O fundamento desta tendência é reconhecer o princípio da igualdade entre homem e mulher e o superior interesse da criança, que deve ter sua vida organizada de tal forma que permaneça, dentro do possível, o mais próximo ao que era quando o casal conjugal existia concomitantemente ao casal parental.*

A evolução social é constante, hoje a mulher disputa em condições de igualdade com o homem o mercado de trabalho. Simultaneamente, o homem passa por um processo de transformação, revelando-se mais sensível e interessado diante da vida familiar, assumindo, desta forma, um papel mais importante na vida dos filhos.

Em conseqüência de tais transformações, os genitores buscam a igualdade de direitos e deveres em relação à prole, sendo que o modelo compartilhado apresenta-se como modelo ideal, uma vez que, diferentemente da guarda única, não impõe hierarquia entre genitores.

#### **4. A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE**

Face à compreensão da doutrina e jurisprudência majoritárias, está claro que atualmente o que predomina nos tribunais brasileiros é a cobrança de um relacionamento satisfatório entre os pais para que se defira o instituto da guarda compartilhada.

Sabe-se que o correto prossegue sendo o consenso no que diz respeito à guarda compartilhada. A compreensão ou boa vontade do casal, sem impugnação, consiste em fator primordial na instituição deste modelo.

Todavia, não há como excluir que o objetivo primeiro da guarda compartilhada é o de garantir e assegurar a continuidade do progenitor não guardião junto ao menor. Em confirmação ao exposto, vale ressaltar o que assevera Furquim (2007, p. 54):

*A convivência com ambos os genitores é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva da criança, já que as funções exercidas pelo pai e pela mãe são complementares. Por conseguinte, não há que falar em hegemonia de um sobre o outro. É importante salientar que, quando o casamento termina, cessa apenas a relação de conjugalidade, mantendo-se a relação parental, que será compartilhada para sempre entre pais e filhos.*

Para se obter uma visão real de alguns resultados da guarda compartilhada impostos aos pais, é necessário analisar a questão abordando alguns pontos fundamentais em uma relação familiar, mesmo que cônjuges separados: a educação, a residência, alimentos e visitas. E observar criteriosamente o ordenamento jurídico vigente.

## 4.1 Educação

Não são poucos os enganos cometidos pelos pais no que concerne à concepção de responsabilidade sobre a educação de seus filhos. Todavia a Constituição Federal, no artigo 227 relata, *in verbis*:

*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, (grifo nosso) ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Na guarda compartilhada, deve-se ter em mente que não é suficiente a contribuição material na educação, ou seja, pagar a escola, comprar o material, enfim, assumir os gastos do menor em sua educação. Silva (2006, p. 121), afirma que *“pagar uma pensão alimentar não corresponde, ipso facto ou ipso juri<sup>5</sup>, a educar um filho. Essa dissociação é relevante, pois, após a ruptura da união dos genitores, a educação da criança para ser completa precisa do exercício conjunto do poder familiar”*.

Para que haja real participação dos pais em relação à educação de seus filhos, aqueles deverão acompanhar cotidianamente o desenvolvimento da criança, seja participando das reuniões escolares ou selecionando a escola em que o filho vai estudar. É esta participação segura a que se atribui a guarda compartilhada, e não somente na perspectiva material, como muitos progenitores pensam.

Leite (2003, p. 272), enfatiza a importância de compreender a diferença entre educação e coabitação, entendendo que *“se confundidas, elas atingem resultado diverso daquele esperado na guarda conjunta, por que se estenderá à mãe (por exemplo) com quem a criança coabita a única responsável pela educação da criança”*.

---

<sup>5</sup> Termos latinos que significam pelo mesmo fato, pelo mesmo direito. Dicionário de termos Latinos *on line*. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm>> Acesso em 8 de out. 2007.

A doutrina coaduna a idéia de que é preciso estabelecer um programa geral de educação para os filhos, que efetive em todos os atos concernentes a esse aspecto, indo desde a aquisição do material escolar até o suporte no planejamento das férias da criança.

Assim, essa participação conjunta na educação dos filhos deve ser entendida de forma ampla, tocando em todos os pontos concernentes à questão, pois é indispensável para a criança, especialmente em seu desenvolvimento, sentir essa participação conjunta dos pais no seu cotidiano.

## 4.2 Residência

Outro relevante aspecto de contestação dos pais, que não está com a guarda, é do direito que é garantido ao guardião de mudar de habitação, e, sobretudo para qualquer parte do país, como se vê na decisão datada do ano de 1998, pela quinta Turma do Supremo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2007,) *“Desde que a mãe diga para aonde vai, pode ela fixar novo domicílio, levando os filhos, em qualquer parte do território nacional (...).”*<sup>6</sup>

Em virtude da extensão territorial do Brasil, isso é um verdadeiro desacerto jurídico, uma vez que choca o interesse do menor. Considere o gasto que teria o não guardião que mora, por exemplo, no Pará para se deslocar para o Rio grande do Sul. Mas como afirma Silva (2006, p. 114), *“a determinação da residência é essencial para a estabilidade da criança [...], porém é necessário reforçar um ponto”*.

Com a alternativa da guarda compartilhada, tanto jurídica quanto jurídica e física, os guardiões serão ambos os cônjuges, não existindo mais essa prerrogativa, uma vez que para fazer isso um cônjuge terá que ter a permissão do outro, senão quebrará a igualdade de direitos e deveres que eles possuem.

---

<sup>6</sup> Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533&p=2>> Acesso 23 de nov. 2007.

A fixação da residência possui significado essencial para a criança, pois além de ser o seu domicílio jurídico, procura evitar os reflexos negativos causados pela guarda alternada. Grisard Filho (2002, p. 146 Apud SILVA, 2006, p. 115) garante que:

*[...] são dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura.*

Havendo um endereço definido para a criança, evita-se que a mesma não possua um ponto de referência, não ocasionando, dessa forma, qualquer instabilidade ou insegurança emocional. Assim sendo a residência do menor, não será inevitavelmente com a mãe, mas sim com o progenitor que mostrar circunstâncias favoráveis e, quando se diz circunstâncias favoráveis não se refere aqui tão somente às questões habitacionais e financeiras, mas igualmente de amor, carinho, afeto, compreensão, respeito e dedicação. É certo que um dos cônjuges deterá a guarda física, mas os dois juntos terão a guarda jurídica.

O pensamento centrado em uma residência principal diz respeito à criança ter estabilidade e segurança, não perdendo assim seu ponto de referência domiciliar, porém nada reza contrário ao filho ter quarto e objetos pessoais nas residências de ambos os progenitores, ficando a criança absolutamente à vontade nos dois lares, contudo não se pode esquecer que a criança tem que ter um lar principal, e isso se deve ao fato de garantir-lhe equilíbrio psicoemocional. Conseqüentemente, melhor seria se ambos os progenitores residissem no mesmo setor ou bairro, para prevenir de situações causais.

E é com essa concepção e com esse juízo que os pais devem optar pela guarda compartilhada, com a moradia principal com um dos progenitores, mas tendo o outro genitor todos os direitos e tarefas, compartilhando assim da vida do filho em todas as conjecturas.

### 4.3 Alimentos e visitas

No consentimento da guarda única, como acontece costumeiramente, há duas vertentes passíveis de surgir: na primeira o não guardião tem direito de visita livre, o que corriqueiramente ocorre numa separação consensual, não gerando desgaste entre o triângulo pai - mãe e filho, gerando por conseqüente, para o não guardião certa satisfação no pagamento da pensão alimentícia, uma vez que está sempre em contato com seu filho.

A outra possibilidade é do não guardião ter seu direito de visita limitado a finais de semana intercalados, o que comumente sucede numa separação litigiosa, na qual o não guardião acaba por se tornar um mero pagador de pensão alimentícia, aniquilando paulatinamente a relação com seu filho. Grisard Filho (2002, p. 118), afirma que: *“As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas”*.

Com a opção da guarda compartilhada, estará apenas ratificando a guarda única de uma ruptura conjugal consensual, uma vez que criança terá um lar fixo como ponto de referência, contudo o guardião vez por outra permite que a criança fique um período na residência do não guardião, o que ajuda na satisfação do pagamento da pensão alimentícia, o que não é ruim, pois os cônjuges ficam resguardados pela lei. Vale ressaltar o que Silva (2006, p. 136), fala a esse respeito:

*Aí reside uma grande vantagem da guarda compartilhada no aspecto dos alimentos: é que, por ser meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos que lhe cabe, pois, com efeito, quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente sua obrigação quanto ao pagamento da pensão, necessitando ser disso constantemente cobrado.*

A partir desse ponto é notável a relevância da guarda compartilhada jurídico-física, como já foi citado, após um processo de mediação familiar, talvez os cônjuges possam ter

exposto suas amarguras, angústias e tristezas, conseguindo, portanto distinguir a relação deles com a dos filhos.

O relevante é que, tanto na guarda compartilhada jurídica quanto na jurídica e física, a questão da pensão alimentícia não desaparece. O artigo 20 da Lei do Divórcio é bem claro, *in verbis*: “*para a manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos*”.

Esse artigo ilustra a gemialidade dos termos necessidade - possibilidade; ou seja; aquele que tem necessidade terá ajuda do outro cônjuge dentro das suas possibilidades, não considerando o padrão de guarda adotado. Mesmo que seja no modelo da guarda compartilhada jurídico-física o cônjuge mais necessitado terá direito a ter do outro ajuda dentro das suas condições. Silva (2006, p. 138), assevera que:

*Nesse novo modelo de guarda pai e mãe decidem de comum acordo, o montante de pensão, conforme as possibilidades de cada um e a necessidade da criança. Em se tratando de casal onde só um genitor assegurava as despesas cotidianas. A esse revém por inteiro a obrigação da manutenção.*

Compartilhar os cuidados dispensados aos filhos, não importa se tais cuidados sejam alimentícios, educacionais, residenciais, afetivos, emocionais, físicos, e outros, significa dividir o trabalho e a responsabilidade, dando aos pais mais espaço para outras atividades, bem como minimizando os sentimentos de culpa e frustração que podem sentir aqueles que não cuidam de seus filhos.

#### **4.4 Guarda compartilhada e o ordenamento jurídico brasileiro**

Inicialmente cabe ressaltar o que consta nos artigos quarto e quinto da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõem que: “*quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso*

*de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito e na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.*

O Código Civil brasileiro não menciona claramente a guarda compartilhada em seus artigos, mesmo assim compreende-se que a referida lei não a detém, pois não há lei que impeça sua aplicação. Portanto, este modelo encontra amparo na Constituição Federal de 1988, a qual trouxe importantes inovações no direito de família, como o “*reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal*”, extraído de seu artigo 226. Também, em seu texto legal, o “*Estado passa a reconhecer os novos modelos de família e a igualdade na filiação*”.

Da mesma maneira, como já visto, o artigo 227 da Constituição Federal refere à proteção integral da criança como “*indivíduo em formação*”; onde a “*família, a sociedade e o Estado são determinados como responsáveis pelo seu desenvolvimento*”. Ainda, pelo disposto no artigo 229, “*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*”.

A guarda compartilhada igualmente está assegurada no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, que, em seu artigo 10, coloca o bem-estar da criança como “*dever da família, da sociedade, da comunidade e do Poder Público, os quais deverão garantir ao menor uma convivência familiar, visto que são pessoas em pleno desenvolvimento*”. No seu artigo 16, assevera que toda a criança tem o “*direito de ser criada no seio familiar*”, e, também, no artigo 21, sustenta que o “*poder familiar será exercido em igualdade pelos genitores*”.

De acordo com Grisard Filho (2002, p.145-146), a guarda compartilhada encontra parecer favorável no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo não existindo preceito formal:

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

A finalidade de convívio freqüente da criança e do adolescente com seus pais após o rompimento do elo conjugal, presente no modelo compartilhado, encontra no ECA princípios legais para sua execução no Brasil, uma vez que privilegia o direito de criação no seio familiar.

O atual Código Civil expõe, em seu artigo 1.583, que: “*no deferimento da guarda será observado o que os genitores acordarem*”. Portanto, esta regra traz a possibilidade dos cônjuges optarem pelo modo de exercício da guarda, e dentre ela o modelo compartilhado. Obviamente, a decisão dos genitores só será ratificada pelo magistrado se estiver em consonância com os interesses do menor.

Ainda em seu artigo 1.584, o Código Civil traz importante inovação quanto ao instituto da guarda, explicitando que esta caberá ao genitor que demonstrar melhores condições. Dessa forma, exclui da legislação a tendência da atribuição da guarda à figura materna, pondo os progenitores em par de igualdades. A esse respeito, Barbosa (2002, p.50) expõe:

*Assim, elimina-se a tendência de atribuição da guarda à mãe, exclusivamente, para criar um sistema de comparação entre as condições de cada genitor para ter a atribuição de guarda. Seguramente, os movimentos associativos que se organizam para discussão e estudo da regulação da guarda compartilhada muito contribuirão para influenciar o legislador a fim de que seja instituída legalmente a guarda compartilhada. Afinal, é preciso prever uma solução para a constatação de que ambos os genitores têm idênticas condições para educação e formação dos filhos menores.*

Mesmo não estando inserido de forma clara e objetiva na legislação, o padrão compartilhado é amplamente admitido no ordenamento jurídico, uma vez que as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a este modo de exercício.

Portanto, o que fica claro na análise do ordenamento jurídico brasileiro é que o Código Civil atual perdeu a oportunidade de atualizar-se na questão concernente à guarda compartilhada dos filhos. Este exemplo de guarda é o que melhor se combina com os princípios da Constituição que se referem sobre igualdade entre o homem e a mulher, da

paternidade responsável e da proteção familiar, oportunizando a ambos os pais serem iguais e solidariamente responsáveis pelas tomadas de decisões acerca dos interesses de seus filhos.

Este modelo de guarda não pode e nem deve se restringir aos casos de dissolução do casamento, podendo ser usado nos casos de união estável, ou até união casual, devendo ser usada justamente para efetivar o papel dos pais, pois não se trata de cônjuges, mas sim de pais, com direitos e obrigações iguais, independente de que tipo de relacionamento adveio o filho.

A guarda é um compromisso de ajuda assistencial, educacional, material e moral, concernente ao disposto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a ser cumprido no *“interesse e em proveito do filho menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o desenvolvimento psíquico”*.

Embora não esteja expressamente permitida, e muito menos proibida no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada tem aplicabilidade prática sim, veja, por exemplo, que não é critério jurídico que se faz necessário para a efetivação da guarda, mas sim critérios de ordem subjetiva, qual seja, o melhor interesse do menor. É, pois, por meio deste modelo de guarda, ou melhor dizendo, guarda compartilhada, que os pais mantêm os filhos em sua companhia, garantindo-lhes proteção, educação, afeto, amor, alimentos, enfim, preparando-os para que possam se desenvolver como pessoas e serem cidadãos capazes de exercer seus direitos e obrigações.

Apesar de, como já dito, não ser critério a necessidade de dispositivo legal para a efetivação da guarda compartilhada, há projeto de lei<sup>7</sup> em trâmite no Congresso Nacional, que dispõe especificamente sobre sua instituição e regulamentação, vez que propõe a alteração da redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

---

<sup>7</sup> Anexo B – Projeto de Lei número 6.350/02.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ocorrência de mudanças sociais, como a ascensão da mulher no mercado de trabalho, a participação do homem de forma mais efetiva, no dia-a-dia familiar, bem como a perda das características da família patriarcal, exigem uma redistribuição das funções na família e novas maneiras de se estabelecer vínculos. Igualmente o aumento do número de rompimento dos laços matrimoniais contribui para que as questões que se relacionam a guarda adquirem cada vez maior importância.

O artigo 1.584 do atual Código Civil dispõe que a guarda deve ser garantida ao cônjuge que tiver melhores condições de exercê-la. Quando se fala em condições, não se faz referência tão somente às condições financeiras, mas igualmente as condições morais, afetivas, sociais e culturais. Portanto, acredita-se que a guarda compartilhada é a que melhor corresponde aos interesses do menor, dando-lhe maior segurança, estabilidade e equilíbrio psicológico.

Com a adoção do modelo de guarda compartilhada, nota-se que a justiça tem trilhado à procura de decisões mais justas e tem procurado igualmente fazer com que os pais estabeleçam acordos entre si, uma vez que ambos deverão ceder a fim de que se alcance melhores soluções objetivando o bem-estar dos filhos.

O Código Civil prescreve ainda que o progenitor que não convive com o filho continua detendo todos os direitos e obrigações que se referem ao poder familiar, explicando, que o genitor que convive, quando detém a guarda dos filhos, não terá maiores direitos que o outro progenitor, exceto o direito de poder conviver com os filhos em sua residência.

Porém, diversas questões consideradas de extrema relevância não foram tratadas no Código Civil de 2002. Uma dessas questões é o significado de conceder tanto aos filhos quanto ao genitor não convivente, o direito de ser próximos e conviver um com o outro, abolindo as visitas de finais de semana alternados, que contribuem para o afastamento do filho deste genitor, trazendo prejuízos ao desenvolvimento da criança.

No Brasil, vários julgados já se posicionaram a favor da inversão da guarda, devido às imensuráveis barreiras postas pelo genitor convivente às visitas do genitor não convivente. No entanto, a sociedade está bastante distante de eliminar por completo esta prática, tornando-se necessárias, desta forma, que se instituam com a máxima urgência, legislações que reprimam prática de tal natureza.

A guarda compartilhada vem, então, fazer um corte no instituto da guarda única, com finalidade de se proporcionar aos pais e filhos uma convivência estreita e íntima. Vem como um meio a possibilitar a presença de ambos os pais na tomada de decisões acerca do futuro dos filhos, respeitando os princípios consagrados na Constituição Federal.

O objeto dessa pesquisa foi mostrar a todos que a guarda compartilhada diminui o abismo que separa pais e filhos, permitindo assim um relacionamento íntimo e solidário entre eles com o objetivo de alcançar indivíduos mais saudáveis e uma sociedade mais justa e democrática, conforme os princípios constitucionais vigentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Francielle Seemann. **Guarda Compartilhada – Priorizando o Interesse do(s) Filho(s) após a Separação Conjugal**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91007-priorizando.htm>> Acesso em 14 de set. 2007.

BARBOSA, Rosana Cipriano Simão. et. all. **Guarda Compartilhada: aspectos jurídicos e psicológicos**. São Paulo: Equilíbrio Ltda, 2002.

BARRETO Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em 15 de set 2007.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente** / Trabalhos de pesquisa e elaboração de índice por Maria Celeste José Ribeiro. - 4. ed. rev. e atual. - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 10.406/02** – Código Civil Brasileiro.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 4.121/62**. Estatuto da mulher casada.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei número 6.515/77**. Lei do Divórcio.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Federativa do Brasil. **Decreto Lei número 5.452/43**. Consolidação das Leis do Trabalho.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei 6.697/79**. Código de Menores.

CAMARGO, Joecy Machado. **Guarda e Responsabilidade**. In: **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 4.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti [et al.]. [Coord.] **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18ª e 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002/2006. vol. 5.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. **O princípio da igualdade aplicado à família**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugalidade**. Passo Fundo: UPF, 2003.

FURQUIM, Luis Otávio Sigaud. **Os Filhos do Divórcio**. Consulex Vol. 11, nº 254, p. 54. ago, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a guarda compartilhada** Disponível em:<[http://www.juristas.com.br/a\\_2691~p\\_1~O-estudo-sobre-a-guarda compartilhada](http://www.juristas.com.br/a_2691~p_1~O-estudo-sobre-a-guarda_compartilhada)>. Acesso em 15 de set. 2007.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família: aspectos polêmicos**. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

MELLO, Rogério de. **Retrocessos e avanços na Separação Judicial**. Disponível em: <<http://www.rjnet.com.br/direitoseparacao.php>> Acesso em 17 de set. 2007.

MONTALVÃO, Antonio Fernando Dantas. **Artigo 1.564 do novo Código Civil põe fim ao privilégio da mãe na guarda dos filhos**. Disponível em: <[http://www.pailegal.net/chicus.asp?rv\\_TextoId=1042829185](http://www.pailegal.net/chicus.asp?rv_TextoId=1042829185)> Acesso em 26 de jun 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Civil: Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**: e legislação constitucional. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

PERLINGIERI Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIZZI, Maria Helena. Guarda **Compartilhada (sob o prisma psicológico)**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=480180144>> Acesso em 17 de set. 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil. Direito de Família**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 6.

SANTOS, Lia Justiniano dos. **Guarda compartilhada: modelo recomendado**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n.8, v.2, p.155-165, Jan/fev/mar, 2001.

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

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada: posicionamento judicial**. 2ª ed. São Paulo: LDE, 2006.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Parental nos casos de divórcio**. Coimbra: Almedina, 1997.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDTH, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívica. **Vade Mecum** / obra coletiva. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

VELOSO, Zeno. **Direito sucessório dos companheiros. Direito de Família e o novo Código Civil.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. 6.

VILELA, Sandra R. Vilela. **O novo Código Civil para os profissionais do Direito.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net-textoimprime.asp?rvTextoId=1042829185>> Acesso em 26 de jun. 2007.

## COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

### **PROJETO DE LEI Nº 6.350, DE 2002**

*Define a guarda compartilhada.*

Autor: Deputado TILDEN SANTIAGO

Relator: Deputado HOMERO BARRETO

### **VOTO EM SEPARADO DA DEPUTADA JANDIRA FEGHALI**

#### **I - RELATÓRIO**

O Projeto de Lei em tela, de autoria do Deputado TILDEN SANTIAGO, define a guarda compartilhada, alterando o Código Civil vigente, acrescentando dois parágrafos ao art. 1583 e dando nova redação ao *caput* do art. 1584 daquele diploma legal, além de outras providências relacionadas com o tema. A sua finalidade é tornar essa modalidade de guarda o procedimento normal nos casos de separação dos pais, para que estes exerçam conjunta e solidariamente a responsabilidade parental sobre os filhos.

A ele foi pensado o Projeto de Lei n.º 6.315, de 2002, de autoria do Deputado FEU ROSA, que altera dispositivo do Código Civil para instituir a guarda compartilhada nos termos de acordo celebrado pelos pais. Nenhuma das duas proposições foi emendada nesta Comissão.

O ilustre Relator designado para dar parecer às proposições nesta Comissão, Deputado HOMERO BARRETO, votou pela aprovação do Projeto de Lei n.º 6.350/02 e pela rejeição do Projeto de Lei n.º 6.315/02.

É o Relatório.

#### **II - VOTO EM SEPARADO**

Não há, no direito positivo brasileiro, norma expressa que autorize a aplicação do sistema de guarda compartilhada. No entanto, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, estatui que “*que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”, com base no princípio da dignidade

humana e paternidade responsável. Também a Lei 6.515/77, que trata do divórcio, traz disposições que autorizam a efetivação do compartilhamento da guarda:

“Art. 9º “no caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual (art. 4º) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. Traz ainda a Lei em seu art. 27, que “o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos”,.

A Lei 8.069/90, que trata do Estatuto da Criança e Adolescente, traz,

por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada, a saber: o seu art. 4º, *caput*, transmite o que o art. 227 da CF já contém:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária”. O art. 27º estabelece que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Os projetos apresentados são ambos meritórios e oportunos, vindo ao encontro da tendência crescente de decisões de nossos tribunais, que vêm fazendo uma construção jurisprudencial em favor da guarda compartilhada, entendida como o método mais eficaz para garantir a proteção e o melhor interesse dos filhos, na separação dos pais.

Como bem destaca o autor da proposição principal, em sua

Justificativa,

*"A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável".*

Várias razões, no entanto, me motivaram a pedir vistas ao projeto em questão. Ao ter o primeiro contato com a matéria percebi que a expressão “guarda compartilhada” poderia ser confundida com “guarda alternada”, o que acarretaria um entendimento de que a guarda dos filhos se daria em formato que resultaria numa falta de estabilidade para os filhos de pais separados, no que diz respeito à sua própria casa. Também tive preocupação com relação à pensão e como a guarda compartilhada poderia interferir nesta garantia, além da questão, que considero grave, da consequência para os filhos numa exposição constante diante de uma situação de conflito.

Não menos relevante foi a realidade dos fatos hoje vivenciados por nossa sociedade. Infelizmente o que assistimos é a ausência dos pais, vista desde a gravidez e após a separação, inclusive com desrespeito ao cumprimento de determinações judiciais como pensão alimentícia e visitas regulares aos filhos. O crescimento do número de mulheres chefes de família reflete o abandono a que muitas são submetidas pelos ex-companheiros. O aumento dos pedidos de exame DNA em processos de reconhecimento de paternidade são uma imagem triste deste abandono. O próprio movimento de pais separados em defesa da guarda compartilhada reconhece que apenas 10% dos pais lutam para ter uma participação mais efetiva na vida dos filhos após a separação. E, mesmo esses 10%, acabam diluídos na opinião pública frente a realidade já expressa e também em função da ausência de uma ação mais concreta do movimento, o que foi comprovado pela procura tardia dos parlamentares desta Comissão.

Frente a tudo isso procurei ouvir juristas, defensores públicos e também vários pais que expressaram sincera angústia e fui levada a compreender que algumas de minhas dúvidas não tinham razões, como a pensão, e que outras poderiam ser solucionadas

com alterações na redação do projeto de lei. Entendi que o instrumento da guarda compartilhada direciona para a redução dos conflitos, mas mantive minha opinião de que a dubiedade do texto mereceria melhores definições. Cabe ressaltar que a guarda conjunta aqui tratada não significa uma divisão estrita das horas que a criança passa com cada genitor – dispositivo determinado como guarda alternada. No modelo de guarda compartilhada ou conjunta, apesar da criança residir com um dos pais, deve-se garantir uma convivência ampliada com ambos os genitores, responsáveis pela educação das crianças. Como sinaliza a psicóloga Leila Maria Torraca de Brito em artigo sobre a Guarda Conjunta:

*“..Quando o Estado reconhece a importância da guarda conjunta, reafirma-se um princípio de perenidade da dupla filiação”.*

Entendo a necessidade de trazer o instituto da guarda compartilhada expresso no Código Civil, especialmente porque, como defensora intransigente da igualdade entre homens e mulheres, considero que a co-responsabilidade desonera as mulheres com relação aos filhos, na medida em que, de fato, divide o peso da criação dos filhos entre pai e mãe. Além disso, quando os pais marcam sua presença de maneira mais eficiente, apesar da ruptura, se mantém o exercício em comum da autoridade parental, e cada um dos pais conserva o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.

Defendo que, no campo do direito de família, a norma legal deve ser aberta de maneira a contemplar sempre o caso concreto e ao contemplar um caso de guarda de filhos a regra de ouro é sempre o interesse dos filhos. E este interesse deve ser estudado caso a caso, devendo o juiz utilizar-se de mecanismos técnicos para tal como os estudos social e psicológico.

Como esclarece também o ilustre Relator, deputado HOMERO BARRETO, *"A separação e o divórcio tornaram-se muito comuns na sociedade brasileira e o legislador tem a obrigação de avançar no tratamento deste tema. A questão é tão ampla que os hábitos tradicionais estão mudando radicalmente. Um exemplo disso é o fato de que hoje muitas escolas aboliram as tradicionais comemorações do Dia das Mães e Dia dos Pais e as substituíram por um Dia da Família. Essa mudança se deu porque cerca de 70% das crianças hoje em idade escolar convivem com aglomerados familiares múltiplos, formados por irmãos de diversos casamentos de seus pais, mães, padrastos, madrastas e formando agrupamentos muito distintos da família nuclear tradicional. Não obstante, permanece inabalável a idéia de família, só que estabeleceu-se nesse conceito certa elasticidade para englobar todos aqueles que convivem com o jovem, amando e fornecendo seu lugar especial no mundo."*

Não temos dúvida de que a guarda compartilhada é uma das fórmulas de guarda que atende muito bem ao melhor interesse da criança, quando essa fórmula é possível de ser aplicada. Assim, compartilhamos inteiramente a visão que o Relator adota sobre o tema, e que expressa com muita propriedade no seu Relatório, *ipsis litteris*:

*"A guarda compartilhada é um avanço protetivo da família brasileira, que pode ter se transformado conforme os costumes sociais se modificaram, mas ainda tem que ser o nicho seguro, a base da formação do caráter de nossos cidadãos. Não é mais tempo de 'pais de fim de semana' ou 'mães de feriados'. É preciso que os genitores compreendam que sua presença diária é indispensável, e que seus*

*deveres não cessam com o fim do casamento. Os filhos são laços eternos entre os que se separaram ou divorciaram."*

Desse entendimento, o que nos parece é que os dois projetos de lei apensados têm ambos mérito e que são complementares, um porque avança no sentido de uma solução avançada, mais compatível com a realidade social de nossos dias e mesmo com os dispositivos constitucionais que asseguram a plena isonomia entre o homem e a mulher; e o outro porque nele fala a voz da experiência prática das separações de casais e de seu relacionamento posterior, alertando para a necessidade de serem consensuais disposições que exigem uma contínua negociação.

Essa é a parte do projeto que melhor corresponde ao trecho do parecer do ilustre Relator em que ele o elogia, com propriedade, com as seguintes palavras:

*"O que o Projeto de Lei n.º 6.350/02 faz é estimular a guarda compartilhada, o que nos parece sensível e oportuno avanço nesse campo tão importante do Direito da Família."*

Nesse sentido, oferecemos substitutivo, em anexo, com essa intenção, ao qual, em primeiro lugar, esperamos ter a adesão do ilustre Relator, nos termos do art. 57, XI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e ficaremos muito honrados se ele as acolhesse como sugestão de alterações e com elas concordasse, nos termos daquele artigo.

Caso isso não ocorra, registramos aqui que nosso voto em separado é pela aprovação do Projeto de Lei n.º 6.350/02 e do Projeto de Lei n.º 6.315/02, a ele apensado, na forma do substitutivo que apresentamos em anexo, que integra, em nosso entender, as formulações principais de ambos.

Sala da Comissão, em 10 de Novembro de 2004.

Deputada **JANDIRA FEGHALI PCdoB/RJ**

## COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

### SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N.º 6.350 , DE 2002

Dispõe sobre a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1º.** Esta Lei institui a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

**Art.º 2º .** O art. 1.583 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 1.583. ....

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda partilhada, incentivando a adoção desse sistema.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional , social e de bem estar dos filhos.

§ 3º Havendo interesse do casal em adotar o sistema de guarda compartilhada, cabe aos mesmos de comum acordo definirem as regras.

**Art. 3º.** O *caput* do art. 1584 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação, renumerando o parágrafo único em §1º:

“Art. 1584 Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído o sistema da guarda compartilhada, hipótese em que será nomeado curador para elaborar os termos do exercício dessa guarda.”

§ 1º .....

§2º Deverá ser nomeada equipe interdisciplinar composta por psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança objetivando subsidiar o curador, no prazo máximo de 45 dias.

§3º Na impossibilidade do cumprimento do §2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar referente a jurisdição da Comarca para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 45 dias.

**Art. 4.** °Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 10 de Novembro de 2004.

**DEPUTADA JANDIRA FEGHALI**

**(PCdoB/RJ)**