

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**ALAN JORGE QUEIROGA ROSA**

**ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O INSTITUTO DA  
GUARDA COMPARTILHADA**

**SOUSA**

**2018**

**ALAN JORGE QUEIROGA ROSA**

**ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O INSTITUTO DA  
GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Campina Grande no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Campus Sousa-PB, como requisito parcial para obtenção do grau Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Flávia Lins Souto.

**SOUSA**

**2018**

**ALAN JORGE QUEIROGA ROSA**

**ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O INSTITUTO DA  
GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Campina Grande no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Campus Sousa, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 27 de Julho de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROFA. DRA. Ana Flávia Lins Souto**  
**ORIENTADOR**

---

**PROF. José Alves Formiga**

---

**PROF. José Idemário Tavares de Oliveira**

## AGRADECIMENTOS

A Deus, criador do universo que me mantém de pé todos os dias.

A minha filha, Ana Livia Alves Queiroga Rosa, a quem dedico toda a minha luta, meu empenho diário, minha batalha para chegar até aqui e principalmente todo o meu amor e dedicação.

A meu pai *in memoriam* que não é esquecido por mim e constantemente encontra-se em meus pensamentos, sonhos e planos, pessoa de rara humildade e humanidade, com o coração mais lindo conheci, que me ensinou os valores que carregarei e repassarei a minha filha com todo orgulho do mundo e que eternamente amarei com todas as minhas forças.

A minha mãe que mesmo materialmente distante nunca deixou de ser fonte de inspiração, amizade e amor na minha vida.

A minha avó paterna, que por muitos anos desempenhou e ainda desempenha o papel de pai e mãe para comigo, que cuidou de mim e me deu todo amor, carinho e suporte que precisei quando meu pai, considerado alicerce da minha vida, teve de partir deste plano, muito obrigado vó pra sempre te amarei.

A meus irmãos que com muita atenção, cuidado, companheirismo e carinho sempre se fizeram presentes na minha vida.

A todos os meus tios e tias, em especial Jucilene e Jucileide, por serem as mais próximas, consideradas verdadeiras mães pra mim, dedicando sua atenção, tempo, companhia e amor sempre que necessito nunca me cansarei de dizer que amo vocês, muito obrigado por tudo.

Enfim, a toda a minha família por todo carinho, paciência, atenção, amor e união, valores que sempre usarei como exemplo na vida.

A minha orientadora que com sua sabedoria e paciência singulares foi essencial para a obtenção do sucesso na criação do meu trabalho.

A todos os meus amigos que me apoiaram nessa caminhada árdua, me dando todo suporte emocional para nunca desistir dos meus sonhos.

“Para realizar grandes conquistas, devemos não apenas agir, mas também sonhar; não apenas planejar, mas também acreditar”.

Anatole France

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar os principais aspectos jurídicos do instituto da guarda compartilhada, criado através da promulgação da Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008 e posteriormente modificado pela Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Trata-se de um estudo que busca analisar de forma mais aprofundada o instituto jurídico da guarda conjunta, baseando-se no fato de que esta seja atualmente a melhor opção a ser aplicada aos casos onde ocorra a ruptura conjugal entre os genitores ou mesmo em casos em que se verifica a inexistência de qualquer vínculo conjugal entre àqueles, ao passo que proporciona a segurança e o cumprimento dos princípios constitucionais, base que fundamenta os direitos básicos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. O compartilhamento da guarda é atualmente a opção de exercício da guarda prevista na legislação que mais procura minimizar os efeitos negativos experimentados pelos menores que passam por situação de separação de seus genitores ou mesmo de disputa de guarda no poder judiciário. Tratar-se-á dos aspectos relativos ao poder familiar, assim como de sua suspensão, destituição e extinção, considerando todas as questões que permeiam o instituto jurídico da guarda dos filhos e todas as modalidades de guarda existentes na legislação brasileira, realizando uma evolução histórico-jurídica de tal instituto na legislação nacional. Tal pesquisa se mostra demasiadamente importante, tendo em vista que o conceito e a própria conjuntura de família encontra-se em constante evolução no tempo e no espaço, não só no Brasil, mas em todo o mundo, de modo que se torna importante que a própria legislação passe a considerar tal fato, criando e aplicando as leis com o objetivo de efetivar a busca pelo melhor interesse do menor, ser humano, que por condições biológicas óbvias encontra-se em pleno desenvolvimento físico, mental, moral e cultural. Para se chegarem às premissas expostas foi utilizada a pesquisa bibliográfica documental e descritiva, bem como a consulta à legislação pátria.

**Palavras-Chaves:** Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Ruptura conjugal. Menor.

## **ABSTRACT**

The present work aims to address the main legal aspects of the shared custody institute, created through the enactment of Law 11,698 of June 13, 2008 and later modified by Law 13.058 of December 22, 2014. It is a study that seeks to further analyze the joint custody legal institute, based on the fact that this is currently the best option to be applied to cases where there is a marital break between the parents or even in cases where it occurs the absence of any conjugal link between them, while providing security and compliance with constitutional principles, the basis for the basic rights of children and adolescents in the Brazilian legal system. Sharing custody is currently the option of exercising custody under the legislation that seeks to minimize the negative effects experienced by minors who are separated from their parents or even from a custody dispute in the judiciary. It will deal with the aspects related to family power, as well as their suspension, dismissal and extinction, considering all the issues that permeate the legal institute of child custody and all forms of custody existing in Brazilian legislation, making a historical evolution legal system of such an institution in national legislation. Such research proves to be too important, since the concept and the family context itself is constantly evolving in time and space, not only in Brazil but throughout the world, so that it becomes legislation to consider this fact, creating and applying the laws with the purpose of effecting the search for the best interest of the child, human being, who by obvious biological conditions is in full physical, mental, moral and cultural development. In order to arrive at the exposed premises, we used documentary and descriptive bibliographical research, as well as the consultation of the national legislation

**Keywords:** Shared Guard. Family Power. Marital rupture. Smaller.

## LISTA DE SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
CC/2002	Código civil de 2002
CC/1916	Código Civil de 1916
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CF/1988	Constituição Federal de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ed.	Edição
n°	Número
p.	Página
§	Parágrafo
RT	Revista dos Tribunais
v.	Volume

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2. DO PODER FAMILIAR .....</b>	<b>15</b>
2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS E DEFINIÇÃO DE PODER FAMILIAR .....	15
2.2 DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR .....	20
2.3 DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR .....	23
2.4 DA PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	25
2.5 DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	27
<b>3. DO INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA.....</b>	<b>30</b>
3.1 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
3.2 DO CONCEITO E PONDERAÇÕES SOBRE A GUARDA .....	34
3.3 ESPÉCIES DE GUARDA .....	38
<b>3.3.1 Guarda Unilateral.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3.2 Guarda Alternada .....</b>	<b>41</b>
<b>3.3.3 Guarda Física ou Material e Jurídica ou Legal .....</b>	<b>42</b>
<b>3.3.4 Aninhamento ou Nidação .....</b>	<b>43</b>
<b>4. DA GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>46</b>
4.1 DO CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA.....	46
4.2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	48
4.3 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA: O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	55
<b>4.3.1 A Aplicabilidade da Guarda Compartilhada .....</b>	<b>59</b>
<b>4.3.1.1 Efeitos Positivos – Vantagens da Guarda Compartilhada .....</b>	<b>62</b>
<b>4.3.1.2 Efeitos Negativos - Desvantagens da Guarda Compartilhada.....</b>	<b>64</b>
<b>4.3.1.3 Efeitos Psicológicos .....</b>	<b>66</b>
4.4 ASPECTOS PRÁTICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	68
<b>4.4.1 Residência dos Pais: Com ou Sem Alternância? .....</b>	<b>69</b>
<b>4.4.2 Responsabilidade Civil Dos Pais .....</b>	<b>71</b>

<b>4.4.3 Alimentos E Visitas .....</b>	<b>74</b>
<b>4.4.4 Educação dos Filhos.....</b>	<b>77</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>84</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A guarda dos filhos é um instituto demasiadamente antigo que remonta as suas origens no Direito romano. É de conhecimento notório o fato de que um divórcio ou uma separação são situações que possuem deslindes um tanto quanto problemáticos, difíceis e quando somados a existência de filhos menores pode gerar consequências psicológicas e comportamentais, devastadoras ao futuro dos filhos comuns.

É sob essa perspectiva que surge a ideia do compartilhamento da guarda: diminuir os efeitos negativos causados pelo processo de divórcio ou separação dos genitores, proporcionando aos filhos menores a convivência diária com seus pais, evitando assim que os filhos sofram por questões alheias a sua vontade.

Atualmente têm sido extensas as discussões a respeito do instituto jurídico da guarda compartilhada, principalmente no que se refere a sua melhor compreensão, seus benefícios e quanto aos aspectos práticos de sua aplicação ao caso concreto. Considerado um instituto relativamente novo, a guarda conjunta foi legalmente prevista somente a partir da Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008 e posteriormente modificado pela Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014, no entanto, existem relatos na doutrina de que sua utilização já era feita antes de sua legalização, baseando-se na jurisprudência dos tribunais.

O objetivo do presente trabalho é discutir de forma aprofundada sobre os aspectos jurídicos mais relevantes sobre o instituto da guarda compartilhada, na busca pelo melhor interesse do menor, discorrer sobre alguns aspectos práticos e teóricos que envolvem tal tema, bem como, sua relevância atual para o ordenamento jurídico pátrio na busca incansável pela garantia dos direitos da criança e do adolescente dentro da estrutura familiar.

A importância de tal tema surge através do fato de demonstrar que a sociedade contemporânea, altamente mutável e em constante evolução passou a adotar um conceito muito mais amplo e aberto da entidade familiar, principalmente ao considerar tal estrutura no passado. Não é raro ver nos dias atuais casamentos e uniões estáveis se desfazendo, após desfeitas, os indivíduos passam a residir em locais diversos, ou mesmo cidades diversas. Dessa forma, são importantes que se verifiquem dentro do ordenamento jurídico pátrio, as regras que devem se aplicar a

guarda dos filhos menores nestas situações ou mesmo em outras diversas situações que podem eventualmente surgir na atualidade.

É de suma importância que princípios constitucionais como o do melhor interesse do menor, o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade dos filhos, entre outros, sejam sempre respeitados em tais situações, assim, seja qual for a decisão judicial para cada caso, esta deve ser pautada na busca por resguardar o interesse da parte mais frágil da relação, o menor, seu bem estar e a promoção de um futuro saudável, em um ambiente familiar harmonioso, procurando minimizar ou mesmo sanar a possibilidade de ocorrência de problemas entre os genitores que possam eventualmente vir a afetar direta ou indiretamente a formação social, psicológica, comportamental e de caráter dos menores.

Tanto a mãe quanto o pai, desde que possuam capacidade moral, social, física e psicológica, não só podem como devem, se assim desejarem, estar presentes durante o processo de formação dos seus filhos, sendo este o caminho mais saudável para ambos, exercendo seus direitos com relação à guarda dos filhos de forma paritária. É justamente o que prescreve a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 5º.

Em síntese, não é justo nem saudável a criação dos filhos menores que o rompimento da relação conjugal de seus genitores cause a estes o prejuízo da não convivência com qualquer deles, fato que pode ensejar uma grave ameaça à formação do caráter de todo e qualquer indivíduo em fase de evolução.

A guarda compartilhada trazida pela Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008, e posteriormente alterada de forma parcial pela Lei nº 13.058 de 22 de Dezembro de 2014, tem como objetivo precípuo e fundamental a promoção da igualdade dos direitos e deveres entre os genitores, entretanto, para que tal modalidade de guarda atinja os fins para os quais foi criada torna-se fundamental que exista a cooperação entre os genitores, decidindo e opinando de forma conjunta sobre aspectos relacionados a criação, educação, saúde, lazer, religiosidade, entre outras questões, de modo que o interesse do menor se sobreponha aos interesses dos pais.

A escolha pelo tema que se apresenta se deu em razão do interesse pessoal do pesquisador pelo ramo de Direito de família, levando-o a aprofundar-se no conhecimento referente à guarda compartilhada, bem como poder contribuir socialmente com este estudo para os futuros estudantes ou pesquisadores interessados no tema, que apesar de ter sido previsto legalmente somente a partir

de 2008, já era utilizado pelos magistrados baseando-se na jurisprudência dominante, pois entendiam os magistrados à época que seria esta, a opção que mais beneficiaria o menor em casos de ruptura conjugal ou separação dos genitores.

Como objetivo específico, busca-se identificar os aspectos jurídicos da guarda compartilhada e sua respectiva aplicabilidade nos casos práticos, procurando diferenciar este tipo de guarda dos demais tipos previstos no ordenamento jurídico pátrio, diferenciando-a ainda da ideia de poder familiar que muitas vezes é confundida pelos estudantes que se interessam pela matéria.

A análise deste trabalho recairá sobre o estudo da lei 11.698 de 13 de Junho de 2008 que instituiu legalmente a guarda compartilhada, da Lei nº 13.058 de 22 de Dezembro de 2014 que estabeleceu o conceito de guarda compartilhada e dispôs sobre sua aplicação, da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 que instituiu o novo Código Civil brasileiro, fazendo menção sempre que necessário ao Código Civil brasileiro de 1916, além de diversos doutrinadores renomados na área do Direito de Família brasileiro e finalmente de leis esparsas como a Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e da Constituição Federal de 1988.

Para tanto se utilizou o tipo de pesquisa bibliográfica descritiva e documental, não ocorrendo interferência do pesquisador, que busca descobrir a ocorrência do presente tema na sociedade atual, suas principais características e aspectos jurídicos, os motivos que levaram o legislador a criar tal instituto, sua relação com outros ramos do direito e seus aspectos positivos e negativos quando de sua aplicabilidade prática ao caso concreto. Desta feita, o pesquisador buscou adquirir as informações aqui contidas a partir da utilização predominante da pesquisa bibliográfica e documental indireta realizada através de fontes primárias (norma jurídica, jurisprudências, etc.) e secundárias (doutrinas, artigos e revistas) que tratem sobre o presente tema.

Foram utilizados ainda trabalhos recém-publicados em livros, periódicos, teses e dissertações, ademais, ocorreram à utilização de recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

## 2. DO PODER FAMILIAR

Para uma compreensão adequada do tema proposto neste estudo, faz-se necessário que seja realizada uma análise sobre o poder familiar, com o objetivo de realizar a construção de uma base lógica que leve ao correto entendimento do instituto da guarda compartilhada e de seus aspectos jurídicos aplicados no sistema jurídico brasileiro. A partir dos capítulos seguintes será realizado um aprofundamento no estudo relacionado à guarda e suas respectivas modalidades previstas legalmente no ordenamento jurídico pátrio e finalmente os aspectos mais importantes da guarda compartilhada.

### 2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS E DEFINIÇÃO DE PODER FAMILIAR

No direito antigo a noção de pátrio poder estava fundada diretamente no princípio da autoridade, tendo a rigidez e a severidade como lastros centrais de manutenção. Sofria forte influência da figura do *pater familias*, (chefe da família) que era ao mesmo tempo sacerdote do culto doméstico. O mesmo acontecia na Grécia antiga, sendo que a autoridade do pai era passada ao filho considerado mais hábil (PEREIRA 2017).

Importante se faz trazer a menção realizada por Caio Mário da Silva Pereira a respeito da evolução do pátrio poder:

No Direito Romano, os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao *pater familias* a autoridade suprema no grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre o filho (*ius vitae ac necis*). Nem a evolução dos costumes, nem o direito da Cidade pôde abrandar o rigor deste poder soberano. A partir da República, houve ligeiro decréscimo. Mas, somente a partir do século II, é que se vislumbrou substituir na *potestas* a atrocidade pela piedade: *nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* (...)

(...) No direito germânico, o poder paterno – *mund, mundiu* – não foi tão severo quanto a *patria potestas romana*. Originariamente, não foi estranha a faculdade de expor e vender o filho. Mas o que se revela fundamentalmente diverso, e que viria a contribuir sobremodo na evolução do instituto, é que as relações dele oriundas eram dúplices, no sentido de que geravam o dever de o pai e a mãe criarem e educarem o filho. (...)

(...) No direito das Ordenações, predominou a sistemática romana, com o poder conferido ao pai (exclusivamente ao pai), de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição, administrar o seu patrimônio. A maioria não emancipava o filho, que somente se liberava da sujeição paterna quando cessasse o pátrio poder pelas formas então previstas. (PEREIRA, 2017, p. 515).

No Brasil colônia sob o reinado de Portugal o pai tinha um domínio absoluto dos filhos, bem como sob sua esposa e seus escravos, a ele era dado o direito de castigar quaisquer destes, sendo que seus filhos e esposa poderiam ser castigados de forma moderada, como forma de ter sua autoridade cumprida dentro do lar (MADALENO 2018).

O projeto do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, editado entre os anos de 1860 e 1865, existia a previsão legal de que o pai poderia castigar moderadamente os filhos, podendo inclusive requerer do juiz dos órfãos autorização para detenção da prole por até quatro meses na casa correcional, sem direito a recurso (MADALENO 2018).

No Brasil, o atual poder familiar, antigamente denominado de pátrio poder, passou a ser tratado em alguns dispositivos normativos como a Resolução de 31 de Outubro de 1831 que disciplinava a menoridade e o atingimento da capacidade civil aos 21 anos de idade, bem como o Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890, que deu a viúva o pátrio poder em relação a prole no caso de extinção da relação, entretanto tal poder seria retirado da pessoa da viúva no caso de contração de novo casamento (PEREIRA 2017).

O código Civil de 1916 em sua redação original atribuiu o pátrio poder ao marido e somente na falta deste a mulher passaria a detê-lo. Entretanto, caso a viúva contraísse novas núpcias perderia o pátrio poder com relação ao filho do primeiro casamento, sendo nomeado tutor para o menor. O filho de casais que não eram casados, mas que não havia nenhum impedimento para que se casassem chamados à época de filho natural, ficava sob o poder do pai ou da mãe que o reconhecesse enquanto filho, caso ambos o reconhecessem este ficaria sob o poder do pai, exceto se o próprio juiz decidisse de forma diversa (PEREIRA 2017).

O termo “poder familiar” foi trazido legalmente somente a partir da promulgação da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 (BRASIL, 2002) que instituiu o atual Código Civil Brasileiro em vigor. Até então, o termo utilizado pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) era “pátrio poder”, expressão remanescente do direito romano que ressaltava a figura do chefe de família, fazendo remissão a *pater potestas*, que é o direito absoluto sobre a entidade familiar que recaia sob a figura do chefe de família, sendo ele o responsável em todos os aspectos pela manutenção da entidade familiar no seio da sociedade romana (VENOSA, 2010, p. 303).

O poder familiar foi tratado pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) (BRASIL, 1988) atribuindo a responsabilidade de forma paritária aos genitores, máxima já trazida outrora pela Lei nº 4.121 de 27 de Agosto de 1962 (BRASIL, 1962), popularmente conhecida como estatuto da mulher casada e assegurada legalmente na atualidade pelo CC/2002 em seu art. 1.631 (BRASIL, 2002) que aduz que durante o casamento ou mesmo na união estável, o poder familiar compete aos pais e no caso de haver impedimento ou falta de um deles o outro exercerá tal poder com exclusividade, não fazendo remissão a qualquer diferença relativa ao gênero de quaisquer deles.

Desta forma, surge uma dúvida inevitável: como se resolveria a situação no caso em que houvesse divergência entre as opiniões dos genitores quanto aos assuntos relacionados ao poder por estes exercidos diante dos filhos menores?

Em síntese pode-se afirmar que quando da vigência do CC/1916 (BRASIL, 1916) o pátrio poder era exercido, em regra, exclusivamente pelo pai, sendo este, considerado o chefe da família, responsável por sua manutenção, assim somente no caso de sua falta ou na existência de algum impedimento, tal poder poderia ser exercido pela mulher, ademais, nos casos em que houvesse divergências, prevalecia sempre à opinião masculina (PEREIRA 2017).

No entanto, com o passar do tempo e com as mudanças que levaram a sociedade a igualar os direitos entre homens e mulheres, a questão passou a ser tratada de modo diverso. Com a entrada em vigor do atual CC/2002, a questão passou a ser tratada a luz do princípio da igualdade entre os genitores, prevista no texto magno de 1988, com regra repetida no art. 1.631 (BRASIL, 2002), que assim dispõe:

Art. 1.631. 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** (grifo nosso).

Regra repetida ainda no art. 21 da lei 8.069 de 13 de Julho de 1990 (BRASIL, 1990) que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 21. O **poder familiar** será exercido, em **igualdade de condições**, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (grifo nosso).

Quanto ao conceito de poder familiar (Gonçalves, 2018, p.411) preleciona tal instituto como sendo “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. Enquanto (Tartuce, 2018, p.513) afirma que poder familiar é “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

Nesse diapasão, torna-se importante trazer a definição de Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado quanto ao poder familiar:

Conceito: é o dever-poder (nessa ordem) dos pais de desenvolverem todas as faculdades do filho. b) Natureza jurídica: é um dever antes de ser poder. Prevalece a ideia da responsabilidade segundo um binômio de exercício regular e desenvolvimento integral. c) Titularidade: a ideia que prevalece, atualmente, é a de exercício conjunto, em substituição ao exercício subsidiário pela mulher (Estatuto da Mulher Casada), tanto no casamento, quanto na união estável (COLTRO E DELGADO, 2018, p.46).

Nessa mesma perspectiva, Maluf e Maluf (2016, p.651) conceitua o poder familiar como sendo “(...) o conjunto de direitos e obrigações, atribuídos igualmente ao pai e à mãe, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, com o intuito de proporcionar o desenvolvimento de sua personalidade e potencialidades”.

Tal instituto baseia-se na necessidade básica e até lógica de que uma vez constituída a família e advindo filhos, não é o bastante somente alimentá-los e deixar que estes cresçam conforme a lei da natureza. De tal problemática surge a verificação da necessidade de educá-los, protegê-los e dirigi-los (GONÇALVES, 2018).

Quanto à natureza jurídica do poder familiar, pode-se afirmar que este é considerado um múnus público, sendo entendido como um encargo, uma responsabilidade atribuída aos genitores, que se perdura enquanto durar a menoridade de sua prole. É ainda considerado um poder-dever praticado pelos pais em favor de seus filhos em prol de seu desenvolvimento (MALUF E MALUF 2016).

Com igual entendimento, Madaleno (2018, p.704) assevera que no que se refere à natureza jurídica, o poder familiar “(...) é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectivos e afetivos (...)”.

Quanto a suas características o poder familiar é irrenunciável e indelegável, ou seja, os genitores não podem transferir ou renunciar tal atribuição a terceiros, se permitido fosse, estar-se-ia a autorizar que os genitores retirassem de seus ombros uma responsabilidade que é só deles (GONÇALVES 2018).

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Calda do Rego Freitas Dabus Maluf ao tratar das características do poder familiar, sob essa mesma perspectiva, ressaltam que:

O poder familiar apresenta as seguintes características basilares: é um poder-dever, pertencente aos pais, que não se exaure com a separação destes, situando-se entre o poder e o direito subjetivo; é irrenunciável, pois não podem os pais abrir mão dele; é, por natureza, indivisível, salvo quando ocorre a separação do casal, ocasião em que se dividem as incumbências; é indisponível e inalienável, não podendo dessa forma ser transferido pelos pais para outra pessoa, quer a título gratuito, quer a título oneroso; é imprescritível, no sentido de que os pais não perdem o poder familiar pelo não exercício, somente podendo perdê-lo nas hipóteses do art. 1.638 do CC; é incompatível com a tutela, uma vez que não pode haver nomeação de tutor para menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar; é temporário; é coisa fora do comércio – inestimável; é uma relação de autoridade entre pais e filhos menores, existindo assim uma relação de subordinação (MALUF E MALUF, 2016, p.657).

Em síntese, na modernidade e sob a forte influência do cristianismo o poder familiar passou a ser um instrumento de protecionismo, migrando da esfera privada para a esfera pública, pois é de interesse do Estado assegurar a proteção das futuras gerações. Deste modo, o poder familiar nada mais é do que um *múnus público*, instituído pelo Estado aos genitores para que estes zelem pela integridade de seus filhos menores (GONÇALVES 2018).

Como já ressaltado anteriormente, a expressão poder familiar foi utilizada no atual Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) em substituição da expressão “pátrio poder”, utilizada anteriormente quando da vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), no entanto, para alguns doutrinadores a expressão utilizada atualmente ainda se mostra imprecisa. A crítica se refere a permanência da palavra poder, sob a alegação de que “O que os pais poderão realizar em relação ao filho está afastado de qualquer imposição arbitrária fundada em considerações próprias, alheias ao que interessa ao menor, que estaria em estado de sujeição” (ALMEIDA E JÚNIOR, 2012, p.448).

Ao tratar sobre o tema Gonçalves (2018) ressalta que a denominação “poder familiar” é mais adequada que a expressão “pátrio poder”, entretanto, a nova

expressão ainda se mostra inadequada, pois ainda se reporta ao poder. Em alguns países como a França e os Estados Unidos utilizam a expressão “autoridade parental”, tendo em vista ser uma expressão que traduz melhor o instituto em estudo.

## 2.2 DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

Quanto aos direitos e os deveres que surgem em decorrência da existência do poder familiar, DINIZ (2010, p. 569) ressalta que “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”.

Maluf e Maluf (2016) prescrevem que quanto aos bens dos filhos são os pais responsáveis por sua administração, bem como pelo usufruto, caso estejam no exercício do poder familiar.

O art. 22 do Estatuto da Criança e do adolescente (BRASIL, 1990), ao tratar sobre o tema dispõe de forma clara 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”.

Dessa maneira, fica claro que os detentores do poder familiar são, via de regra, os pais diante de sua prole, leia-se pais no sentido legal da palavra, não meramente biológico, tendo em vista as situações diversas que podem ocorrer, como a adoção por exemplo.

Ao tratar sobre o tema o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634 (BRASIL, 2002) dispôs da seguinte redação:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - 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; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Um dos principais deveres dos pais é o relativo à criação e a educação dos filhos menores, dispendo sobre tal tema a CF/1988 em seu art. 229 (BRASIL, 1988) ressalta que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ressalte-se que o legislador dispôs também sobre o dever dos filhos maiores para com seus genitores na fase mais avançada da vida ou em caso de enfermidade.

Ao tratar do dever de educar e dirigir a criação dos filhos, Gonçalves (2018, p.417) assevera que este “É o mais importante de todos. Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade”.

Carlos Alberto e Adriana Maluf fazem importante ressalva quanto à proteção dos bens dos filhos menores, ao aduzir que:

A proteção dos bens dos filhos menores, no sentido de garantir-lhes o sustento, a educação e a própria sobrevivência digna, representa também importante fator para que o pleno desenvolvimento da personalidade do menor tenha lugar; sendo de considerar que bens como o lar residencial, marcado pela propriedade, também se inserem no rol dos direitos personalíssimos do cidadão (MALUF E MALUF, 2016, p.662).

Quanto à criação dos filhos menores, ressalte-se que como observa Nader (2016) que criar um filho não é apenas oferecer recursos materiais a este, tão importante quanto tal assistência é a atenção, o carinho e o diálogo que deve existir entre ambos. Tanto que caso inexista tal vínculo afetivo os pais podem ser acusados de abandono emocional e devidamente responsabilizados civilmente pela quebra do seu dever e por causar danos morais irreversíveis.

Ainda tratando sobre o tema a CF/1988, em seu art. 227 (BRASIL, 1988) ressalta que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Desta forma, fica evidenciado que é competente pelos cuidados mais básicos em relação a sua prole, os genitores, de modo que ao prever tal responsabilidade o Estado também dispõem de meios para punir, civil e penalmente os pais que

deixarem de cumprir seus deveres com relação a criação e ao desenvolvimento de seus filhos.

No que compete à administração dos bens que pertence aos filhos menores e não emancipados, o CC/2002 tratou sobre o tema em seu art. 1.689, II, (BRASIL, 2002) dispondo que “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: [...] II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Dessa forma, fica claro que caso o filho menor possua bens e não seja emancipado a administração de tais bens é responsabilidade legal dos pais que estejam sob a sua autoridade. É ainda responsabilidade dos pais como obtempera DINIZ (2010, p. 573) “celebrar contratos, como o de locação de imóveis (RT, 182:161) pagar impostos, defender judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, aliená-los, se móveis”.

Torna-se importante ressaltar ainda que não é só a administração dos bens pertencentes aos filhos menores e não emancipados que é responsabilidade dos pais, o art. 1.689, I, do CC/2002 (BRASIL, 2002) prevê que os pais são “usufrutuários dos bens dos filhos”, DINIZ (2010, p. 574) resalta que “o usufruto é inerente ao exercício do poder familiar, cessando com a inibição do poder paternal ou maternal, maioridade, emancipação ou morte do filho”.

Nessa mesma acepção VENOSA resalta que:

Quanto ao usufruto, é ele inerente ao poder familiar, como declara o art. 1.689, I. Sua origem histórica é encontrada no usufruto concedido ao *pater familias*, na legislação de Justiniano. Procura-se justificar o instituto sob duas faces: esse usufruto compensaria o pai pelos encargos do múnus do poder familiar e, sob o prisma da entidade familiar, entendemos que todos os seus membros devem compartilhar dos bens. A estrutura desse usufruto aproxima-se do direito real de usufruto, disciplinado no direito das coisas, mas, como na maioria dos institutos de direito de família, tem compreensão própria. Desse modo, difere do usufruto de direito real porque não deriva de negócio jurídico, mas da lei; não necessita de inscrição imobiliária; abrange todos os bens dos filhos menores, salvo exceções previstas no código; é irrenunciável e intransferível (VENOSA, 2010, p. 314 e 315).

Frise-se o cuidado que o legislador teve ao estabelecer no art. 1.691 do CC/2002 (BRASIL, 2002), que mesmo sendo os pais responsáveis pela administração dos bens que pertencem aos filhos menores e não emancipados “Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração,

salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz”.

Em síntese, o que se observa de forma evidente ao se analisar os direitos e deveres decorrentes do poder familiar é que a presença e a participação dos pais na vida dos filhos são primordiais para seu desenvolvimento básico.

Adiante serão analisadas quais as causas que causam a suspensão do poder familiar pertencente aos pais em relação a sua prole.

### 2.3 DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ao conceituar a suspensão do poder familiar, asseveram que:

Pode-se entender por suspensão do poder familiar a privação temporária do seu exercício pelos pais, determinada pela autoridade judicial, em virtude de conduta que venha a prejudicar o filho, por interdição ou por ausência, sendo nesses casos nomeado um curador especial que atuará no curso do processo. O poder familiar poderá ser suspenso em relação a um dos filhos ou a toda a prole (MALUF E MALUF, 2016, p.665).

Nesse mesmo sentido, assevera Gonçalves (2018) que a suspensão do poder familiar é uma sanção que tem por objetivo a preservação dos interesses dos filhos menores, afastando a prole dos pais que venham a dar causa a violação de tal dever.

O CC/2002 (BRASIL, 2002) trata do tema dispendo que:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Como bem esclarecido, a sanção de suspensão do poder familiar se aplica sempre que quaisquer dos pais colocarem em risco o melhor interesse do filho, resguardando sua própria segurança e a segurança de seus bens.

Quanto aos motivos que podem levar a suspensão do poder familiar dos genitores, Nader (2016) ao explicar a questão, alerta que utilizar-se demasiadamente da autoridade que lhes é naturalmente concedida é o mesmo

trazer obrigações desnecessárias aos filhos, inclusive podendo causar vergonha, constrangimento. Assim nota-se que a autoridade é dada aos pais, porém, existe um limite para o uso desta, uma vez que extrapolá-la pode causar a suspensão do poder familiar.

Quanto à falta de deveres Nader (2016) ressalta que tal expressão é demasiadamente abrangente, de modo que o próprio abuso de autoridade ou mesmo quem deixa a prole em abandono falta com seus deveres de genitor e pode, evidentemente, sofrer a sanção de suspensão do poder familiar.

No que se refere à expressão “arruinar os bens dos filhos” Nader (2016) explica, defendendo que arruinar é administrar mal os bens e valores pertencentes aos filhos. Cabe ressaltar que a lei não exige dolo na conduta para que a sanção seja devidamente aplicada.

Por seu turno o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) ressalta:

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Ao tratar sobre o tema, VENOSA (2010, p. 319) esclarece:

Em sede de suspensão ou perda do poder familiar, cabe sempre ao juiz, avaliando a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor, usar de seu poder geral de cautela, determinando medidas, deferindo e determinando busca e apreensão e a guarda provisória dos menores a terceiros ou a estabelecimentos idôneos, enquanto a matéria é discutida no curso do processo.

Cabe ressaltar ainda que a suspensão do poder familiar quando aplicado pela autoridade judiciária competente, limita alguns dos poderes do genitor em relação à prole, no entanto, este não resta exonerado do seu dever de pagar alimentos (VENOSA, 2010, p. 319).

O art. 155 do ECA (BRASIL, 1990) prevê que “ O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”, o que denota que tal fato se dará através de processo que assegure os princípios do contraditório e da ampla defesa. O procedimento é regulado pelos arts. 155 e ss. Do ECA (BRASIL, 1990) e a sentença

que decretar a suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento do menor (VENOSA, 2010, p. 319).

#### 2.4 DA PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Neste tópico serão explicados, de forma clara, quais são os motivos que podem levar quaisquer dos genitores a perder ou ser destituído do poder familiar.

Cabe salientar que, como bem assevera PEREIRA (2017, p.539) que “A *perda do poder familiar* é a mais grave sanção imposta ao que faltar aos seus deveres para com o filho, ou falhar em relação à sua condição paterna ou materna.”.

O não cumprimento dos deveres inerentes à guarda, bem como o abuso de autoridade por parte de quem a detém, autoriza o magistrado a utilizar-se de medidas que conseqüentemente culmine com a segurança do menor, podendo ainda ocorrer a suspensão das prerrogativas do possuidor da guarda (PEREIRA 2017).

Entretanto, quando os motivos que ensejem a destituição do poder familiar forem os outros admitidos pela lei civil, esta terá que ser reconhecida judicialmente (LISBOA 2013).

Madaleno (2018, p. 658) sustenta que “A perda do poder familiar pune os pais pela infringência dos deveres mais importantes que têm para com os filhos, sendo averbada à margem do assento de nascimento da criança ou adolescente a sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar.”.

O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) traz a previsão de tais situações elencadas em seu art. 1.638: a) castigar imoderadamente os filhos; b) deixar o menor em abandono, ou privado de condições essenciais à sua subsistência, a saúde e instrução obrigatória; c) praticar atos contrários a moral e aos bons costumes; d) reincidir reiteradamente nas faltas que levam a suspensão do poder familiar (RIZZARDO 2016).

Ao comentar tais situações previstas legalmente no artigo acima citado, Diniz (2010, p.580) ressalta que:

Essa enumeração legal não é taxativa, pois pelo art. 1.638, IV, que contém cláusula geral, se pode cogitar de outras, com base em faltas (CC, art. 1.637) passadas dos pais, pois a prática reiterada daqueles atos puníveis geradores da suspensão do poder familiar, por serem vergonhosos ou reprováveis, deve ser considerada no pedido de sua destituição por revelar não só a insuficiência da suspensão do poder familiar ou da imposição da

pena criminal para corrigir o mau comportamento paterno ou materno em relação à prole, como também a impossibilidade de uma perspectiva de vida melhor e da melhora da conduta do pai e da mãe.

Foi feliz o legislador ao prever as situações que ensejam a perda ou destituição do poder familiar, elencadas no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), tendo em vista que passar por tais situações durante os primeiros anos de vida pode gerar traumas, físicos e/ou psicológicos, muitas vezes irreversíveis e que podem ser carregados por toda a vida.

Dias (2013) assevera que a destituição ou perda do poder familiar é uma sanção aplicada através de sentença judicial, sendo esta, uma medida de maior alcance se comparada com a medida de suspensão do poder familiar, pois esta, diz respeito à infringência de um dever demasiadamente importante, configurando uma medida imperativa e não facultativa.

Existe ainda uma situação que ensejará na perda ou destituição do poder familiar, tal caso, não escapou da previsão do legislador, por ensejar uma situação que coloque em risco o bem mais precioso que existe, a vida. Quando os pais ou quaisquer destes praticarem crime doloso contra o filho um dos efeitos da condenação é justamente a destituição ou perda do poder familiar, como bem prescreve o art. 92, II do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que dispõe: “São também efeitos da condenação: [...] II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (...)”.

A ação judicial que decretar a perda ou destituição do poder familiar deve obedecer ao procedimento contraditório, conforme assevera o art. 24 do ECA (BRASIL, 1990), que assim dispõe: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil (...)”.

Quanto à ação que enseja a destituição ou perda do poder familiar Dias (2013) frisa que esta é semelhante à ação de suspensão de tal poder, podendo ser proposta por um genitor contra o outro, sendo ainda legitimado para tanto, o Ministério Público como bem prevê o ECA (art. 201, III) (BRASIL, 1990). O Ministério Público pode ainda pleitear a ação contra ambos os genitores ou mesmo contra quaisquer deles.

O Estatuto da Criança e do adolescente (BRASIL, 1990) em seu art. 155 prevê que “O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”, assim sendo, fica claro que, pela própria interpretação lógica do texto legal, qualquer parente possui legitimidade para propor a ação de destituição ou perda do poder familiar, pois em tal condição, possui “legítimo interesse” na situação.

Quanto à competência para apreciação de tais ações Dias (2013) alega que dependerá da situação em que se encontra a criança ou o adolescente. Se esta estiver junto de algum familiar, em situação considerada segura, a competência pertencerá das varas de família, porém, se a criança ou adolescente estiver em situação de risco, mesmo estando sob a guarda de algum familiar, a ação deve ser proposta junto as varas da Infância e Juventude (BRASIL, 1990) (ECA, art. 148, parágrafo único).

Saliente-se que o art. 23 do ECA (BRASIL, 1990) é claro ao prescrever que “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.”. Fica demasiadamente claro que a fraca condição econômica não enseja, de nenhum modo, a perda ou destituição do poder familiar, que como citado acima, só pode ser decretado em juízo, devendo o genitor que detém a guarda incidir em alguma conduta prevista no ordenamento jurídico.

Importante destaque deve ser dado ao Estatuto da Criança e do Adolescente que teve seu texto utilizado como base para a criação da parte do CC/2002 (BRASIL, 2002) que trata sobre a perda ou destituição do poder familiar, assegurando aos filhos menores ou maiores incapazes a segurança de direitos tidos como fundamentais para um desenvolvimento sadio.

## 2.5 DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção do poder familiar pode se dar por fatos naturais ou por decisão judicial (GONÇALVES 2018).

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) trouxe as situações práticas que levam a extinção do poder familiar, previstas no art. 1.635, que assim dispõe:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela

maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Se ocorrer a morte de ambos os genitores, desaparecem os titulares do direito. Se somente um deles falece, o sobrevivente concentra o poder familiar para si. A morte dos genitores obriga a nomeação de um tutor, que ficará encarregado de defender os interesses pessoais e patrimoniais do menor. Algumas situações como morte, emancipação e maioridade do menor, faz desaparecer a razão de existir do instituto em apreço (GONÇALVES 2018).

Como bem pondera Carlos Roberto Gonçalves:

A extinção por decisão judicial, que não existia no Código anterior, depende da configuração das hipóteses enumeradas no art. 1.638 como causas de perda ou destituição a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar. A perda é imposta no interesse do filho (GONÇALVES, 2018, p.428).

A morte de um dos genitores não extingue o poder familiar, ficando com o poder o genitor sobrevivente. A ocorrência de novas núpcias ou mesmo de união estável, não faz desaparecer o direito que possui o genitor ao poder familiar em relação à prole da relação anterior, exercendo esse direito sem a interferência do novo cônjuge ou companheiro (PEREIRA 2017).

Tal situação foi inclusive legalmente prevista pelo CC/2002 (BRASIL, 2002), trazendo em seu art. 1.636 a seguinte redação: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

Por sua vez, Nader (2016) entende que a extinção do poder familiar pode se dar de três diferentes formas: **a) por fato natural**: ocorre a extinção do poder familiar por fato natural quando ocorre o falecimento dos cônjuges, caso em que o menor fica sob o regime de tutela, ou na ocorrência da morte de um dos genitores, onde o cônjuge sobrevivente concentra para si o poder familiar ou quando o menor completa dezoito anos, atingindo sua maioridade; **b) por ato voluntário**: ocorre a extinção por ato voluntário em caso de adoção, pois tal instituto faz cessar o poder familiar pertencente aos pais biológicos, assumindo o múnus os adotantes, exceto para os casos de efeito de impedimento matrimonial. Saliente-se que o efeito da perda do poder parental dos pais biológicos em relação à prole ocorre

automaticamente, dispensando qualquer procedimento judicial. Outra situação de extinção do poder familiar ocorrida por ato voluntário é a emancipação, seja ela em qualquer modalidade, pois tal acontecimento se iguala a maioridade para efeitos jurídicos. **C) por sentença judicial:** Quando a extinção do poder familiar se opera através de sentença judicial, a doutrina denomina tal ato de perda do poder familiar. Assim nos casos em que ocorrerem alguma das condutas previstas no art. 1.638 poderá ocorrer a extinção do poder familiar através da decretação de sentença judicial. (grifo nosso).

Quanto à situação relativa aos direitos sucessórios nos casos da ocorrência da extinção do poder familiar, Dias (2013) esclarece que a extinção do poder parental não tem o condão de romper o vínculo de parentesco existente entre genitor-prole, entretanto, caso o genitor seja destituído do poder familiar não se admite que este conserve seu direito sucessório com relação à prole, o mesmo não ocorre com a prole em relação ao genitor destituído, conservando esta, o seu direito sucessório, mesmo na ocorrência da destituição do poder familiar. Tal regra não possui previsão legal, sendo regra de conteúdo expressamente ético.

Dias (2013) ressalta ainda, que mesmo que existam causas estipuladas legalmente tanto para a suspensão quanto para a extinção do poder familiar, estas são trazidas de forma genérica, de modo que ao magistrado deve ser dada total liberdade para averiguar os fatos que devem levar ao afastamento, seja definitivo ou temporário da função de genitor.

### 3. DO INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA

Neste capítulo procurar-se-á explicar a origem do atual instituto jurídico da guarda, bem como trazer a tona conceitos jurídicos e doutrinários do respectivo instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Serão estudados ainda, os principais tipos de guarda existentes atualmente no ordenamento pátrio, suas peculiaridades, procurando esclarecer de forma concisa como se dá a referida aplicabilidade de cada modalidade de guarda existente atualmente, para que posteriormente, no próximo capítulo, seja tratada de forma geral sobre a guarda compartilhada, que é o tema central deste trabalho.

#### 3.1 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A guarda dos filhos trata-se de um direito potestativo (direito-dever) que é dado àquele que detém a guarda da prole ou de parte dela (LISBOA 2013).

A guarda de filhos era concedida nas sociedades patriarcais primitivas ao homem, podendo-se incidentalmente encontrar dispositivo em outro sentido, como sucede com o Código de Hammurabi, que determinava que a guarda do filho da mulher abandonada seria destinada ao seu novo marido. No direito romano, o pátrio poder era exercido de forma absoluta pelo chefe da família, cujos poderes apenas vieram a ser mitigados a partir da Lex Aebutia, de 149 a.C., ocasião na qual se deixou de lado o poder de disposição da vida ou da venda ou penhora do filho, limitando-se o pátrio poder ao direito de correção doméstica. Numa etapa posterior, a Constituição de Diocleciano autorizou a guarda em favor da mulher, uma vez que permitiu-se ao pretor deliberar sobre o assunto no caso de indignidade conjugal (LISBOA, 2013, p. 175).

Torna-se importante ressaltar que, como se pode observar, na antiguidade existia certa inclinação dos textos legais e da própria sociedade, em conceder certa vantagem, quanto à guarda, sempre aos homens em detrimento das mulheres, demonstrando a figura da desigualdade de gênero acentuada existente há época.

O cristianismo foi o maior dos fatores que contribuiu para o aperfeiçoamento do antigo instituto denominado pátrio poder, que obrigava seu titular a concentrar uma série de deveres e responsabilidades quanto à sua prole. Com o passar dos anos, naturalmente ocorreu à modernização da sociedade e conseqüentemente a

criação de modernas codificações, momento em que a guarda passa a ser tratada como uma espécie de desdobramento lógico do pátrio poder, concentrando-se, até aquele momento, somente nos interesses de quem detinha a guarda, deixando de lado os interesses do próprio menor. (LISBOA 2013).

Ao tratar sobre o instituto jurídico da guarda Dias (2013) destaca que o Código Civil de 1916 “[...] determinava que, em caso de desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. Nitidamente repressor e punitivo era o critério legal”.

E continua sua explanação:

[...] Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado. Ele não ficava com os filhos. Eram entregues como **prêmio**, verdadeira recompensa ao cônjuge ‘inocente’, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole. Na hipótese de serem **ambos os pais culpados**, os filhos menores podiam ficar com a **mãe**, isso se o juiz verificasse que não lhes acarretaria prejuízo de ordem moral. Mas se a única culpada fosse mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o **direito da criança**. (DIAS 2013, p. 450). (grifo do autor)

Destaca-se o rigor e a inflexibilidade que existia quando vigorava tal norma legal, o próprio bem estar da criança ou do adolescente que estava no cerne da questão era desconsiderado em prol do que se tinha como “correto” ou mais “bem visto” aos olhos da sociedade, fato que atualmente seria inconcebível.

No Brasil verifica-se certa preocupação do legislador com a questão da guarda, somente após o surgimento da Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962 (BRASIL, 1962), intitulada, Estatuto da mulher Casada, que alterou o art. 326 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), passando a tratar da questão da guarda dos filhos nos casos em que ambos os genitores concorressem para o fim do matrimônio. Passando a determinar em tais casos que a mãe teria o direito de manter-se em companhia das filhas, desde que menores, e dos filhos se fossem menores de seis anos de idade, dispondo ainda que caso os filhos fossem maiores a guarda deveria ficar com o pai, independente do sexo (LISBOA 2013)

Ainda nessa etapa, como bem pode ser observada, a normatização que tratava de tal tema era completamente rígida, carregada de heteronormatividade, pois os textos legais eram intencionalmente encharcados do favorecimento a figura do pai dentro da família.

A Lei 6.515, de 26 de Dezembro de 1977 (BRASIL, 1977), que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, também conhecida

como Lei do Divórcio, caminhando em um mesmo sentido restritivo, previa em seu art. 10, parágrafos 1º e 2º que:

Art 10 - Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver **dado causa**. § 1º - Se pela separação judicial forem **responsáveis ambos os cônjuges**; os filhos menores **ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles**. § 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. (grifo nosso)

Nesse momento se observa uma pequena diminuição da pretensão do legislador em favorecer a figura do pai em tais casos, pois, diferentemente do que previa o Estatuto da Mulher Casada, nos casos em que ambos os genitores concorressem culposamente pelo fim do casamento, a guarda ficaria com a mãe, independentemente de gênero ou mesmo da idade dos filhos. Excetuava apenas o deferimento da guarda a pessoa diferente da mãe para os casos em que o juiz pudesse verificar que tal situação geraria prejuízo de ordem moral para à prole (art. 326, § 1º, § 2º, CC/1916 (BRASIL, 1916)).

Somente em casos onde houvessem motivos considerados graves, o juiz poderia decidir de forma diversa daquilo que era legalmente previsto, como prescreve o art. 13 da Lei do Divórcio (BRASIL, 1977), ao prescrever que “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.

A Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979 (BRASIL, 1979), que instituiu o Código de Menores, tratou do instituto jurídico da guarda na Seção I, estabelecendo em seus artigos 24 e 25 a seguinte redação:

Art. 24. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais. § 1º Dar-se-á guarda provisória de ofício ou a requerimento do interessado, como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes. § 2º A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários.

Art. 25. Ao assumir a guarda, o responsável prestará compromisso em procedimento regular.

O Código de menores que por algum tempo disciplinou tal instituto, foi então revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990 (BRASIL, 1990)), passando então a tratar da matéria, preceituando que a guarda seria uma das formas de colocação da criança ou adolescente em família substituta, salientando ainda, que o detentor da guarda deveria prestar compromisso perante o juízo, a fim de se responsabilizar com o bom exercício de suas funções (LISBOA 2013).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) quebra a rigidez com que a lei, até então, tratava tais situações ao consagrar o princípio da igualdade, assegurando tanto para o homem quanto para a mulher direitos e deveres paritários dentro da sociedade conjugal (DIAS 2013).

Tal princípio encontra-se insculpido no art. 226, § 5º da Carta Magna (BRASIL, 1988), dispondo que (...) Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Desse modo, o texto constitucional afastou, definitivamente, a sombra da superioridade masculina nos textos normativos, acabando com as discriminações até então existentes, produzindo a partir de então, muitas transformações no que se refere ao poder familiar. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente também inovou nesse sentido, uma vez que passou a priorizar o bem estar do menor em situações de ruptura na relação conjugal entre os genitores, considerando-os a partir de então sujeitos de direito, ao passo que garantiu direitos fundamentais àqueles (Dias 2013).

Lisboa (2013, p. 176) faz importante destaque ao prescrever que “Vigora na guarda o princípio do melhor interesse do menor, que pode prevalecer, inclusive, sobre os interesses dos seus próprios genitores, conforme a conclusão judicial extraída a partir do caso concreto”.

Dias (2013) destaca ainda que o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), quando promulgado, não respeitava os preceitos ditados pelo então em vigor, Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, não considerava o princípio do melhor interesse do menor, uma das bases onde se funda o ECA.

Em melhor explanação sobre o assunto, o autor comenta ainda que:

Sob o título de **proteção da pessoa dos filhos**, de forma singela, estabelecia algumas diretrizes com referencia à **guarda**, que era unipessoal. Quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto, identificado quem ficaria com a guarda dos filhos, era estabelecido singelo regime de visitas (DIAS, 2013, p. 451). (grifo do autor).

Toda essa problemática envolvendo crianças e adolescente em casos onde ocorresse o rompimento conjugal, ou mesmo quando os genitores deixassem de conviver juntos só foi definitivamente solucionada com o advento da Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008), que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada, bem como, com o advento posterior da Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014 (BRASIL, 2014) que aperfeiçoou o instituto da guarda compartilhada, tema deste trabalho, que será devidamente estudado no próximo capítulo.

### 3.2 DO CONCEITO E PONDERAÇÕES SOBRE A GUARDA

Ocorrendo a separação de fato ou mesmo o desfazimento da relação conjugal pela separação, seja ela consensual ou litigiosa ou havendo o divórcio, ou ainda o rompimento da união estável, surge a problemática da guarda dos filhos menores ou dos maiores incapazes.

Na visão Maluf e Maluf:

A guarda pode ser entendida como o instituto através do qual determinada pessoa, seja parente ou não, vem a assumir a responsabilidade sobre um menor de 18 anos de idade, consistente na assistência material ou imaterial, provendo assim suas necessidades vitais (2016, p. 619 e 620).

Ao tratar do conceito de guarda, Madaleno (2018, p. 427), sob o prisma dos genitores, conceitua a guarda como sendo a “(...) faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole (...)”.

É necessário entender que existe uma diferenciação básica e extremamente necessária quando se propõe a estudar o instituto jurídico da guarda com a finalidade de melhor compreender o seu conceito. A doutrina faz tal diferenciação quanto ao instituto jurídico da guarda, ao predispor que existe a guarda física e a guarda jurídica. A primeira tem relação com a ideia de custódia do menor ou maior incapaz, de ter a sua posse, enquanto a segunda emerge do poder familiar, envolvendo situações como educação, respeito, sustento, honra (MALUF E MALUF 2016).

Na mesma linha de pensamento, Tartuce (2018) alega que atualmente existem basicamente duas formas de exercício da guarda: aquela exercida sob o

prisma do poder familiar e a guarda enquanto instituto de direito assistencial, estando esta, fora do ambiente familiar.

Inicialmente tratar-se-á desta última forma de exercício da guarda, que tem sua previsão legal nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), possuindo também alguns aspectos dentro da recente Lei nº 12.010, de 2009 (BRASIL, 2009) (Nova Lei da Adoção).

Ser o detentor da guarda compreende possuir determinada autoridade ou mesmo poder de controlar alguns aspectos da conduta do menor. O detentor da guarda tem assegurado o direito de estabelecer o domicílio legal do menor, de permitir que permaneça na presença de terceiro, de impor determinado comportamento, de orientar o menor em determinadas situações, até mesmo de restringir algumas relações sociais e obrigar a formação educacional e profissional. Em síntese, o detentor da guarda é o responsável por lapidar a formação social, psicológica, física e política do menor (RIZZARDO 2014).

Inicialmente é importante que se destaque o que dispõe o art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990): “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.

Nesse tipo de guarda é importante que sempre que possível a criança ou adolescente seja previamente ouvida por uma equipe interprofissional e que sejam devidamente respeitados o seu estágio de desenvolvimento, seu grau de compreensão sobre as implicações da medida, tendo sua opinião considerada, assim como preceitua o § 1º do art. 28 do ECA (BRASIL, 1990).

Importante modificação trazida pela lei 12.010/2009 (BRASIL, 2009) foi à necessidade de haver o consentimento dos maiores de 12 (doze) anos de idade, colhidos em audiência para que tal medida seja aplicada, seguindo as mesmas regras procedimentais previstas para a adoção.

O Estatuto da Criança e do adolescente (BRASIL, 1990) não deixou de considerar a afetividade, que é fator essencial para uma boa convivência, mesmo para os casos em que o detentor da guarda seja um terceiro, diferente dos genitores, ao prescrever no § 3º do art. 28 que “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”. O que se observa claramente nessa parte do texto legal é a busca do legislador pelo cumprimento

efetivo do princípio do melhor interesse do menor, disposto no art. 227 da CF/1988 (BRASIL, 1988).

Pereira (2017, p. 583) faz importante menção a tal instituto jurídico ao salientar que “A guarda estatutária pode ser exercida por uma pessoa ou por um casal, admitindo-se a iniciativa por companheiros que convivem em união estável”.

No que se refere a essa forma de exercer a guarda, o art. 33 do ECA (BRASIL, 1990) prevê que “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Da leitura do artigo se extrai a ideia de que é completamente possível, e em determinadas situações até necessário, que convivam pacificamente poder familiar e direito de guarda, ou seja, é possível que a guarda não esteja com os genitores, que, via de regra, são os detentores do poder familiar.

A intenção do legislador em regularizar a situação de menor que se encontra em companhia de terceiro ou a ele é entregue, legalizando tal situação com a entrega da guarda ficou muito cristalina, inclusive foi disposta no § 1º do art. 33 do ECA (BRASIL, 1990) ao dispor que “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.”

Rizzardo (2014) pondera que não é somente em via de tutela e adoção que se concede a guarda, muitas vezes esta possui uma função autônoma, pois é deferida como forma de documentar a entrega de um menor, principalmente em casos onde o menor foi abandonado ou não pode continuar com os pais, ou mesmo quando ocorre o falecimento dos genitores.

É justamente o que prescreve o § 2º do art. 33 do ECA (BRASIL, 1990) ao prever que “§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Quanto à representação do menor citada no § 2º do art. 33 do ECA (BRASIL, 1990), Rizzardo (2014) salienta que é uma inovação, pois a guarda nunca gerou a possibilidade de representação para os atos da vida civil, essa representação ocorria sempre através de nomeação de tutor *ad hoc* ou de curador especial.

Importante modificação trazida pela Lei 12.010/2009 (BRASIL, 2009) e disposta no § 4º do art. 33 do ECA (BRASIL, 1990) que assim dispõe:

§4º: Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, **o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos**, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (grifo nosso)

A própria lei esclarece que o fato da guarda não estar em posse dos genitores não os desobriga de prestar alimentos à prole, fato essencial ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. O legislador se mostrou atento ao não desassistir os genitores do direito fundamental à convivência com os filhos, essencial para ambos (TARTUCE 2018)

Por fim o art. 35 do ECA (BRASIL, 1990) dispõe que “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Destaque-se que a revogação da guarda ocorrerá sempre através de ato judicial devidamente fundamentado. Quando postulado pelo próprio guardião, a decisão judicial é extremamente simples, porém quando for o caso de ato culposos ou doloso, é interessante que se adote o procedimento contraditório, podendo o magistrado utilizar-se da revogação da guarda como medida cautelar (PEREIRA 2017).

Tartuce (2018) prescreve que o legislador procurou, nessa parte do texto legal, utilizar como parâmetro o princípio de proteção integral, ou melhor, interesse do menor, alertando que a jurisprudência tem se mostrado favorável a esse entendimento.

Quanto à guarda exercida através do poder familiar, Gonçalves (2018, p. 193) salienta que “A guarda é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais” e completa seu pensamento dizendo que esse tipo de guarda “(...) obriga à assistência material, moral e espiritual (...)”.

Madaleno (2018) afirma que sendo os genitores os detentores legais do poder familiar, estes possuem o direito de terem consigo os filhos menores, tendo a oportunidade de acompanharem sua formação e educação, porém nos casos em

que a relação entre os genitores chegue ao fim é possível que a guarda dos filhos seja discutida entre os pais e seja decidida de forma consensual ou litigiosa.

O art. 1.584 do CC/2002 (BRASIL, 2002), em seu § 1º autoriza os casos onde a questão seja decidida consensualmente, ao prescrever que a guarda poderá ser: “requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;”. Já para os casos onde ocorra o litígio, a previsão legal do § 2º do mesmo artigo diz que a guarda dos filhos poderá ser “decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe”.

### 3.3 ESPÉCIES DE GUARDA

Existem atualmente, basicamente, três espécies de guarda definidas no ordenamento jurídico civil brasileiro: a guarda unilateral, conhecida também como guarda exclusiva, a guarda compartilhada, principal objeto de estudo deste trabalho, e a guarda alternada, que tem sua previsão legal no art. 1.586 do Código Civil de 2002 (MALUF E MALUF 2016).

O Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) destaca em seu art. 1.583 que “A guarda será unilateral ou compartilhada”, o que denota claramente que existe a possibilidade de que a guarda seja deferida tanto de forma exclusiva, ou seja, somente a um dos genitores será dada a respectiva responsabilidade de deter a guarda, podendo ainda ser compartilhada, ou seja, a guarda e todos os direitos e deveres inerentes a ela, são entregues de forma conjunta a ambos os genitores, ficando ambos responsáveis pelos direitos e deveres que a seguem.

A seguir discorrer-se-á sobre os principais tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico pátrio, trazendo a definição legal e/ou doutrinária relativa a cada tipo de guarda existente atualmente.

#### 3.3.1 Guarda Unilateral

O parágrafo 1º do art. 1.583 do CC/2002 (BRASIL, 2002) conceitua legalmente o instituto em estudo, ao ressaltar que “(...) compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (...)”, desta

feita, fica evidente que quando deferida a guarda unilateral, somente uma única pessoa será a detentora dos direitos e deveres inerentes à guarda seja ela genitora ou terceiro que venha a substituir legalmente os genitores no desempenho desse papel.

Neste sentido, Lisboa (2013, p. 177) define tal instituto ao ressaltar que “Sendo determinada a guarda do filho incapaz em prol de apenas um dos cônjuges, há guarda unilateral”.

Nessa mesma esteira, Gagliano e Pamplona Filho (2017) conceitua a guarda unilateral como sendo “a modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião”.

Em complemento a tais entendimentos, Maluf e Maluf (2016, p. 621) prescrevem que:

A guarda unilateral ou exclusiva ocorre quando **apenas um dos genitores a exerce**, com a tomada de decisões sobre a educação e a prestação dos cuidados ao filho. Ao outro genitor cabe o direito/dever de visitas e fiscalização.

**Pode ainda ser atribuída a um terceiro**, quando nenhum dos cônjuges ou companheiros estiver em condições de exercê-la. (grifo nosso)

Essa tem sido a forma de guarda mais comum atualmente: um dos cônjuges ou algum substituto destes possui a guarda, enquanto ao outro é estabelecida uma espécie de regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta como ponto negativo o fato de privar o menor da convivência direta com um dos genitores (GONÇALVES 2018).

Quanto aos critérios utilizados pelo magistrado para decidir com quem deverá ficar a guarda exclusiva do menor, Gonçalves (2018) afirma que o juiz deve levar em consideração a melhor solução, visando o interesse geral da criança ou adolescente, não deixando de levar em conta outros fatores de extrema importância, tais como: cultura, lazer, esporte, respeito, dignidade, entre outros, assim como pressupõem o art. 4º do ECA.

Possuem entendimento idêntico, Maluf e Maluf (2016), no que se refere aos critérios utilizados pelo magistrado para definir quem deve ficar com a guarda do menor, pois afirmam que a guarda unilateral ou exclusiva pode ser adotada se for à opção que melhor se prestar aos interesses do menor, o que obviamente não se confunde com melhores condições financeiras, pois devem ser levados em conta

diversos fatores, como equilíbrio emocional e moral, possibilidade de proporcionar um ambiente saudável etc.

Assim, conclui-se que, deve ficar com a criança o genitor que reunir as melhores condições de oferecer uma maior satisfação dos interesses do menor, aquele que reunir melhores condições de proporcionar aos filhos a promoção de seu bem estar, de seu desenvolvimento intelectual, ou seja, um ambiente mais propício a sua evolução salutar enquanto pessoa.

É de suma importância atentar-se ao fato de que o genitor que não possui a guarda, em casos de deferimento da guarda unilateral, não deixa de ter papel fundamental na criação da prole, pois conforme prevê o CC/2002 (BRASIL, 2002) em seu art. 1.583, § 5°:

(...) § 5° a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a **supervisionar os interesses dos filhos**, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos. (grifo nosso)

Assim, fica claro que o papel do genitor que se encontra sem a guarda, é de uma importância ímpar no desenvolvimento da prole, pois é ele o responsável e titular do poder de fiscalizar o detentor da guarda, podendo questionar seus atos judicialmente e exigir a prestação de contas, tendo participação indireta, porém fundamental, na promoção de um futuro digno dos filhos menores.

Consoante tal ideia, Gonçalves (2018) assevera que ao trazer tal previsão no art. 1.583, §5° do CC/2002 (BRASIL, 2002), o legislador estabeleceu uma espécie de obrigação geral de cuidado, em sentido amplo, por parte do genitor que não possui a guarda da prole, estando implícito, em tal acepção, o objetivo de evitar o abandono moral do genitor em relação ao menor.

Ao tratar do papel a ser desempenhado pelo genitor que detém a guarda unilateral, é importante o que destaca Rizzardo (2014), ao observar que ter a guarda do filho menor não significa simplesmente que este deve residir com o genitor, ter a guarda não se limita somente a um fato tão simplório, o detentor da guarda unilateral será conseqüentemente o responsável pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar sobre os filhos comuns, principalmente, em se tratando de assuntos que envolvam a direção ou mesmo a autoridade das decisões

relacionadas à criação, educação, formação, vigilância, controle e todos os cuidados especiais que envolvam a criança ou o adolescente em questão.

Lisboa (2013) ao analisar tal instituto, critica o termo “posse”, utilizado por parte da doutrina ao afirmarem que através da guarda se viabiliza a posse da criança ou adolescente, discordando do uso de tal termo, explica que posse é uma terminação utilizada de forma restrita para se referir a bens e não a pessoas. E completa sua crítica auferindo que, a guarda pressupõem vigilância e proteção, enquanto que a posse se trata de um poder que uma pessoa tem sobre determinado bem.

Importante ponderação se faz necessária ao tratar-se da responsabilidade por eventuais acidentes que possam ocorrer envolvendo o menor, seja causando danos a ele mesmo ou a outrem, Lisboa (2013) lembra que a guarda unilateral ou exclusiva é ensejadora do dever de vigilância, no entanto, caso ocorra algum incidente enquanto o menor estiver em companhia do genitor que não possui a guarda, ou seja, caso o menor sofra algum dano estando em companhia do genitor que está utilizando de seu direito de visitaçãõ, o genitor que detém a guarda unilateral fica excluído de responsabilidade sobre o evento danoso, sujeitando o genitor visitante a todos os efeitos jurídicos que possam surgir de tal evento.

### **3.3.2 Guarda Alternada**

Maluf e Maluf (2016) afirmam que a guarda alternada tem a devida autorização legal, baseando-se no texto contido no Código Civil de 2002, que em seu art. 1.586, (BRASIL, 2002) prevê que “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Da interpretação literal do texto legal, conclui-se que a guarda alternada só é aplicada em casos específicos, tendo em vista sempre o atendimento ao melhor interesse do menor.

Ao tratar da modalidade de guarda, denominada guarda alternada, Madaleno (2018, p. 425) obtempera que esta é “(...) consistente no compartilhamento do tempo de permanência equilibrada de convivência dos pais com sua prole (...)”.

Quanto à guarda alternada, não é bem vista no direito brasileiro, pois estabelecem-se períodos em que o filho permanece com um dos genitores e depois com o outro, sendo que, durante cada um desses períodos, um dos pais exerce a guarda com exclusividade, além da confusão operacional que gera na vida da criança, sendo obrigada de tempos em tempos de alterar o seu domicílio e assim toda a sua rotina em face da necessidade dos pais (MALUF E MALUF, 2016, p. 625 e 626).

Tal modalidade de guarda, como acima observado, pode gerar confusão na vida dos filhos, além do que, fica praticamente impossível, dependendo da alternância de tempo com que a criança permanecerá com cada genitor e do local em que cada um reside, estreitar laços de amizade, estudar em uma mesma escola, enfim, criar “raízes” em suas relações sociais, o que eventualmente pode vir a ser prejudicial para o seu desenvolvimento (MALUF E MALUF 2016).

Maluf e Maluf (2016, p. 626) faz importante menção sobre a diferença existente entre a guarda alternada e a guarda compartilhada, salientando que “Na guarda compartilhada o menor tem um domicílio único, e na guarda alternada há duplicidade de domicílios – o do pai e o da mãe.”.

Lisboa (2013) ao tratar sobre a guarda alternada alega que neste tipo de guarda há um revezamento entre os guardiões, sendo que cada um deve arcar com os deveres inerentes a guarda pelo período de tempo que estiver com a criança ou adolescente.

### **3.3.3 Guarda Física ou Material e Jurídica ou Legal**

A doutrina faz a distinção entre a guarda jurídica ou também chamada de legal, da guarda física ou também denominada guarda material.

Maluf e Maluf (2016) diferenciam tais tipos de guarda, afirmando que a guarda jurídica é aquela que faz referência a relações de cunho pessoal, surgindo em virtude do poder familiar, como a educação, a honra, o sustento. Enquanto que a guarda material nada mais é que aquela caracterizada pela posse do menor, ou seja, terá a guarda material quem tiver o menor sob sua custódia.

Thomé (2016, p. 7) ao diferenciar tais formas de guarda, assevera que “a material é exercida por aquele genitor que mantém o filho sob seus cuidados diretos e a jurídica, aquela decretada judicialmente.”.

Geralmente quem possui a guarda jurídica também possui a guarda física, no entanto, em determinadas situações ocorre à cisão destes tipos de guarda, como

por exemplo, quando quem detém a guarda jurídica e material deixa a criança com terceiros, ou mesmo de algum genitor que não possui a guarda jurídica (THOMÉ 2016).

Nesse mesmo sentido Levy (2008, p. 53) destaca que “a guarda jurídica refere-se ao exercício do conjunto de deveres e direitos inerentes à guarda, ao passo que a guarda material refere-se à convivência contínua com o filho sob o mesmo teto”.

Leivas e Allgayer (2016, p. 14) assevera que o instituto da guarda de menores pode ser analisado e subdividido sob dois aspectos gerais: “(...) o exercício físico e o exercício jurídico (...) detém a guarda física a pessoa com quem a criança reside, e detém a guarda jurídica a pessoa que reúne todos os atributos que a torna responsável pelo sustento, manutenção e educação do menor ou do incapaz”.

Em síntese, pode-se afirmar que a guarda material ou física pode ser exercida por qualquer pessoa, seja ela genitor ou terceiro, desde que esteja sob a presença física do menor em sua companhia. Já a guarda legal ou também denominada jurídica só pode ser exercida através de decisão judicial e conseqüentemente gera uma série de direitos e deveres inerentes somente a este tipo de guarda.

A guarda física ou também chamada de material e a guarda jurídica ou legal em verdade, são utilizadas como base para quaisquer das outras modalidades existentes no direito brasileiro (LEIVAS E ALLGAYER 2016).

#### **3.3.4 Aninhamento ou Nidação**

O aninhamento ou nidação é um modelo de guarda que não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma construção unicamente jurisprudencial e doutrinária, tendo pouco ou quase nenhuma aplicabilidade prática na realidade brasileira (ESMERALDINO 2017).

Em reforço a tal ideia, Marques e Souza (2018, p.5) ressaltam que o aninhamento ou nidação “não tem previsão no nosso ordenamento, mas, é uma modalidade comum em países europeus, cuja caracterização se dá quando os filhos permanecem na mesma residência em que viviam com o ex-casal, existindo um revezamento dos pais em sua companhia”.

No modelo de guarda conhecido como aninhamento ou nidação, mantém-se a rotina do filho, residindo ele em uma única casa, enquanto os genitores revezam as visitas periodicamente a prole (SOUZA 2017).

Consoante tal entendimento, Pedrini e De Souto Goulart (2017, p. 3) explicam tal instituto alegando que “Nesta modalidade, o filho permanece em uma residência fixa, competindo aos pais se revezarem nos cuidados do mesmo. O objetivo é que os hábitos e rotinas da criança ou adolescente não sejam modificados”.

Tartuce (2018, p. 287) chama atenção ao fato de que “A expressão aninhamento tem relação com a figura do *ninho*, qual seja, o local de residência dos filhos. Além da falta de previsão legal, tal forma de guarda encontra resistências econômicas, eis que os pais manterão, além do *ninho*, as suas residências próprias”.

Também conhecida como guarda “nidal”, justamente por fazer referência ao “ninho”, residência em que o menor deverá permanecer enquanto os genitores se revezam em períodos temporais em sua companhia. É considerada uma modalidade de guarda pouco utilizada, onde os filhos menores passam a residir em uma única casa, enquanto os pais se revezam em sua companhia, o que denota ser uma espécie de guarda extremamente onerosa (SOUZA 2017).

Ao tratar sobre o aninhamento ou nidação Gagliano e Pamplona (2013, p.468) prelecionam que esta é uma:

Espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia da mesma. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial.

Esta é uma forma de guarda pouquíssimo utilizada tendo em vista as dificuldades inerentes a sua implementação, considerando a dificuldade de cada genitor em ter que manter dois imóveis, o dele próprio e o do menor ou adolescente, ademais, neste tipo de guarda o menor não tem êxito na criação de laços afetivos permanentes (PEDRINI E DE SOUTO GOULART 2017).

Apesar de ser esta, uma modalidade de guarda que tenta manter o contato entre pais e filhos mais próximo e constante, o aninhamento ou nidação não garante a estabilidade à criança ou adolescente, ademais, tal modalidade de guarda se

mostra demasiadamente onerosa, justamente por estes motivos, esta é uma modalidade de guarda inviável e pouquíssimo usual no direito brasileiro (ESMERALDINO 2017).

## 4. DA GUARDA COMPARTILHADA

O presente capítulo terá a finalidade de explicar o instituto jurídico da guarda compartilhada, promulgada através da lei 11.698, de 13 de Junho de 2008 (BRASIL, 2008) e posteriormente melhor disciplinada através da Lei 13.058, de 22 de Dezembro de 2014 (BRASIL, 2014), objeto de estudo principal deste trabalho.

Será trazido o conceito legal e doutrinário do referido instituto, explicando a sua utilização no ordenamento jurídico pátrio e os critérios que devem ser observados para que tal modalidade de guarda seja adotada nos casos práticos. Tratar-se-á ainda, a respeito do princípio que sustenta tal instituto jurídico e é de grande importância para a segurança dos direitos da Criança e do Adolescente, denominado princípio do melhor interesse do menor, destacando sua importância para o direito de família.

Ademais, serão trazidos os pontos negativos e positivos nos casos em que se adote a guarda compartilhada como melhor opção para a criação dos filhos comuns de genitores separados ou divorciados que passam a conviver em diferentes residências. Como fica a responsabilidade civil em tais casos? O genitor é obrigado a pagar alimentos na guarda compartilhada? Quem será o responsável pela criação e educação dos filhos? Existe obrigatoriedade de alternância entre as residências dos genitores na guarda compartilhada? São questões que serão respondidas dentro deste capítulo.

### 4.1 DO CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

A promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) é considerada o grande marco legislativo de alteração da concepção de família no Brasil, pois trouxe uma nova interpretação axiológica às questões relacionadas à família no país. Com a sua promulgação, passaram a existir princípios basilares para o ordenamento jurídico atual, como o da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, princípio da igualdade entre os filhos, o princípio da paternidade responsável, o princípio da prioridade dos interesses das crianças e adolescentes, entre outros, que rompeu de forma drástica com a desigualdade e a discriminação, adotadas nas legislações anteriores. (RAMOS, 2016)

Com o advento da CF/1988 (BRASIL, 1988) e suas inúmeras modificações legislativas, conseqüentemente passaram a ocorrer mudanças no perfil da família brasileira, tendo seus reflexos incutidos diretamente nas relações parentais. A família, aos poucos, deixaria de ser formal e passaria a ser muito mais afetiva, ocorrendo uma participação muito mais ativa dos genitores na promoção da edificação da personalidade dos filhos. (COLTRO E DELGADO 2018).

É justamente sob essa nova perspectiva de família, criada a partir da promulgação do texto magno de 1988 (BRASIL, 1988) que o instituto da guarda compartilhada é criado, buscando atender principalmente as necessidades do menor, o que não era considerado nas legislações anteriores.

Ao tratar das mudanças sofridas com o advento da CF/1988 (BRASIL, 1988), consideradas causas que diretamente ensejaram a criação do instituto da guarda compartilhada, Coltro e Delgado observam que:

Diante destes dois fenômenos modernos e frequentes estreitamente ligados entre si (**a inserção da mulher no mercado de trabalho e o grande número de separações**), nosso ordenamento jurídico teve de se adequar **às novas realidades e anseios sociais** buscando **formas alternativas** e possíveis para minimizar o sofrimento, tanto do “casal conjugal” – que se desfez –, como do “casal parental” – que permanece unido para sempre –, concedendo a ambos os genitores os mesmos direitos e deveres com relação à prole. (2018, p. 41). (grifo nosso).

Coltro e Delgado (2018) afirmam que a igualdade no exercício do poder parental não existia antes da CF/1988 (BRASIL, 1988), primeiramente pelo desinteresse masculino, estando o homem habituado a prover e mandar e a não cuidar da família. Em segundo lugar, pelo fato da lei anterior estabelecer como a regra, a guarda unilateral, que, em regra, era exercida primordialmente pela mulher.

Nader (2016), reafirmando tal situação legislativa, ressalta que o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) ao ser promulgado, não previa o compartilhamento da guarda, sendo tal modalidade admitida somente doutrinariamente.

Gonçalves (2018) assevera que antes mesmo da promulgação da lei que criou a guarda compartilhada (BRASIL, 2008), doutrina e jurisprudência já faziam referência a tal instituto, alegando não haver nenhum impedimento legal ao fato de entregar a guarda dos filhos menores a ambos os genitores, após o término da relação afetiva existente entre o casal.

O conceito legal do instituto jurídico da guarda compartilhada foi inserido através da Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que em seu art. 1.583, § 1º, cuidou de definir tal modalidade de guarda como sendo “(...) a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”.

Do conceito exposto se extrai que a responsabilidade, assim como os direitos inerentes a guarda do menor é compartilhada de forma paritária, por ambos os genitores, não havendo menção nenhuma na lei que coloque quaisquer daqueles em posição de superioridade um em relação ao outro.

Doutrinariamente, em se tratando do conceito de guarda compartilhada, Ramos (2016, p. 73) explica tal modalidade de guarda ao afirmar que “Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições.”.

Nessa mesma esteira, Madaleno (2018, p. 327) prescreve que “Na guarda compartilhada ou conjunta, os pais conservam o direito de guarda e de responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados a sua posse.”.

Ao conceituar o instituto da guarda compartilhada, Maluf e Maluf (2016, p. 621) prelecionam que “a guarda compartilhada é uma modalidade de guarda de cunho sociológico, em que ambos os genitores detêm a guarda legal da prole, participando conjuntamente dos detalhes de sua vida”.

Os genitores dividem de forma igualitária, direitos e deveres decorrentes do compartilhamento da guarda, participando ativamente da vida, da rotina e da educação dos filhos. Tal modalidade de guarda visa privilegiar os laços de convivência entre genitores e prole, diminuindo os possíveis traumas que o rompimento conjugal ou da união estável pode trazer aos filhos menores. A guarda compartilhada foi instituída sob o fundamento do princípio da supremacia do melhor interesse da criança ou adolescente (MALUF E MALUF 2016).

## 4.2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste tópico procurar-se-á apresentar a evolução legislativa do presente instituto no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da análise da Lei nº 6.515, de

26 de Dezembro de 1977 (BRASIL, 1977), denominada Lei do Divórcio, passando pela redação original Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) e pelas alterações ocorridas na legislação que trata da matéria, através da Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008 (BRASIL, 2008), que inicialmente instituiu e disciplinou a guarda compartilhada, passando pela EC nº 66/2010 que tratou do divórcio, suprimindo os requisitos legais que existiam até então, chegando finalmente a análise da Lei 13.058, de 22 de Dezembro de 2014 (BRASIL, 2014) que alterou a redação de alguns artigos do CC/2002, dispondo sobre a aplicação da guarda compartilhada.

A Lei 6.515/1977 (BRASIL, 1977), intitulada Lei do Divórcio, tomava por base a culpa do genitor, quando da fixação da guarda de filho comum. Nesse contexto ainda não existia legalmente o compartilhamento da guarda entre os genitores, sendo a guarda estipulada unilateralmente, podendo ser decidida tal questão consensualmente pelos genitores nos casos de separação judicial consensual. Já nos casos em que a separação judicial se desse por culpa de um dos cônjuges, os filhos menores deveriam ficar com o cônjuge inocente, ou seja, aquele que não deu culpa para que a separação ocorresse (art. 10, *caput*). Se a separação judicial ocorresse em virtude de culpa fundada em ambos os genitores, a prole deveria ficar em poder da mãe, excetuando os casos em que a companhia da genitora trouxesse prejuízos de ordem moral aos filhos (Art. 10, § 1º). E finalmente, nos casos em que o magistrado observasse que não era possível deferir a guarda a nenhum dos genitores, a guarda poderia ser deferida a terceiro, desde que este fosse pessoa notoriamente idônea e pertencesse a família de quaisquer dos genitores (Art. 10, § 2º) (TARTUCE 2018).

A Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), em sua redação original, estabelecia o art. 1.583 que nos casos onde ocorresse a dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que os genitores acordassem com relação à guarda dos filhos menores comuns, para os casos de divórcio consensual, já quanto aos casos onde não houvesse consenso quanto a guarda da prole, a guarda seria ao genitor que revelasse as melhores condições para exercer o múnus (art. 1.584, CC/2002). Enquanto que o parágrafo único do respectivo artigo previa que a guarda poderia ser entregue a terceira pessoa, desde que os genitores não pudessem a exercer, dando preferência aos laços de parentesco, bem como a afinidade existente. Tais regras eram uma espécie de complemento à proteção integral da criança e do adolescente, já

estabelecida pela Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990, que instituiu o ECA (BRASIL, 1990) (TARTUCE 2018).

Reafirmando o posicionamento acima exposto, Coltro e Delgado ressaltam que:

(...) a guarda atendia ao que os cônjuges estabeleciam no instante da dissolução consensual da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial, ou, inexistindo acordo, era atribuída, de forma exclusiva, pelo juiz ao cônjuge que reunisse as melhores condições para o seu exercício e, caso nenhum dos dois revelasse qualificação para tanto, era destinada a uma pessoa que revelasse compatibilidade com a natureza da medida, considerando o grau de parentesco e relação de afinidade e de afetividade. (2018, p. 192).

Nessa mesma esteira, Nader (2016, p. 288) destaca que “Ao ser promulgado, o Código Civil não previa, expressamente, o compartilhamento da guarda, enquanto a doutrina admitia a possibilidade jurídica da fórmula (...)”.

Gonçalves (2018) assevera que mesmo antes da entrada em vigor da lei 11.698/2008 que instituiu a guarda compartilhada, a jurisprudência dos tribunais e a própria doutrina já fazia referência a esta modalidade de guarda, enfatizando que no ordenamento não existia nenhuma menção contrária a sua adoção.

Já Maluf e Maluf (2016) sustentam que antes da entrada em vigor da lei 11.698/2008 existia certa discussão quanto à admissibilidade da guarda compartilhada pela jurisprudência brasileira, alegando que as noções de sua importância eram incontestes, entretanto, não existia ainda regulamentação legal.

Importante ressalva deve ser feita quanto à promulgação do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

Frise-se que o Código Civil de 2002, em sua redação original, mudou o sistema anterior de guarda, uma vez que a culpa não mais influencia a determinação do cônjuge que a deterá, ao contrário do que constava do art. 10 da Lei do Divórcio, norma revogada tacitamente pela codificação privada, diante de incompatibilidade de tratamento. Assim, constata-se, de imediato, que não há qualquer impacto da Emenda do Divórcio sobre a guarda, eis que a culpa já não mais gerava qualquer consequência jurídica em relação a tal aspecto (TARTUCE, 2018, p. 273).

Da leitura do que fora exposto até o momento, deve ser frisada a extrema importância da criação da codificação civil de 2002 (BRASIL, 2002), que apesar de não prever em sua redação original a guarda compartilhada, rompeu com a adoção do critério da culpa para os casos de separação judicial, adotando em suas bases o princípio do melhor interesse do menor.

Seguindo temporalmente a evolução jurídica do instituto em estudo, Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado, ao realizarem comentários a respeito da criação da Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008), ponderam que:

A Lei 11.698/2008 surgiu do Projeto de Lei 6.350/2002, de autoria do Deputado Tilden Santiago, o qual, em sua justificação, afirmava que a adoção do sistema de guarda compartilhada se encontrava na própria realidade social e judiciária, na medida em que deveriam ser assegurados o melhor interesse da criança e a igualdade entre pais e mães na responsabilização por seus filhos. Para ele, a guarda compartilhada permitiria um convívio mais estreito dos filhos com seu pai e sua mãe, sendo estes copartícipes em igualdade de direitos e deveres relativamente à educação, religião, saúde, lazer e às demais coisas na vida de seus filhos. Ainda esse projeto de lei alterava a redação do art. 1.584 do Código Civil e incluía o parágrafo primeiro. (COLTRO E DESLGADO, 2018, p.192).

Ressalte-se a realidade da complicada situação para que culminou na instituição legal da guarda compartilhada, longos e incontáveis debates a respeito da matéria foram travados nas casas legislativas, objetivando atender aos anseios da população a respeito da problemática que se colocava naquela época.

Pereira (2017) ressalta que após a entrada em vigor da Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) que instituiu a guarda compartilhada no direito brasileiro, a orientação era que essa modalidade de guarda fosse utilizada somente em casos em que houvesse consenso entre os pais, embora que, mesmo em casos onde houvesse o litígio entre os genitores a medida pudesse ser aplicada, tendo por base a aplicação do princípio do melhor interesse do menor.

A referida lei alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), ao passo que definiu a guarda compartilhada, enquanto modalidade legal de guarda existente, que consiste na responsabilização simultânea dos genitores no que concerne a criação, educação e manutenção da prole (MALUF E MALUF 2016).

Podem-se considerar relevantes as alterações ocorridas com o advento da Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008). Preliminarmente, o art. 1.583, *caput*, da codificação privada (BRASIL, 2002) passou a prever que a guarda seria unilateral ou compartilhada, assim, a partir de então, tal modalidade de guarda, que até então só existia na doutrina, passou a ser legalmente prevista. Outra importante alteração foi a ocorrida no §2º do art. 1.583 que repetindo a regra do antigo 1.584, ao prever que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que reunisse as melhores condições para exercê-la, estipulou parâmetros para a fixação dessa modalidade de guarda:

a) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; b) saúde e segurança; c) educação. (TARTUCE 2018).

Importante ressalva é feita por Coltro e Delgado, ao pontuar os efeitos da introdução da nova modalidade de guarda no ordenamento jurídico pátrio, prelecionando que com a guarda compartilhada:

Expurgou-se, definitivamente, o modelo tradicional de guarda, em que a atribuição da guarda dava-se a apenas a um dos genitores, propiciando sobremaneira o abuso no exercício da parentalidade, principalmente por parte das mães que se utilizavam dos filhos como moeda de troca, além de usá-los em muitas situações como marionetes a fim de atingir seus ex-companheiros, pais de seus filhos. A nova lei da guarda compartilhada constituiu uma inovação importante e significativa para o Direito de Família brasileiro, uma vez que trouxe em seu conteúdo a ideia de que compartilhar a guarda de um filho é garantir que ele tenha pais igualmente engajados e comprometidos na sua criação e no atendimento aos deveres ínsitos do poder familiar. (COLTRO E DELGADO, 2016, p. 41).

Nota-se que com a referida modificação na lei, o legislador buscou criar um modelo de guarda que cause o mínimo de impacto na relação entre genitores e prole, o que evidentemente propicia aos filhos uma maior imperturbabilidade psicoemocional, e ao mesmo tempo promove a convivência sadia e constante entre pais e filhos, o que não ocorre com a guarda unilateral. Ademais, as possíveis dificuldades de adaptação a novas rotinas que provavelmente seriam barreiras para os filhos, podem ser muitas vezes contornadas ou mesmo evitadas com o a adoção da guarda compartilhada.

De Paula e De Alvarenga (2017) asseveram que a Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) abriu espaço para diversas interpretações a respeito do instituto da guarda compartilhada, pois, as características trazidas pelo texto legal em muito se assemelhava com a modalidade da guarda alternada. Outrossim, em inúmeras oportunidades a guarda compartilhada não era aplicada ao caso concreto, tendo em vista que no texto legal continha a expressão “sempre que possível”, o que praticamente obrigava o magistrado a aplicar tal modalidade de guarda somente em situações em que houvesse o consenso entre os genitores.

Consoante tal entendimento, Silva expõe os motivos da criação da Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014), dizendo que:

As principais razões que levaram o Congresso Nacional a aprovar essa nova lei foram: a pouca compreensão do instituto por parte dos operadores do direito, pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

que evidenciaram a tímida aplicação da guarda compartilhada e, principalmente, as exceções criadas para deixar de aplicar a guarda (...) (SILVA, 2017, p. 61).

Intitulada doutrinariamente de lei da guarda compartilhada obrigatória, a Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014) alterou substancialmente os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da codificação civil (BRASIL, 2002) vigente, tendo como objetivo precípuo o estabelecimento do significado da guarda compartilhada (NADER, 2016).

A nova lei conservou a dualidade no sistema de guardas (guarda unilateral e compartilhada), tendo como primeira grande modificação o teor do que dispunha o § 2º do art. 1.583 do CC/2002.

A redação anterior previa que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse ter as melhores condições para exercer tal mister e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos fatores que a própria lei estabelecia. Com a promulgação da Lei 13.058/2014 o § 2º do art. 1.583 do CC/2002 (BRASIL, 2002), passou a ter a seguinte redação: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Tartuce (2018, p. 275) faz duras críticas ao legislador, se referindo a alteração ocorrida no § 2º do art. 1.583 da codificação privada, asseverando que “quando há menção a uma *custódia física dividida*, parece tratar, em sua literalidade, de *guarda alternada e não de guarda compartilhada*”. *E completa dizendo* “(...) os critérios que constavam da lei sem a alteração eram salutares, havendo um retrocesso na sua retirada (...)”. (*grifo do autor*).

Seguindo o estudo sobre a evolução jurídica do instituto jurídico da guarda compartilhada, o § 3º do mesmo artigo acima citado, tratava do direito de supervisão, afirmando que no modelo de guarda unilateral o pai ou a mãe que não detiver a guarda, encontra-se obrigado a supervisionar os interesses dos filhos.

Com a promulgação da lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014) tal artigo passou a contar com a seguinte redação: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Aqui, Tartuce (2018) volta a criticar as alterações legislativas ocorridas nesse ponto do texto, ressaltando a confusão criada pelo legislador entre guarda compartilhada e guarda alternada, ao passo que o próprio texto legal reconhece a possibilidade de o filho residir em lares e cidades diferentes.

Na busca pela unicidade do entendimento jurídico a respeito do tema, foram criados enunciados na VII Jornada de Direito Civil, que se realizou no ano de 2015, dentre os quais se destacam os enunciados 603, 604 e 606 que respectivamente dispõem que:

A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta para a guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho (Enunciado n. 604).

A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais (Enunciado n. 603).

O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um (Enunciado n. 606).

É de grande importância que se ressalte a mudança ocorrida com a criação do § 5º do art. 1.583 do CC/2002 (BRASIL, 2002), que passou a dispor que:

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

A partir da aplicação da referida norma jurídica a própria lei lança sob os ombros do genitor que não possui a guarda, o dever de fiscalizar o desempenho do genitor ou mesmo terceiro que detenha a guarda, passando a ter papel considerado fundamental na promoção da criação dos filhos menores.

Outra relevante mudança com a criação da nova lei da guarda compartilhada (Lei 13.058/2014) (BRASIL, 2014) foi a ocorrida no § 2º do art. 1.584 da codificação civil, que em sua redação anterior, dada pela Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) dispunha que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada”, enquanto que a redação atual em complemento prevê que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor” (grifo nosso).

Observe que na redação dada sob a ótica da vigência da lei anterior, a guarda compartilhada era aplicada somente em situações pontuais, não possuindo nenhum caráter obrigatório de aplicabilidade prática. Já com a nova redação a lei passa a ter um caráter compulsório, devendo ser esta sempre a opção preferida de aplicação da guarda em detrimento de qualquer outra.

#### 4.3 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA: O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Este tópico buscará tratar dos critérios utilizados pelo magistrado para que a guarda compartilhada seja adotada como modalidade adequada para o caso concreto, ao passo que introduzirá, nessa perspectiva, comentários a respeito do princípio tido como basilar pela Lei nº 8.069/1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), denominado princípio do melhor interesse do menor.

Inicialmente é de extrema importância que se frise que o regime de compartilhamento da guarda só pode ter suas decisões tomadas em ações de separação, divórcio, dissolução de união estável ou em sede de medida cautelar, conforme prescreve o art. 1.584, I, da Codificação Civil de 2002 (BRASIL, 2002). É ainda de suma importância, que seja tratada, em linhas gerais, da forma de desempenho da guarda compartilhada enquanto modalidade de guarda a ser utilizada para os casos em que ocorra a ruptura dos laços conjugais através do divórcio, da separação ou mesmo da dissolução da união estável.

Objetivando cumprir a tarefa acima proposta é importante que se frise que a guarda compartilhada baseia-se na cooperação mútua entre os genitores, com o objetivo primordial de buscar o comprometimento entre os pais na busca pela promoção da educação, sustento, criação e definição das melhores escolhas relativas ao futuro dos filhos havidos em comum (GONÇALVES 2018).

Nader (2016, p. 289) assevera que “a guarda compartilhada requer o diálogo e o espírito de compreensão entre os pais, pois, do contrário, em vez de contribuir para a melhor orientação dos filhos, será para estes uma fonte de conflitos”.

Para Ramos (2016) os requisitos para o deferimento da guarda compartilhada são os seguintes: “1) maternidade ou paternidade jurídica (normalmente

demonstrada com o registro civil do filho) ;2) aptidão para o exercício do poder familiar; e 3) vontade de exercer a guarda”.

Alguns requisitos são analisados pelo magistrado ao verificar a possibilidade de no caso concreto ocorrer a aplicação da guarda compartilhada, entre estes se destacam como principais: as condições que possuem os genitores de prestar assistência moral e material aos filhos, as condições psicológicas dos genitores, se estes possuem residência fixa, para que não ocorram grandes mudanças na rotina dos filhos menores, a própria história de vida dos genitores são também consideradas, etc. (MOREIRA 2015).

Nessa mesma linha de pensamento, Maluf e Maluf enfatizam que:

(...) para que seja efetivamente indicada a guarda compartilhada é necessário que haja uma série de pressupostos, como aptidão dos pais; manutenção de ambiente saudável para atender aos interesses do menor; bom relacionamento entre os pais, além da vontade consciente de acompanhar de perto o desenvolvimento dos filhos e da viabilidade da manutenção da rotina da criança em face da eventual alternância de casas, da distância, possibilidade de acesso e locomoção para o perfeito andamento da rotina da criança, fator altamente desgastante tendo em vista a dimensão e as peculiaridades de muitas cidades na atualidade. (MALUF E MALUF, 2016, p. 623).

Pereira (2017) ressalta que a modalidade compartilhada da guarda entre os pais é a mais adequada, desde que os genitores possuam maturidade e viabilidade de compartilhar da rotina dos filhos menores de forma harmoniosa, devendo ser respeitados o cumprimento dos horários, atividades escolares e extracurriculares do menor.

Sendo assim, verificada a ocorrência dos critérios acima expostos no caso concreto, é possível que ocorra a deliberação por parte do juízo pela aplicação da modalidade de compartilhamento da guarda entre os pais como melhor maneira de proporcionar aos filhos comuns um futuro mais digno, seguro e feliz.

Saliente-se ainda que apesar de ser vista atualmente como regra, a guarda compartilhada não deve ser considerada uma modalidade de guarda de **aplicação obrigatória**, sendo dever do magistrado, observar os aspectos particulares de cada caso concreto para que tal modelo seja deferido. Diferente do modelo anteriormente adotado existe a possibilidade de que mesmo não havendo um bom relacionamento entre os cônjuges a guarda compartilhada seja adotada no caso concreto, sendo

dever dos genitores acatarem a decisão emanada pelo poder judiciário (MALUF E MALUF 2016).

Importante adendo é feito por Maluf e Maluf ao tratarem dos critérios de aplicação da modalidade compartilhada da guarda no caso concreto, quando salienta que:

A viabilidade de atribuição da guarda compartilhada, entretanto, dependerá do caso concreto, pois em alguns casos os pais vivem em localidades diferentes e muito distantes entre si. Na atualidade, a tecnologia colocou ao alcance das famílias instrumentos como o telefone, a internet, o Skype, o e-mail, o WhatsApp, entre outros. E, ainda, a convivência com o genitor que mora longe poderá ser compensada durante os períodos de férias e feriados prolongados (2016, p. 625).

Ramos (2016) enfatiza ainda, que mesmo a letra da lei sendo clara ao fazer menção à figura do pai e da mãe, é completamente possível que a guarda compartilhada seja deferida para casais homoafetivos, podendo ainda, ser aplicada a guarda compartilhada tanto na maternidade quanto na paternidade socioafetivas.

Quanto à consideração do princípio do melhor interesse do menor na aplicação da guarda compartilhada, Souza (2017) sublinha que a proteção integral do menor surge a partir da Convenção de Direitos da Criança, ocorrida em 1989, momento de extrema importância, pois é a partir deste marco que os menores passam a ser vistos e considerados como sujeitos de direito, sendo levado em conta sua fragilidade e vulnerabilidade e nessa perspectiva passam a necessitar que seus direitos sejam protegidos, seja por atos do Estado ou de seus próprios genitores.

Nessa perspectiva, Souza (2017, p. 32) destaca seu posicionamento em defesa ao referido princípio, ao acentuar que “O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente colocou o menor ao centro da discussão jurídica em se tratando de guarda, analisando-se antes do interesse dos pais o interesse maior do menor”.

Ramos (2016) destaca que o princípio do melhor interesse do menor sempre foi utilizado como fundamento para a tomada de decisão do magistrado quando a matéria trata-se de guarda de menores, mesmo quando a legislação determinava que a guarda devesse ser atribuída ao cônjuge inocente, a jurisprudência caminhava no sentido de diferenciar as relações conjugais das relações parentais, no sentido de considerar que um marido ou esposa ruins não necessariamente devem ser considerados um pai ou mãe ruins.

Tamanho é a importância do princípio ora em estudo, que este teve sua previsão legal no texto constitucional (BRASIL, 1988), que prescreve em seu art. 227, *caput*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (grifo nosso).

Ramos (2016, p. 129) destaca que “foi a primeira vez que uma Constituição brasileira abordou a questão da criança como prioridade absoluta, e estabeleceu, de forma incontestável, a doutrina da proteção integral”.

A partir de tal previsão legal dentro da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), considerado principal texto legal do estado democrático de direito brasileiro, o princípio do melhor interesse do menor passa a ser considerado fundamento para qualquer ação que envolva menores, ou seja, qualquer decisão ou mesmo orientação referente a vida de crianças e adolescentes deve considerar o que é melhor para estes indivíduos, devendo inclusive, sobrepor-se aos interesses dos genitores se for o caso (SOUZA 2017).

A partir de tal premissa, o magistrado, para proclamar qualquer decisão relativa a guarda da criança e do adolescente passa a ter que considerar o melhor interesse do menor, ou seja, deve analisar quem pode oferecer melhores condições de ensino, educação e todos os elementos que devem ser considerados para que um ser possa ter seu desenvolvimento, físico e social, saudável (SOUZA 2017).

Por fim, torna-se demasiadamente importante trazer as conclusões de Souza, a respeito da consideração integral do princípio do melhor interesse do menor aplicado às ações relativas à guarda de menores no ordenamento jurídico brasileiro, ao enfatizar que:

Ao compararmos todos os tipos de guarda e analisarmos qual está mais adequada a cumprir os ditames do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tem-se que a guarda compartilhadas, ao propiciar uma maior convivência familiar, assim como uma eficaz participação de ambos os pais na educação de sua prole, fatores imprescindíveis para a preservação do bem-estar emocional dos infantes, revela-se como o modelo que leva à efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (2017, p. 34).

Em conclusão, pode-se notar que ao se considerar o princípio do melhor interesse do menor na busca da primazia pela promoção de um futuro mais digno a prole comum, em todos os aspectos da vida, a modalidade de compartilhamento da guarda entre os pais é vista e considerada como a que melhor presta tal serviço, pois é a única modalidade de guarda que busca a minimização dos danos que uma eventual separação dos filhos com os pais possa trazer, ao passo que promove a aproximação constante destes com aqueles, enfatizando a importância da afetividade dentro de tal relação, fator que outrora não era considerado.

#### **4.3.1 A Aplicabilidade da Guarda Compartilhada**

Quando se aplica na prática o compartilhamento da guarda, a criança ou adolescente tem em um dos lares pertencentes a seus genitores o referencial de lar, de casa principal, aquela em que ela convive com um dos pais, ficando a cargo de ambos os genitores o planejamento da rotina diária do menor, inclusive as visitas ao outro cônjuge, que deve ter completa liberdade quanto a dias e horários. Conseqüentemente, o que claramente se observa é que para que os fins de criação desse tipo de guarda sejam atingidos, a parceria entre os genitores é elemento fundamental (GONÇALVES 2018).

Madaleno (2018) enfatiza que nesse modelo de guarda ambos os genitores permanecem sendo responsáveis e titulares do direito de guarda em relação aos filhos menores, o que se alterna, sem uma ordem precisa já que existe a liberdade, é a posse dos filhos menores entre aqueles. E continua sua explanação ao ressaltar que “Conjunta é a prática do poder familiar e não a divisão do tempo dos filhos, com alternância da sua guarda (...)” (MADALENO 2018, p. 327).

A aplicação da guarda compartilhada ao caso concreto nada mais é do que a atribuição das responsabilidades e o desempenho conjunto dos direitos e deveres dos genitores que não vivam mais sob o mesmo teto, na busca do exercício da tomada de decisões dentro do processo que envolva o controle, a educação, a criação, a orientação, a disciplina e todas as demais atribuições referentes ao futuro da prole comum (RIZZARDO 2014).

Importante ponderação quanto à aplicabilidade do compartilhamento da guarda entre os genitores é trazido por Maluf e Maluf (2016, p. 621) ao asseverar que neste modelo de guarda “ambos os genitores participam de forma equitativa na

educação dos filhos, assim como observam todos os deveres e direitos perante a prole, participando ativamente da rotina e da vida dos filhos”.

Nessa mesma linha de pensamento, Rizzardo (2014) aduz que mesmo nos casos em que se aplica o compartilhamento da guarda, os filhos devem ter uma residência específica, onde predominantemente permanecerão de forma fixa, estando inclusive seus pertences pessoais, assim o que na verdade se compartilha na prática são as responsabilidades relativas a direitos e deveres derivados da criação e formação dos filhos.

Pela forma que se apresenta a guarda conjunta, percebe-se claramente que o modelo de compartilhamento da guarda dos filhos menores passou por um processo de criação imbuído de aproximar a prole dos genitores, que naturalmente se afastam após o rompimento de uma relação amorosa, entretanto, é importante esclarecer que tal modalidade de guarda não deve funcionar satisfatoriamente para aqueles casais que passaram por um rompimento na relação, mas que entre ambos ainda exista litígio. Um levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2013, apontou que somente cerca de 7,73% dos filhos de casais separados vivem sob o regime da guarda compartilhada no Brasil, sendo ainda a guarda unilateral, o modelo de guarda mais adotado no país, nestes casos 85,07% dos filhos ficam sob a guarda da mãe e apenas 5,35% ficam sob a responsabilidade do pai (MALUF E MALUF 2016).

Pela interpretação dos dados acima expostos, observa-se que o legislador procurou colocar a guarda compartilhada como regra geral de aplicação, visando diminuir os casos de guarda unilateral em que a criança eventualmente venha a ser utilizada como joguete para a obtenção de pensão alimentícia ou mesmo como objeto de vingança entre os ex-companheiros, ao passo que a aplicação do compartilhamento da guarda visa propiciar ao menor um ambiente saudável onde mãe e pai possam conviver, mesmo que separados, em harmonia pelo bem comum dos filhos.

Nesse sentido, é importante que se observe que para que a guarda compartilhada e suas finalidades de criação sejam aplicadas e atingidas no caso concreto várias condições serão exigidas. O sucesso na aplicação desse modelo de exercício da guarda depende claramente do bom relacionamento entre os ex-companheiros, de modo que estes possam exercer o diálogo franco, o entendimento, a tolerância, o desprendimento, em suma, é de extrema importância

que impere a harmonia na relação entre os genitores, não devendo existir brigas, acusações, desentendimentos, pois, tais fatos inviabilizam completamente a aplicação do compartilhamento da guarda na prática (RIZZARDO 2014).

Parte da doutrina, como é o caso de Madaleno (2018), critica a legislação que trata da matéria em estudo, mais especificadamente a Lei nº 13.058/2014 (BRASIL, 2014), alegando que nesse modelo de exercício da guarda, compartilha-se a prática do poder familiar e não o tempo de permanência dos filhos com os pais, concluindo que é neste ponto exato o maior pecado cometido pela citada lei, pois denomina a guarda compartilhada como sendo “a alternância e equivalência do tempo de permanência dos pais separados com os seus filhos, e não mais o compartilhamento da gestão, da autoridade parental” (MADALENO, 2018, p.327).

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) dispôs de alguns critérios para a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada, em seu art. 1.584, inciso II, parágrafos § 1º, § 2º e § 3º:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (...) II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Da interpretação literal do texto legal apreende-se que a guarda conjunta pode ser tanto acordada consensualmente entre os ex-companheiros, quanto estipulada pelo próprio juiz, devendo obviamente o magistrado considerar melhor interesse do menor. É dever ainda do magistrado explicar o conceito e a aplicação da guarda compartilhada aos pais, bem como, sua finalidade e benefícios preteridos e neste sentido torna-se demasiadamente importante trazer os aspectos negativos e positivos da aplicação desse modelo de guarda.

#### 4.3.1.1 Efeitos Positivos – Vantagens da Guarda Compartilhada

Como pôde se observar inúmeras são as vantagens para os menores quando ocorre o rompimento da relação existente entre seus genitores, passando estes a conviverem em lares diferentes.

Coltro e Delgado (2018) atribuem como um dos principais fatores positivos da guarda conjunta o fato da oferta ao menor da oportunidade de sentir-se em casa estando na residência de quaisquer dos genitores, vendo ambos os lares como verdadeiro recanto de segurança para si, onde poderá saborear suas conquistas na vida, chorar seus fracassos, viver suas tristezas, ilusões e desilusões.

Outro fator de extrema importância diz respeito à flexibilidade oferecida nesse modelo de exercício da guarda, tendo em vista que o tempo do menor não necessariamente deve estar milimetricamente dividido entre ambos os lares e a própria companhia de seus genitores, pois a liberdade de trânsito do menor, seja pelo lar ou mesmo pela companhia, é premissa que deve vigorar quando da adoção da guarda compartilhada no caso concreto. Além disso, o compartilhamento da guarda oferece uma maior facilidade quanto à responsabilidade diária do menor, tendo em vista que esta, quando do compartilhamento da guarda, é dividida entre os genitores, o que evidentemente proporciona a ambos, de forma igualitária, uma espécie de oportunidade de expansão social e sentimental em relação à própria prole. Ademais, pode-se citar ainda como fator positivo a aproximação constante dos genitores com a prole que gera uma maior participação de um na vida do outro e conseqüentemente afasta qualquer dúvida ou hostilidade que geralmente acompanha a ruptura dos relacionamentos conjugais (COLTRO E DELGADO 2018).

A guarda compartilhada é vista como um grande avanço quando se trata do assunto de guarda de filhos no Brasil, pois notoriamente o ser humano quando de sua formação enquanto pessoa necessita da presença do pai e da mãe em sua vida e este modelo de exercício da guarda usa como premissa maior justamente a manutenção da presença dos genitores na vida dos filhos (RIZZARDO 2014).

Outro fator positivo visto nas situações práticas de aplicabilidade da guarda compartilhada é a trazida por Ramos, ao prescrever que:

A guarda compartilhada pode revelar, muitas vezes, um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos

com igualdade de importância e de relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar dos filhos (RAMOS, 2016, p. 97).

Muitas vezes os problemas causados pelo próprio relacionamento entre os genitores podem refletir no distanciamento de algum deles em relação aos filhos, mesmo quando ainda casados ou juntos, problema que geralmente é resolvido quando ocorre a separação do casal, passando os pais a direcionar de forma mais intensa a atenção aos filhos.

Galvão (2016, p. 91) assevera que “(...) a guarda compartilhada permite que os pais participem ativamente da vida dos filhos, levando-os a se sentirem amados, que estão sendo cuidados, além de evitar, ou pelo menos diminuir, a ansiedade dos filhos quando da separação dos pais”. Um fator de extrema importância, tendo em vista a presença de fatores que estão ligados diretamente ao desenvolvimento dos filhos.

Quintas (2009) cita como vantagem desse modelo de exercício da guarda o fato de retirar os filhos do centro das discussões judiciais relativas ao divórcio dos pais, muitas das vezes justamente por este motivo, a criança passa a se sentir culpada pela separação dos pais, o que pode trazer grandes transtornos ao menor.

Ainda existe a hipótese em que se mostra de grande vantagem a adoção da guarda compartilhada, pois imagine-se que se uma criança vivendo sob o regime do compartilhamento da guarda perde um dos genitores, ou mesmo o genitor que ela tenha mais proximidade, obviamente que caso o genitor sobrevivente fosse alguém distante dificilmente poderia consolar sentimentalmente esse menor, já considerando que exista uma aproximação entre ambos, esse consolo é muito mais evidente para o menor (GALVÃO 2016).

É importante que se saliente que para a própria criança ou adolescente é de grande importância o contato com os outros membros da família dos genitores, avós, tios, primos, sendo esta outra grande vantagem da guarda compartilhada, pois tal modalidade de guarda une ainda mais os laços familiares existentes entre ambas as famílias dos genitores com o menor (QUINTAS 2009).

Coltro e Delgado (2018, p. 202) ressalta ainda como vantagem da guarda compartilhada, em se tratando de pais que se separam ou mesmo que nunca conviveram juntos, o fato de tal modalidade de guarda proporcionar “(...) a oportunidade de os filhos desfrutarem de uma estreita convivência com o seu pai e

com a sua mãe, reduzindo os efeitos patológicos, sob o prisma psíquico, das circunstâncias adversas”.

Álvaro Villaça Azevedo ao tratar das vantagens do compartilhamento da guarda é claro ao asseverar que:

Entendo que a lei se apresenta com um caráter educativo muito importante, pois tentando o juiz a implantação dessa nova espécie de convivência, vai, aos poucos, mostrando à sociedade que a separação dos casais prejudicará menos aos filhos quanto mais estes se relacionarem com seus pais. Os filhos sentir-se-ão mais seguros, sentindo a pouca hostilidade de seus pais, que devem ser menos egoístas exercendo não só o direito de estar com seus filhos, mas o dever de viver e participar da vida deles. Assim, entendo que essa forma de convivência cria esse dever de participação na vida dos filhos, que não se sentirão abandonados (AZEVEDO, 2013, p.231).

Quintas (2009) ainda cita que a guarda conjunta é vantajosa até mesmo para o próprio poder judiciário, uma vez que ao se optar por tal modalidade de guarda, automaticamente ocorre uma agilidade nos processos dessa natureza, tendo em vista que o processo não precisará se arrastar para que os genitores discutam com quem deve ficar a guarda dos filhos menores, ademais os processos relativos a alimentos também devem ser facilitados e mais ágeis, uma vez que através do compartilhamento da guarda ambos os genitores passam a acompanhar mais de perto todos os gastos efetuados com o menor, de modo que os valores não precisam ser tão debatidos no processo.

#### **4.3.1.2 Efeitos Negativos - Desvantagens da Guarda Compartilhada**

Não são em todos os casos que a guarda compartilhada se mostra a melhor opção enquanto modalidade de guarda, exatamente por isso que a doutrina entende que esse modelo de guarda é preterido entre todos os outros existentes, entretanto, não é considerado de aplicação obrigatória.

Nesse sentido, é de suma importância trazer o que assevera Paulo Nader, sobre determinada situação que eventualmente pode vir a ser vista como desvantagem da guarda compartilhada.

Especialmente em casais jovens, a guarda compartilhada traz consigo um potencial de desarmonia. O consenso inicial pode ceder à discórdia com o novo rumo de vida de cada um dos pais. À medida que estes assumem outros relacionamentos, surge a tendência de comprometimento em suas

relações, quanto à guarda. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela ministra Nancy Andrighi, negou à mãe o direito de levar consigo, para os Estados Unidos, os três filhos que viviam em sua companhia e em regime de guarda compartilhada. Em suas alegações, a requerente havia esclarecido que fora contemplada com uma vaga para curso de mestrado e que o seu novo companheiro, de quem se encontrava grávida, estava vivendo naquele País. Em suas razões, a ministra declarou que *“não é aconselhável que sejam as crianças privadas, nesse momento de vida, do convívio paterno, fundamental para um equilibrado desenvolvimento de sua identidade pessoal”*. Não seria recomendável que os filhos, aduziu, ficassem distantes de sua mãe, pelo que o desejável seria a composição dos interesses individuais em harmonia com o bem-estar dos filhos (NADER, 2016, p. 289). (grifo do autor)

Obviamente que esta é uma situação extremamente pontual, no entanto, é de se admitir que a pouca idade muitas vezes acompanhada da imaturidade sob tais aspectos podem, de fato, levar os genitores a não conseguirem manter um bom relacionamento entre eles após a separação, tornando completamente inviável a adoção do compartilhamento da guarda em relação aos filhos menores comuns.

Uma importante crítica feita ao modelo de compartilhamento da guarda vista como desvantagem e trazida por Alves (2015), diz respeito ao fato de a criança ou adolescente ter que estar mudando constantemente de casa para poder cumprir devidamente com a convivência recíproca entre pai e mãe, fato que muitas vezes levam as pessoas a confundirem a guarda compartilhada com a guarda alternada.

A despeito de tal situação, Maria Manoela Quintas faz importante ressalva:

A criança alternar a casa dos pais é uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta, que impeça a sua aplicação, podendo a mesma ser adotada com uma residência fixa para os filhos. A guarda compartilhada é flexível, podendo se adaptar às necessidades e mudanças dos membros da família. Essa flexibilidade é que faz a guarda compartilhada preferível frente à guarda alternada quando há alternância de residências. (QUINTAS, 2009, p.97)

Galvão (2016, p. 94) ressalta que “Um dos argumentos contrários ao instituto da guarda compartilhada se trata da impossibilidade de pais que nunca conviveram ou que romperam uma relação, em compartilhar as decisões a respeito da educação e criação dos filhos”.

A guarda compartilhada exige dos genitores um bom relacionamento após a ocorrência da separação, de modo que, caso esse bom relacionamento se torne impossível, a adoção da guarda compartilhada se torna extremamente dificultosa, tendo em vista que sua adoção faz permanecer ainda muito ligado o vínculo existente entre pai e mãe, considerando que ambos devem, em parceria, tomar

todas as decisões relativas ao futuro do menor, sendo assim, em caso de impossibilidade de ocorrência de um bom relacionamento entre os genitores a adoção do compartilhamento da guarda entre eles seria muito mais prejudicial aos filhos, o que obviamente não é o objetivo do instituto em estudo (GALVÃO 2016).

Quintas (2009, p.93) traz outra crítica ao modelo de guarda conjunta, ao prescrever que “se os pais se relacionam bem, um bom sistema de visitas asseguraria à criança o contato com os pais e as decisões geralmente seriam tomadas em conjunto, como uma guarda compartilhada”. A ideia que se tem é que o ideal seria evitar o contato direto entre os genitores após o rompimento da relação, de modo que quanto mais incentivado esse contato, mais conflito eventualmente viria a ocorrer, o que pode ser extremamente prejudicial aos filhos menores, no entanto, tal fato por si só, não deve ser considerado regra, pois logicamente, existe sim a possibilidade de ocorrência do rompimento de uma relação entre os genitores e o bom convívio entre eles.

Finalmente, uma última crítica realizada ao modelo compartilhado de guarda, diz respeito ao fato de muitos dos pais não estarem dispostos a assumir as responsabilidades para com seus filhos. Em pesquisa realizada junto a juízes das varas de família, descobriu-se que muitos dos pais disputam judicialmente a guarda dos filhos, somente como forma de indiretamente atingir suas ex-companheiras, deste modo, a aplicação de uma guarda compartilhada nestes casos seria justamente municiar o indivíduo que busca a guarda com essa finalidade, compactuando com a utilização da criança como peça em um jogo de interesses dos próprios genitores, fato que vai em total desencontro com o princípio do melhor interesse do menor (QUINTAS 2009).

#### **4.3.1.3 Efeitos Psicológicos**

Foram apresentados os aspectos positivos e negativos inerentes a aplicação prática da guarda compartilhada ou conjunta, neste tópico procurar-se-á abordar os efeitos psicológicos que podem advir desta realidade, bem como as consequências que uma separação ou mesmo a disputa da guarda de um menor pode trazer para estes indivíduos.

Nessa esteira de pensamento, Dorival Pereira assevera que:

Os fundamentos psicológicos da Guarda Compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio dos pais acarretam uma série de perdas e trazem consequências drásticas à vida da criança, como a natural queda do padrão de vida, conflitos entre os pais, divisão de bens, etc., e o compartilhamento da guarda visa amenizar esses efeitos, uma vez que a criança conviverá com os pais de maneira igualitária. Essa convivência traz benefícios à criança, que reconhece que tem os dois pais envolvidos em sua criação e educação, não se distanciando dos mesmos (PEREIRA, 2008, P. 83).

Na verdade os efeitos psicológicos da guarda compartilhada geralmente são tidos como positivos, tendo em vista que essa modalidade de guarda é utilizada como forma de minimizar os efeitos psicológicos negativos advindos da própria separação ocorrida entre os genitores ou mesmo do peso que geralmente é para os filhos passar por uma disputa de guarda na justiça, muitas vezes, dependendo da idade, tendo que optar por ficar com um dos genitores.

Silva e Gonçalves (2016) ressaltam que os efeitos psicológicos negativos, consequentes da separação dos pais, podem inclusive desencadear na criança ou adolescente transtornos psicológicos, como o transtorno da ansiedade social, caracterizado como um medo ou ansiedade exagerada frente às situações sociais que possam colocar o menor sob avaliação ou julgamento de outras pessoas. Nas crianças essa forma de transtorno se materializa através de ataques de raiva, choro intenso ou mesmo quando praticam o comportamento de agarrarem-se as pessoas. Outro trauma psicológico observado em crianças que passam pelo processo de separação de seus genitores é o transtorno de ansiedade de separação, caracterizado pelo medo ou ansiedade excessiva de ser separada das pessoas que ela ama, esse transtorno gera um grande sofrimento e preocupação à criança em perder ou se afastar de alguém que ela ame, pode ocorrer recusa em sair de casa e mudança nos hábitos comuns como ir à escola.

Em se tratando da aplicação da guarda compartilhada, Rizzardo (2014) ressalta que a grande dificuldade para implementação do compartilhamento da guarda é evitar problemas emocionais, enquanto promove um animo de maturidade nos genitores, evitando, de modo geral os sentimentos negativos da prole em relação aos pais.

Ao tratar do tema, Fonseca (2013) destaca que em situações onde ocorre a disputa pela guarda entre os genitores, os filhos podem vir a apresentar diversos sintomas, dentre os quais se destacam principalmente: insegurança, carência, solidão. Podem vir a ocorrer ainda alterações comportamentais como episódios de

insônia, anorexia, acessos de angústia, isolamento, estado neurótico. Todos esses danos psicológicos podem ser experimentados pelo menor que passa por uma situação de disputa da guarda, e o pior, toda essa situação pode acarretar em sérios danos ao adulto que esse menor se tornará no futuro, pois em muitos casos crescem como pessoas que não conseguem estabelecer vínculos afetivos sólidos, tendo dificuldade de socialização, um terrível traço que pode ser difícil de se livrar depois de adquirido.

#### 4.4 ASPECTOS PRÁTICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

É importante observar que após a adoção do compartilhamento da guarda como melhor maneira de conduzir a criação dos filhos comuns de casais divorciados ou separados que passem a conviver em diferentes lares, cabe aos genitores a decisão conjunta de definir o regime de convivência que será adotado, com regras muito bem estabelecidas para evitar eventuais transtornos futuros, devendo a custódia física dos filhos permanecer com um dos pais, cabendo ao outro genitor utilizar-se da total liberdade no acesso aos filhos, conforme as regras determinadas entres aqueles.

Nesse sentido, Nader (2016, p.289) enfatiza que “O compartilhamento pressupõe regulamento em que fiquem definidas as atribuições de cada genitor e o tempo em que os filhos passarão em companhia de um e de outro”. Tal regulamento é criado pelos próprios genitores em acordo com a rotina dos filhos.

Rizzardo (2014) enfatiza que existe a necessidade de que se estabeleçam os períodos em que os filhos deverão permanecer com cada um dos genitores, sendo aconselhável que o próprio magistrado utiliza-se do laudo elaborado por equipe interdisciplinar ou técnico-profissional que acompanhou de perto a vida dessa entidade familiar.

Tal fato encontra-se inclusive previsto atualmente na legislação civil de 2002 que em seu art. 1.584, inciso II, § 3º (BRASIL, 2002), dispõe que:

Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

O regulamento que institui as atribuições de cada genitor, bem como o tempo em que a prole ficará sob a companhia de um ou de outro progenitor, via de regra, é elaborado pelo próprio magistrado de acordo com as informações extraídas do caso concreto, no entanto, é possível que em casos pontuais, ocorrendo a devida harmonia entre os ex-companheiros, tal regulamento possa ser dispensado (NADER 2016).

#### **4.4.1 Residência dos Pais: Com ou Sem Alternância**

A Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) que instituiu a guarda compartilhada, bem como a Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014) que tratou de conceituar e delinear alguns aspectos do instituto deixou de tratar justamente da questão referente à alternância entre as residências dos genitores, estabelecendo tão somente, no § 2º do art. 1.583 do CC/2002 (BRASIL, 2002) que “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Assim, é sabido que deve existir uma divisão igual de tempo em que os filhos devam permanecer tanto com o pai quanto com a mãe, porém, deixou de ser mais específica a lei no sentido de dividir essa atribuição.

Entretanto, como bem explana Rizzardo (2014), mesmo sendo adotada a guarda compartilhada os filhos menores devem ter uma residência tida como fixa, não podendo simplesmente ficar indo e vindo entre as residências dos genitores, sem saber ao certo qual delas é sua casa, em qual delas os seus pertences pessoais devam ficar. Sendo este, inclusive, um aspecto duramente criticado pela doutrina, tendo em vista que possuir uma residência fixa é uma necessidade tida como primária para qualquer pessoa.

A Lei nº 13.058/2014 (BRASIL, 2014) trouxe o remédio jurídico para uma situação que é de grande importância trazer à tona nesta parte do estudo, pois estatuiu no art. 1.583, § 3º do CC/2002 (BRASIL, 2002) a seguinte redação: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Assim fica claro, primeiramente, que para exercer a guarda conjunta não há a necessidade que os genitores morem em uma mesma cidade; e segundo, nos casos em que os genitores que se utilizem da

guarda compartilhada, passem a morar em cidades distintas, a cidade considerada base de moradia do menor será aquela que atenda melhor aos seus próprios interesses, independente se a cidade é a de um genitor ou a de outro. Aqui se aplica claramente o princípio do melhor interesse do menor, conforme já estudado em tópico anterior.

Ao tratar sobre o compartilhamento da guarda em cidades diferentes, Coltro e Delgado (2018, p.214) ressaltam que “A distância não impede que a guarda compartilhada seja exercida de forma efetiva, máxime os grandes meios de comunicação e transportes que dispomos na atualidade”.

Outra importante questão que merece destaque é a trazida no art. 1.634, incisos II e IV do Código Civil de 2002, tratando das questões relativas as viagens ao exterior e a mudança de residência permanente, assim o referido texto legal assevera que:

Art. 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (...) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (...) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (...).

Os juizados da Infância e Juventude já adotavam como regra a necessidade de consentimento dos pais para viagem ao exterior, entretanto, a lei era omissa no que se refere a mudança de residência do menor, muitas vezes o que se observava na prática era o genitor que possuía a guarda unilateral simplesmente carregava o menor sem ao menos sequer dar notícias ao outro genitor de seu novo paradeiro, situação que obviamente causava uma grande intranquilidade entre ambos. Essa nova mudança possibilita ao genitor que não detém a guarda física do menor, participar mais ativamente das decisões que envolvam a prole, bem como evitar desentendimentos e preocupações relativas a localização do menor (COLTRO E DELGADO 2018).

Maluf e Maluf (2016) ao realizarem comentários a respeito dos novos aspectos trazidos pela Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014) que trata da guarda compartilhada asseveram que o fato da lei ter previsto a necessidade de concordância do genitor que não detém a guarda física do menor em caso de mudança permanente de domicílio provavelmente gerará grande polêmica e discussões calorosas.

Ao tratar do domicílio legal do menor quando da utilização do compartilhamento da guarda, é de suma importância que se traga a baila o que menciona Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado:

Nos termos do artigo 76, parágrafo único, do Código Civil, o domicílio do incapaz é o do seu representante legal ou assistente. Porém, em razão das alterações trazidas pela novel legislação no tocante à guarda compartilhada, respeitando entendimentos em contrário, assevero que o citado artigo foi derogado, e doravante, tratando da guarda compartilhada, o domicílio do menor, será o de ambos genitores (COLTRO E DELGADO, 2018, p.216).

O que se observa do exposto, é que nos casos onde se pratica a guarda conjunta ou compartilhada apesar da necessidade da existência de uma residência fixa de um dos genitores, ambos os lares podem ser considerados domicílio legal do menor.

#### **4.4.2 Responsabilidade Civil Dos Pais**

Em um primeiro momento faz-se necessário conceituar o termo responsabilidade civil, que conforme preleciona Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.750) trata-se “da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a conseqüente obrigação de indenizar a vítima”.

Assim sendo, sempre que ocorrer um ato ilícito que gere um dano de qualquer ordem (moral, material, estética, etc.) a terceiro, surgirá conseqüentemente a responsabilidade civil, ou seja, a responsabilidade de reparar o dano causado.

Para que fique configurada a ocorrência do dano são necessários que se verifiquem a existência de alguns elementos, muito bem explanados por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao afirmarem que o dano:

Decompõe-se em três elementos fundamentais, a saber:

- a) conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional);
- b) dano: a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito da personalidade;
- c) nexos de causalidade: a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano.

Feitas as primeiras noções introdutórias, necessárias para o bom entendimento do tema proposto neste tópico, passar-se-á a tratar da responsabilidade civil dos genitores em relação a sua prole, pontuando os detalhes relativos às situações que envolvam o divórcio ou a separação dos genitores com filhos comuns, bem como as situações que envolvam a guarda dos filhos.

O Código Civil de 2002 prevê em seu art. 932, inciso I (BRASIL, 2002) que “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (...)”. Sendo assim, são os pais juridicamente responsáveis pelos danos causados a terceiros por seus filhos menores.

Em complemento a tal entendimento Venosa (2017, p. 528) ressalta que “Não se trata de aquilatar se os filhos estavam sob a guarda ou poder material e direto dos pais, mas sob sua autoridade, o que nem sempre implica proximidade física”. Deste modo, para que os pais sejam responsabilizados civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus filhos menores que causem danos a outrem não é necessário que aqueles estejam fisicamente presentes.

Segundo assevera Madaleno (2018, p.1.055), a responsabilidade civil pode ser “*subjetiva* quando for necessária a prova da culpa ou do dolo e *objetiva* quando dispensada a prova do elemento culpa” (grifo do autor).

O art. 933 do CC/2002 (BRASIL, 2002) prescreve ainda que “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Sendo assim, conclui-se que a responsabilidade civil dos genitores em relação a seus filhos menores é objetiva, ou seja, independe da prova de culpa.

Ao explicar a situação Paulo Nader é claro ao prescrever que:

(...) a responsabilidade indireta dos pais deriva do seu poder familiar, compreensivo da *autoridade* e *companhia dos filhos*. Autoridade, realmente, possui quem detém o poder familiar; todavia, não apenas quem se encontra nesta condição; também os que mantêm a guarda de crianças e adolescentes. Requisito também da responsabilidade indireta é a menoridade do filho à época em que praticou o ato. Se os efeitos danosos do ato se verificaram posteriormente, quando o filho alcançou a plena capacidade de fato, a responsabilidade dos pais não se descaracteriza; igualmente se a sentença cível condenatória transitou em julgado já alcançada a maioridade (NADER, 2016, p.175).

No que se refere à guarda dos filhos, Gonçalves (2017) chama atenção ao fato de que o simples afastamento dos filhos menores da residência dos pais não afasta a responsabilidade civil daqueles em reparar o dano causado, tendo em vista que não seria de bom grado que os genitores utilizassem do próprio descumprimento do pátrio poder de ter seus filhos menores em sua companhia e guarda para se eximirem de tal responsabilidade.

E continua Gonçalves (2017, p.124) destacando que “Entretanto, se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho, por força de separação judicial, responde esta, e não o pai”. Deste modo, caso exista a posse da guarda unilateral para quaisquer dos genitores, o detentor da guarda será o responsável pelos danos causados pelo menor a terceiro.

Em concordância com tal opinião, Venosa (2017, p.532) assevera que “(...) se sob a guarda exclusiva de um dos cônjuges se encontra o menor por força de separação, divórcio ou regulamentação de guarda, responderá apenas o pai ou a mãe que tem o filho em sua companhia”.

Importante ressalva é feita por Silvio de Salvo Venosa a despeito da referida situação:

A regra, porém, não é inexorável e admite, como vimos, o detido exame do caso concreto: o menor pode ter cometido o ato ilícito, por exemplo, quando na companhia do genitor, em dia regulamentado de visita. A responsabilidade dos pais deriva, em princípio, da guarda do menor e não exatamente do poder familiar. Quando, porém, o menor é empregado de outrem, e pratica o ato ilícito em razão do emprego, a responsabilidade é do empregador. Da mesma forma, se o filho está internado em estabelecimento de ensino, este será o responsável, por força do art. 932, IV (VENOSA, 2017, p.532).

Sendo assim, o fator determinante para apontar quem será o responsável, no caso concreto, pelo cometimento do dano através da prática ato ilícito é a guarda do filho menor na ocasião do exercício (ação ou omissão) do ato.

Posicionamento reafirmado por Gonçalves (2017, p.125) ao prescrever que “Considerando-se que ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar, pois, que a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar”.

#### 4.4.3 Alimentos E Visitas

Inicialmente é de suma importância que se trate de definir o conceito de alimentos, que segundo Rizzardo (2014) seria o a responsabilidade dada aos genitores de prover a subsistência de sua prole, considerando, proporcionalmente, os recursos de cada um daqueles.

Ramos (2016, p.137) conceitua os alimentos, dizendo que “(...) são as prestações devidas feitas para que quem os recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física como intelectual e moral”.

A emenda constitucional nº 090/2015 (BRASIL, 2015), que deu redação ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), dispõe que: “São direitos sociais a educação, a saúde, **a alimentação**, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso). Não foi a toa que o texto magno (BRASIL, 1988) incluiu no rol do citado artigo a alimentação, tal fato mostra a importância que é dada aos alimentos dentro do ordenamento jurídico pátrio.

A expressão Alimentos tem uma significação muito mais ampla do que a entendida pelo senso comum, não significando somente daquilo que é necessário para o sustento de um indivíduo. Em tal conceito concentra-se tanto o conteúdo daquilo que se deve dar enquanto pagamento, quanto a própria obrigação de prestá-los a quem de direito. No mundo do direito a expressão alimentos é de grande abrangência, pois compreende todos os elementos necessários para a subsistência do indivíduo, inclusive o que for necessário a sua manutenção moral e social (GONÇALVES 2018).

A Codificação Civil Brasileira (BRASIL, 2002) ao expor o dever de prestar alimentos, existente entre pais e filhos, enfatiza em seu art. 1.696 que “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

O *caput* do art. 1.694 do CC/2002 (BRASIL, 2002) reforça a ideia exposta acima e vai adiante ao dispor que “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de

modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (...).”

Enquanto que o art. 1.703 do CC/2002 (BRASIL, 2002) ressalta o dever dos pais divorciados em prestar alimentos aos filhos menores comuns, asseverando que “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

Sendo assim, da exposição dos artigos da legislação privada, expostos acima, se vislumbra que uma das consequências lógicas da cessação do laço matrimonial ou mesmo do rompimento da união estável é a definição do quantitativo referente ao dever de pagar alimentos aos filhos comuns.

Posicionamento corroborado por Ramos (2016, p.137), ao prescrever que “Os pais, em decorrência do poder familiar, têm a obrigação legal de prestar assistência material a seus filhos, e, portanto, fornecer-lhes alimentos para que possam subsistir”.

Quando os genitores residem juntos estando em companhia dos filhos menores, o pagamento de alimentos se dá de forma natural, não necessitando, via de regra, da interferência judicial para que a obrigação seja cumprida de fato. Entretanto, quando os pais passam a conviver em ambientes diferentes, motivados pela cessação do laço matrimonial ou pelo término da união estável, é de suma importância que a questão alimentar seja judicializada, assegurando o adimplemento da obrigação e a garantia de poder exigir através do judiciário o seu pagamento no caso de inadimplemento por parte do genitor (RAMOS 2016).

Souza (2017) salienta que o deferimento da guarda conjunta não faz cessar a obrigação do pagamento de alimentos, tendo em vista que esta é uma obrigação constitucional dos genitores, de modo que o rompimento do matrimônio ou a separação do casal não tem o condão de afastar a responsabilidade dos pais em prover a subsistência de seus filhos comuns.

Deste modo, é uníssono o entendimento de que a guarda compartilhada não deve ser compreendida como sinônimo de isenção do cumprimento da responsabilidade dos pais para com os filhos e ressalte-se que mesmo que na vigência só da Lei 11.698/2008, a jurisprudência dos tribunais já caminhavam neste sentido, conforme se observa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR. Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70053239927, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/02/2013) (TJ-RS - AI: 70053239927 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 14/02/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/02/2013).

Em síntese, o dever do genitor de pagar alimentos a seus filhos independe da modalidade de guarda adotada ao caso concreto, sendo o aquele, o responsável pelo sustento de sua prole, conforme suas condições financeiras.

Consoante tal ideia acima proposta, Ramos (2016, p. 139), sendo ainda mais preciso quanto à modalidade da guarda adotada, ressalta que:

A diferença dos alimentos na guarda compartilhada é que, com a maior convivência de ambos os pais com os filhos, algumas despesas são pagas diretamente e, dependendo do acordo de convivência e da situação financeira dos pais, podem ser abatidas do montante dos valores devidos a título de alimentos, o que não exclui a necessidade de fixação dos alimentos para o total das despesas dos filhos (educação, saúde, vestuário, medicamentos, transporte, livros etc.), na medida da possibilidade de cada um dos pais.

O pagamento da verba alimentar será estipulada sempre considerando o binômio necessidade/possibilidade do genitor responsável pelo pagamento da quantia, isso implica em afirmar que mesmo na guarda compartilhada, o genitor que possuir melhor condição financeira deve garantir o pagamento dos alimentos consoante a proporcionalidade dos seus ganhos. Caso haja equilíbrio relativo aos rendimentos dos genitores, é aconselhável que todos os gastos sejam equilibradamente divididos entre ambos (RAMOS 2016).

Quanto às questões relativas às visitas, o CC/2002 prevê em seu artigo 1.589 (BRASIL, 2002) que “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, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

O art. 731, inciso III, do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), dispõe que “A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: (...) III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; (...)”.

Uma vez ocorrida a homologação do acordo de visitas, qualquer fato ocorrido fora dos parâmetros ali estabelecidos, só poderá ser resolvido através de ação própria, não podendo ser utilizados os autos do processo inicial que homologou o referido acordo (GONÇALVES 2018).

A visita que em verdade deveria se chamar de convivência, tendo em vista que os pais devem conviver com seus filhos e não somente visita-los, foi um instituto jurídico criado com a finalidade de substituir ou amenizar os efeitos eclodidos da ruptura da entidade familiar (MADALENO 2018).

A natureza jurídica do direito de visita é de um direito-dever, sendo esta a única maneira possível de fazer com que se crie um vínculo afetivo entre o genitor que não possui a guarda e seus filhos menores (SOUZA 2017).

O direito do genitor de visitar seus filhos transpassa a simples comunicação entre ambos. Na verdade, é através da visita que o genitor que não detém a guarda pode participar da criação, da educação e da vida de seus filhos, com a finalidade de manter vivo o laço familiar existente entre eles, exatamente por tal motivo que as visitas não devem ser evitadas ou mesmo atrapalhadas por causas inerentes a pessoa do genitor detentor da guarda, exceto se das visitas advier danos físicos ou psicológicos considerados graves para o menor (SOUZA 2017).

Sousa (2017, p.41), ainda faz importante ponderação no que se refere a questão das visitas no regime de guarda compartilhada, ao ressaltar que "(...) em se tratando de guarda compartilhada, o adequado é não mais nos referir à visita e sim à convivência". Isso se explica pela própria finalidade de criação da guarda conjunta que é a de promover a aproximação dos genitores com seus filhos, mesmo com o fim do relacionamento conjugal, ao passo que, simultaneamente, flexibiliza o tempo de permanência dos filhos com o genitor, afastando a ideia do conceito de visita que geralmente tem dias e horários próprios, abraçando e adotando dessa maneira o conceito de convivência entre ambos.

#### **4.4.4 Educação dos Filhos**

Esse é um dos aspectos mais importantes na vida de qualquer pessoa e é justamente na primeira idade que se constrói as bases da educação do indivíduo,

refletindo diretamente em seu futuro enquanto pai, enquanto cidadão, enquanto profissional e principalmente enquanto pessoa.

O dever de educar os filhos não emerge simplesmente pelo fato dos genitores serem casados, ou viverem em união estável, tal dever é inerente à condição de pai ou de mãe do menor, ou seja, o dever de educação da prole impõe-se em virtude da paternidade e da maternidade, pouco importando se os genitores são casados, divorciados, solteiros, viúvos, etc. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO 2017).

Os arts. 1.566 e 1.568 do CC/2002 (BRASIL, 2002) legalizam o dever de educação dos genitores para com seus filhos, devendo ser interpretado de forma conjunta, tendo em vista que aduzem, respectivamente, que “São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV – sustento, guarda e **educação** dos filhos; (...)” e “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a **educação dos filhos**, qualquer que seja o regime patrimonial (grifo nosso).

Ressalte-se que apesar da promoção da educação dos filhos ser um dever inerente a condição de genitor, o legislador cuidou de ponderar o fato do genitor considerar sua condição financeira para satisfazer suas obrigações para com seus filhos proporcionalmente, adotando um critério isonômico e justo na divisão das despesas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, estatuído através da Lei nº 8.069/1990, não foi omissivo quanto à previsão de tal dever dos pais, ao estabelecer em seu art. 53, *caput* (BRASIL, 1990) que “A criança e o adolescente têm direito à **educação**, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (...)” (grifo nosso). O que se observa da interpretação de tal norma, é a tentativa do legislador em assegurar um direito tido como fundamental para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente.

O próprio texto constitucional em seus arts. 227, *caput* e 205 (BRASIL, 1988) traz a educação como um direito de todos, sendo obrigação dos genitores, da sociedade como um todo e dever do próprio Estado proporcionar condições e meios de promovê-la, ofertando-a aos cidadãos brasileiros, principalmente para aqueles que se encontram na tenra idade.

Para que o dever dado aos genitores, de educar os filhos, seja efetivamente alcançado, faz-se necessário imperiosamente que haja o efetivo entendimento entre

estes, proporcionando aos filhos o suprimento de suas necessidades e a promoção da satisfação de suas necessidades sejam elas materiais, morais, educacionais, ou culturais (NADER 2016).

Importante ressalva é feita por Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar sobre o dever de educação dos pais para com seus filhos, ao aduzir que:

Subsiste a obrigação de sustentar os filhos menores e dar-lhes orientação moral e educacional mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, até eles atingirem a maioridade. A jurisprudência, no entanto, tem estendido essa obrigação até a obtenção do diploma universitário, no caso de filhos estudantes que não dispõem de meios para pagar as mensalidades (GONÇALVES, 2018, p.193).

Desta forma, o simples fato de ter ocorrido o rompimento da relação conjugal não possui o condão de liberar os genitores do dever de guardar, educar e ter em sua companhia os seus filhos. Do mesmo modo, como citado acima, é possível que mesmo após a ocorrência da maioridade esse dever subsista, desde que o filho esteja devidamente matriculado em estabelecimento de ensino superior, nessa direção caminha a jurisprudência.

TJ-DF - 20161410014000 Segredo de Justiça 0001335-84.2016.8.07.0014 (TJ-DF)

**Data de publicação: 11/07/2017**

**Ementa:** CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. **FILHO** MAIOR DE IDADE CURSANDO **ENSINOSUPERIOR**. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. PRESSUPOSTOS DOS ARTS. 1.694 E 1695 DO CCB. CONTEXTO PROBATÓRIO. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR FIXADA COM PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em conformidade com os arts. 1.694 e 1.695 do CC , a maioridade não obsta o direito do **filho** de pleitear os alimentos de que necessite para sobreviver ao pai, com base no vínculo de parentesco e na solidariedade familiar, notadamente para atender as suas necessidades de **educação**, ou melhor, de formação profissional. 2. Conquanto ainda seja possível a manutenção ou mesmo a fixação de uma obrigação alimentar em favor de **filho** maior de idade, cabe ao postulante, além de comprovar efetivamente as suas necessidades atuais, demonstrar que ainda não teria condições de satisfazê-las, mormente, em razão de formação profissional - curso técnico ou graduação - ainda pendente, continuando pois a demandar auxílio do genitor alimentante, mas com lastro na solidariedade familiar. 3. Auferindo o genitor rendimentos regulares provenientes do seu trabalho (salário ou aposentadoria), em regra, o encargo alimentar **devido** por ele **deve** incidir sobre todas as verbas de caráter remuneratório que auferir, inclusive 13º salário e férias, abatidos apenas dos descontos compulsórios regulares, de modo que o cálculo da obrigação **deve** levar em consideração tal situação, salvo justificativa plausível devidamente demonstrada. 4. Em que pese sua maioridade civil, tendo o alimentando demonstrado que estaria **matriculado** em curso **superior**, de sorte a persistir sua demanda

pelo amparo do pai com base no princípio da solidariedade familiar, sem olvidar que o postulante não comprovou suficientemente todas as despesas que teria, porém ex vi do binômio necessidade e possibilidade apurado no contexto probatório que se logrou produzir, correta a sentença...

Do mesmo modo, a ocorrência de novo matrimônio envolvendo quaisquer dos genitores, não resulta em restrição de direitos ou de deveres em relação a prole do relacionamento anterior, podendo o genitor, inclusive, exercer tal função sem qualquer interferência de seu novo companheiro (a) (GONÇALVES 2017).

Nesse sentido Rolf Madaleno prescreve que:

É obrigação dos pais manter a guarda e a educação da sua prole, e, apesar de os filhos ficarem depois da separação dos pais sob a custódia de um dos genitores, segue íntegro o poder familiar de ambos, exercido em igualdade de condições, porque eliminada pela Carta Política de 1988 qualquer espécie de discriminação entranhada numa época em que o exercício do *pátrio poder* pertencia ao pai (MADALENO, 2018, p.187).

Deste modo, fica evidente o fato de que a obrigação paterna ou materna para com os filhos independe da situação em que se encontra a relação de seus genitores, se juntos ou separados, física ou juridicamente, sendo tal responsabilidade emergida do poder familiar, ou seja, inerente a condição de ambos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico se prestou a realizar um estudo detalhado a respeito do instituto jurídico da guarda compartilhada, denominado por parte da doutrina de guarda conjunta, procurou-se expor de forma clara os principais pontos, conceitos e questões que permeiam tal modalidade de guarda, prevista legalmente no direito brasileiro através das leis 11.698/2008 e 13.058/2014, defendendo o posicionamento de que esta é das modalidades de guarda existentes atualmente, a que melhor atende aos interesses dos filhos menores de pais que vivenciam o rompimento da relação conjugal, passando a viverem em lares separados.

Inicialmente, é importante considerar as significativas mudanças ocorridas na sociedade e na própria família enquanto entidade nos últimos anos. As pesquisas mais atuais que tratam sobre o tema, apontam para um crescente número de casais

que decidem se separar, fazendo surgir os maiores problemas da família na atualidade. Com o rompimento conjugal a estrutura familiar fica deveras abalada, tal fato pode ser ainda mais intensificado e preocupante quando somada a esta situação, ocorre a existência de filhos menores, tendo em vista que estes são seres em desenvolvimento físico, psicológico e social que necessitam da atenção, carinho, presença e amor de ambos os genitores.

Dessa situação surge a problemática que envolve a família atualmente: com quem deve ficar os filhos? É salutar dividir a guarda mesmo estando separados? Obviamente que seria impossível afirmar que independente da modalidade de guarda escolhida, os filhos não sofreriam nenhum impacto direto, conseqüente do rompimento conjugal experimentado pelos genitores, mesmo porque de todo modo a situação após a separação de alguma maneira se modifica, já que os pais que antes viviam sob o mesmo teto, passam a viverem em residências distintas. Nesse limiar, o que se observava na prática era a ocorrência de desentendimentos, brigas e disputa judicial pela guarda dos menores, que ficavam no meio da situação, muitas vezes se sentindo culpados por tudo que estava acontecendo ao seu redor, sendo que na verdade são eles as maiores vítimas nesses casos.

Até pouquíssimos anos atrás os modelos de guarda, existentes no ordenamento jurídico brasileiro se mostravam extremamente ineficazes no que diz respeito ao alcance do que deveria ser o seu maior objetivo: o melhor interesse do menor, ou seja, o alcance da promoção de seu bem estar em todos os sentidos. Com o passar do tempo passou-se a observar que as modalidades de guarda que existiam geravam na verdade, a médio e longo prazo, o afastamento do genitor que não ficava com a guarda do menor com a prole, em virtude, ora das dificuldades impostas pelo genitor que detinha a guarda, ora pelo pouco convívio que o genitor não detentor da guarda tinha com os filhos menores ou mesmo por não conseguir participar na prática da vida dos filhos, o que o tornava apenas aquele genitor responsável por pagar a pensão alimentícia.

Com o objetivo de solucionar tais problemas surge uma nova modalidade de guarda, intitulada de guarda compartilhada, que passa a colocar como principal objetivo o atendimento aos interesses dos menores nas situações de rompimento da relação existente entre seus genitores. O novo modelo de guarda baseia-se na cooperação que deve existir entre os genitores, mesmo após o término da relação entre eles, em prol do bem dos filhos comuns. Direitos e deveres próprios do poder

familiar continuam a prevalecer entre ambos e todas as responsabilidades relativas a vida, educação, moradia, manutenção, entre tantas outras, passam a ser decididas de forma conjunta entre os genitores. Como consequência, os filhos experimentam a diminuição dos danos que um rompimento conjugal pode causar na vida deles.

Atualmente a guarda compartilhada é prevista no ordenamento jurídico pátrio através da Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008 e da Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014, entretanto, mesmo antes da promulgação de tais textos normativos a guarda conjunta já era aplicada em determinados casos, utilizando-se da jurisprudência dos tribunais. O entendimento à época era que nesse modelo de guarda os efeitos negativos experimentados pela prole eram reduzidos de forma acentuada ao se adotar o compartilhamento da guarda. O novo instituto criado tem como objetivo precípua a manutenção da relação existente entre pais e filhos, procura preservar os vínculos familiares existentes, tendo por base a continuação da parceria entre os genitores.

As situações que envolvem a separação de um casal muitas vezes podem ser tanto quanto complexas, deste modo, a guarda compartilhada não foi criada com a finalidade de acabar com todos os problemas existentes nesse campo do direito de família. Obviamente que em algumas situações a guarda compartilhada não será a melhor modalidade de guarda a ser adotada na prática.

Não é raro observar que mesmo após a separação alguns ex-casais ainda passam a viver em pé de guerra, nestes casos, justamente por a guarda compartilhada ser pautada na cooperação entre os genitores, não é aconselhável se aplicar o modelo de compartilhamento da guarda, tendo em vista que os genitores seriam obrigados a manterem um convívio que na prática é conflituoso. Nesses casos, a melhor doutrina tem entendido que adotar a guarda compartilhada seria muito mais prejudicial do que benéfico ao menor, já que ele passaria a presenciar de perto os conflitos que existissem entre os genitores, e esse não é o objetivo do instituto em estudo.

Nesses casos o ideal é que se verifique qual dos genitores possui melhores condições de proporcionar uma melhor criação dos filhos. Desse modo, é necessário que se analise os aspectos do caso concreto, avalie as vantagens e desvantagens, bem como a possibilidade de aplicação prática para que se decida se é salutar ou não que se aplique a guarda compartilhada, pautando todas as decisões no que for mais benéfico aos filhos, considerando educação, saúde, segurança, lazer, etc.

Após o efetivo estudo do modelo de compartilhamento da guarda, chegou-se a conclusão de que esta é a modalidade mais adequada à sociedade contemporânea, justamente pelo fato de que na guarda compartilhada, os genitores dividem de forma paritária as responsabilidades sobre as decisões relativas a vida dos filhos menores, ao passo que o constante contato entre genitores e prole promove a manutenção dos laços familiares, fato que é essencial para um crescimento físico, psicológico e social saudáveis.

A aplicação da guarda conjunta estabelece uma espécie de norma pautada no ambiente de cooperação, participação e aproximação que passa a existir entre pais e filhos, distribuindo inclusive de forma mais justa o carinho entre ambos, evitando que os filhos cresçam alimentando sentimentos de rejeição, tristeza e ódio pelos pais.

Por derradeiro, é de suma importância que se saliente que a guarda compartilhada é em outras palavras, tomar parte, participar, dividir com alguém, é transmitir carinho, cuidado, atenção e amor, é estar presente na vida dos filhos, é poder participar da sua vida escolar, é ter a oportunidade de dialogar e orientar os filhos a respeito de vários assuntos. Desta feita, compartilhar a guarda é acima de tudo, poder educar, sabendo que a educação não diz respeito apenas ao pagamento de pensão mensal.

Dessa forma, é tarefa dos pais que procurem entender o espírito apregoado ao instituto da guarda compartilhada, caso consigam, certamente os laços familiares serão mantidos na prática e os filhos serão eternamente gratos por não terem que passar por situações que lhes causem mal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 12 Jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/De12848compilado.htm)> Acesso em 09 jun.2018.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional Nº 90, De 15 De Setembro De 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm)> Acesso em: 02 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008. **Lei da Guarda Compartilhada**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm)> Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 03 de Agosto de 2009. **Lei da Adoção**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)> Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)> Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 10 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm)> Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 15 de mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, De 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 03 jul. 2018.

\_\_\_\_ Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)> Acesso em: 12 mai. 2018.

ALMEIDA, Renata Barbosa de e JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito civil: famílias** / Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2012.

ALVES, Françoasy. **Guarda compartilhada: uma análise à luz do princípio do bem-estar e do interesse da criança e do adolescente**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/1836>> Acesso em: 01. Jul. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família / Álvaro Villaça Azevedo**. – – São Paulo: Atlas, 2013.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

DE PAULA, Isabela Oliva; DE ALVARENGA, Altair Resende. **Guarda compartilhada: uma reflexão acerca da eficiência prática da Lei 13.058/2014**. Revista da UNIFEBE, v. 1, n. 20, p. 84-110, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/582>> Acesso em: 25 Mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. rev., atual, ampl. de acordo com a Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) e com a Lei 12. 398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família**. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

ESMERALDINO, Júlia. **O descumprimento do direito de visita pelos genitores e a possibilidade da aplicação da astreinte em acordos homologados judicialmente**. Disponível em: < <http://www.riuni.unisul.br/handle/12345/4248>> Acesso em: 16 jun. 2018.

FONSECA, Geosiane A. Santos. **A disputa pela guarda e as consequências psicológicas sobre os filhos**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1113. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2859/a-disputa-pela-guarda-as-consequencias-psicologicas-os-filhos>> Acesso em: 30 jun. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: direito de família**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GALVÃO, Jaqueline dos Santos Gomes. **Guarda Compartilhada: Uma Análise De Compatibilidade Frente Ao Princípio Da Proteção Integral**. SYNTHESIS| Revistal Digital FAPAM, v. 3, n. 3, p. 86-98, 2016. Disponível em <<http://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/53/49>> Acesso em: 20 Jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4** : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6** : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar Leivas; ALLGAYER, Maria Elisa Gay da Fonseca. **Aspectos polêmicos da guarda compartilhada**. Disponível em <[www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/.../Maria\\_Denise.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/.../Maria_Denise.pdf)>. Acesso em 01. Jun. 2018.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5**: direito de família e sucessões / Roberto Senise Lisboa. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de família / Rolf Madaleno**. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família** – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Luís Felipe; SOUZA, Monique Santos. **O Processo De Guarda Compartilhada: Uma Abordagem Sobre A Alienação Parental**. Direito UNIFACS– Debate Virtual, n. 214, 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5335/3390>> Acesso em: 12 jun. 2018.

MOREIRA, Camila Maria Silva. **A imposição do instituto da guarda compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/235/6051>> Acesso em: 05 Jun. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5**: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEDRINI, Tainá Fernanda; DE SOUTO GOULART, Fernanda Sell. **Apontamentos acerca da compulsoriedade estabelecida pela nova Lei de Guarda Compartilhada em caso de processo litigioso**. In: Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil. 2017. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10156/5703>> Acesso em: 07 Mai. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Dorival Bernadino. **A Guarda Compartilhada e Seus Aspectos Frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro Atual**. Tijucas: 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/dorival%20bernardino%20pereira.pdf>> Acesso em: 15 Mai. 2018.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Forense, 2009.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família / Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. / Arnaldo Rizzardo. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Isabella Thays Ortiz; GONÇALVES, Charlisson Mendes. **Os Efeitos Do Divórcio Na Criança**. 2016. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1042.pdf>> Acesso em 01 jul. 2018.

SILVA, Jackson Inácio dos Santos. **Aplicabilidade Da Guarda Compartilhada Na Realidade Brasileira**: uma análise à luz da Lei nº 13.058/2014. 2017. Disponível em <<http://hdl.handle.net/123456789/1673>> Acesso em: 01 jun. 2018.

SOUZA, Ana Flávia. **A efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na guarda compartilhada**. 2017. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/20210>> Acesso em: 01 jul. 2018.

SOUZA, Fabiana Helena do Rosário de. **O Direito À Convivência Familiar: pensando as contradições, limites e potencialidades dos processos de adoção de adolescentes brasileiros após a implementação da Lei nº 12.010/2009**. 2017. Disponível em <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/4644>> Acesso em 29 Jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5** : Direito de Família / Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. “**Guarda Compartilhada Decretada pelo Juízo sem o Consenso dos Pais**”. In Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões (Estudos em Homenagem aos 20 anos de Docência do professor Rolf Madaleno). PEREIRA, Sérgio Gischkow, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 127-144.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**: direito de família / Sílvio de Salvo Venosa. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.