

## O PODER FAMILIAR E A GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS

Lorena Nogueira Gonçalves<sup>1</sup>

Roberto Lins Marques<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem o intuito precípua de trazer um debate mais preciso acerca dos contornos do Poder Familiar e da guarda de filhos no vigente Código Civil de 2002. Nesse diapasão, buscar-se-á, além de esclarecer as especificidades de cada instituto, constatar qual a realidade fática vivenciada em nossos Tribunais sobre as modalidades de guarda mais comumente utilizadas, sobretudo, debatendo, à baila das legislações vigentes e entendimentos jurisprudenciais, se há a possibilidade ou não da perda dos direitos e deveres quando da não concessão ou revogação da guarda compartilhada. A par disso, como resultado da presente pesquisa, pretende-se explanar sobre as diversas lides existentes em nosso Ordenamento Jurídico a respeito do tema, apresentando, ainda, as questões prejudiciais decorrentes desses verdadeiros confrontos travados em lei, sobretudo para o infante no que diz respeito ao seu desenvolvimento psíquico-intelectual e que colocam em xeque a efetividade dos princípios da proteção integral e da primazia do interesse do infante. Em virtude dessas considerações, conclui-se que a presente pesquisa baseou-se na metodologia de abordagem qualitativa bibliográfica, visto que utilizou para seu desenvolvimento o método hipotético-dedutivo, onde além de expor a nova roupagem conferida aos institutos do Poder Familiar e da guarda dos menores, busca-se fazer outras anotações pertinentes ao tema ora trazido à guisa da presente pesquisa.

**Palavra Chave:** Poder familiar. Guarda Compartilhada. Filhos. Dissolução.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE), matriculada na 10ª etapa. Endereço: <lorenangoncalves16@hotmail.com>

<sup>2</sup> Professor universitário. Mestre em Educação. Especialista em Direito Civil. Especialista em Direito do Consumidor. Advogado Endereço <roberto.marques@uniube.br>

## 1. INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro, em conjunto com as demais legislações que tratam sobre o tema, trazem, hodiernamente, diversas formas de regulamentação em relação aos mecanismos de funcionamento da guarda compartilhadas, sempre visando preservar ao máximo os direitos e deveres inerentes de cada um dos genitores, sobretudo do infante em virtude da proteção Constitucional a eles direcionada.

Tocante a regulamentação desses institutos, não restam dúvidas que essa decorreu em razão da nova configuração familiar advinda com a Carta Magna, a qual impôs a ambos os cônjuges o dever de zelar pelo bem estar da criança e do adolescente.

Não obstante a isso, é cediço que a dissolução matrimonial – além de ser um dos momentos mais difíceis a ser enfrentados pelas partes no processo de separação – é, sem dúvida, um dos acontecimentos mais rotineiros em quase todas as varas de Família de qualquer Estado. Assim, os motivos que levam um casal a pleitearem o divórcio são os mais variados possíveis, tais como a falta de fidelidade; a ausência de respeito e consideração recíproca; o de mútua assistência; e ainda pela falta de sustento ou educação dos filhos.

Seja por qual for o motivo que acarrete a separação, o fato é que se dessa relação conjugal sobrevier o nascimento de uma criança, a situação é ainda mais delicada, tendo em vista que ambos estarão ligados, de uma forma ou de outra, até que essa criança se torne adulta e apta para resolver as questões pertinentes aos seus bem estar de forma independente. Diante disso, o receio e as dúvidas com findar do casamento serão rotineiros entre esses ex-cônjuges em relação ao infante, onde buscarão todos os meios possíveis para garantir uma maior convivência com o mesmo.

Contudo, não se pode olvidar que, muitas das vezes, a ruptura conjugal se dá da pior forma possível, onde ambos os parceiros litigaram na justiça até as últimas consequências, seja pela questão patrimonial, pela fixação de alimentos e regulamentação de visitas ou pelo simples sentimento abominável de posse em relação ao menor. Ainda nesse lance, verifica-se que muitos casais se aproveitam da oportunidade dolorosa e desgastante para deleitar-se com o sofrimento da outra parte, isto é, para nutrir o sentimento de dominação em relação ao ex-cônjuge e/ou muitas vezes, apenas para competir, uma vez que sua real intenção não era adquirir as obrigações advindas da guarda compartilhada, mas sim perpetuar o desejo de subordinação em relação ao ex-cônjuge com o falso pretexto de querer conviver com filho ou em prol do bem estar físico e psicológico dessa criança.

No divórcio em si, no que tange a guarda compartilhada, torna-se essencial que ambos os pais estejam abertos e que possuam condições para assumir um acordo de responsabilidade, uma vez que a essência da guarda supramencionada comporta responsabilidade e deveres para ambos, o que demandará compromisso e maturidade desses pais para lidarem com os conflitos pessoais existentes entre si, além de um mínimo diálogo diário que possibilite a interação em benefício do menor, o que nem sempre é viável.

Desta feita, os pontos principais da pesquisa em questão norteia-se nos casos em que os pais não conseguem alcançar esse nível de comprometimento e maturidade emocional para separar os conflitos que geraram a separação, com aqueles essenciais para o bem estar da criança, bem debatermos os aspectos legais da guarda unilateral, notadamente quanto ao exercício do Poder Familiar nesses casos específicos.

Desse modo, seria possível a aplicação compulsória da guarda compartilhada mesmo percebendo a sua real ineficácia ante a ausência de diálogo? Seriam as demandas em busca da guarda unilateral adequadas mesmo diante de um sistema que busca a convivência harmoniosa de pais e filhos dentro ou fora de um casamento ou união estável? Há perda do direito do exercício do Poder Familiar em razão da guarda unilateral?

Para trazermos respostas a esses e outros imbróglios cotidianos nas varas de famílias, mister se faz analisar o que se entende por guarda de filhos e por poder familiar, delimitando o alcance de cada instituto, o que passamos a fazer a seguir.

## **2. DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR – A EVOLUÇÃO DURANTE O SÉCULO XX**

A regulamentação sobre Poder Familiar e a guarda de filhos é encontrada no vigente Código Civil Brasileiro de 2002, mas foram figuras que já eram abordadas desde o ultrapassado Código Civil de 1916, o qual, naquela ocasião, atribuía ao Pai o que é chamado de Pátrio Poder.

Clóvis Bevilácqua elaborou os dizeres do Código Civil respeitando a realidade de sua época, seus costumes e tradições, onde a única forma de família aceita era a matrimonializada, ou seja, a família só era construída a partir de um casamento válido. Assim, não se concebia qualquer tolerância à existência de filhos fora do casamento, de forma tal que o Código não assegurava nenhum direito a esse filho, apenas a qualificação de adúlterino (SANTOS NETO, p. 57, 1993).

Além disso, a família também era patriarcal, de forma que todos os membros da unidade familiar, incluindo mulheres, filhos e criados, viviam sob a submissão do homem, chefe familiar, tendo a mulher o papel apenas de reprodução e prestadora de serviços domésticos, não tendo qualquer poder de decisão. A família era, ainda, indissolúvel, não existindo a figura do divórcio, cuja união casamentaria perduraria até que a morte viesse a lhe pôr termo – “até que a morte os separe” – na célebre expressão dos casamentos católicos tradicionais (VENOSA, p. 178, 2012).

Sob tal ambulação, esse mesmo Código descrevia a utópica ideia de que a descendência somente se daria mediante laços biológicos, ou seja, laços sanguíneos, não existindo filiação onde tais laços não se encontrassem presentes, indo totalmente contra aos preceitos que hoje são fixados majoritariamente por toda doutrina, Jurisprudências e Legislações diversas, sobretudo as normas advindas da Constituição Federal de 1988 nesse sentido.

## 2.1 PODER FAMILIAR SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a necessidade iminente de que ocorressem mudanças significativas na interpretação do Código Civil, o que obrigou o legislador a criar um novo Código que se adequasse melhor ao novo modelo Constitucional então vigente. Nesse sentido, Miguel Reali (1998, p. 28), aduz que os trabalhos de reforma tentaram abrandar o “excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos”, termos esses que, por exemplo, foram utilizados outrora para limitar as formas de constituição familiar.

Notadamente quanto ao tema trazido em discussão, um dos aspectos mais sensíveis a essa mudança se dá pela extinção da figura do Pátrio Poder e o surgimento da nova roupagem do Poder Familiar atribuído a ambos os pais de forma concomitante.

De fato, a modificação não foi só na nomenclatura dos institutos, mas na própria essência do que vem a serem tais institutos. Enquanto o pátrio poder remetia à sujeição dos filhos ao poder superior do genitor, o Poder Familiar, em sentido diametralmente oposto, significa a relação de direitos e deveres que os pais têm para com seus filhos, embora representem muito mais deveres que propriamente direitos (DINIZ, p. 211, 2016).

Na égide do Código Civil 2002, o instituto do Poder Familiar está contido nos artigos 1.630 e 1.638 e é compreendido como sendo todo conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores, não emancipados, com fim de cria-los, educa-los, cuidar-lhes da saúde física e mental, promovendo-lhes, ainda, o lazer, a dignidade humana, a proteção, o amor e, sobretudo, o convívio familiar e comunitário (BRASIL, 2002).

Assim, conceituando-o, podemos dizer que o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos. É instituído nos interesses dos filhos e da família, não em proveito dos pais, em especial, em atenção ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, §4º e §7º, da Constituição Federal (FRIGATO, 2011).

Para regulamentá-lo, o vigente Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1634, assim dispõe:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:  
I - dirigir-lhes a criação e educação;  
II - tê-los em sua companhia e guarda;  
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;  
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;  
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Outrossim, como é possível observar na leitura do artigo supra, o poder familiar constitui-se de uma gama muito maior de deveres do que de direitos, todos a serem exercidos norteando-se exclusivamente no bem estar da prole. Isso reflete, com precisão, que a modificação não se deu somente quando ao poder familiar, mas que a ruptura foi significativamente maior, representando a própria modificação do conceito de família, que deixou de ser um mero agrupamento de pessoas ligadas por vínculo de sangue para ser a reunião de seres humanos, ligados por um afeto específico e que visam auxiliar-se mutuamente (TEIXEIRA, p. 228, 2009).

Dentro desse feixe de direitos e deveres do poder familiar, é imperioso observamos que o art. 1634, em seu inciso II, explicita o poder dos pais de ter os filhos em sua companhia e guarda. Toda essa gama de direitos e deveres, contudo, só terá legitimidade se direcionada ao bem-estar do menor, o que legitima a percepção, desde já, de que o tratamento foi relativamente diferente do que constava, em 1916, no Código Civil de Bevilácqua, onde a guarda de filhos, por exemplo, era decidida pelo Juiz conforme a culpa de cada um pelo rompimento do vínculo matrimonial.

Em remate, o Código Civil atual, em contrapartida, jamais tolerou tal situação, sobretudo pelo caráter de solidariedade e a característica de igualdade que deve reinar entre os membros familiares. Essa situação se tornou ainda mais evidente com o surgimento da Lei nº 13.058/2014, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada, a qual tornou o compartilhamento de guarda dos filhos, ao final da relação conjugal, a regra a ser adotada pelo magistrado, o qual deve reconhecer a importância da presença de ambos os pais na criação dos filhos. A referida lei alterou a redação originária de vários dispositivos do Código Civil para estabelecer, sobretudo, que ambos os genitores têm igualdade na autonomia de direitos e deveres relacionados aos filhos, sempre com a busca do melhor interesse para esses (TEIXEIRA, 230, 2009).

### **3 DOS DIREITOS E DEVERES**

Priscila Caldeirão (2013. Pag. 13/14), explica-nos que o Poder Familiar “[...] é irrenunciável, incompatível com a transação, não podendo os pais renunciá-lo a outrem, já que o poder familiar é *múnus público*, pois é o Estado que fixa as normas para o seu exercício. É ainda, imprescritível, no sentido em que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei [...]. Outrossim, vale dizer que é incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar de maneira definitiva. Nesse diapasão, o poder familiar, dado a sua natureza e por ser exercida exclusivamente pelos pais e atribuída pelo Estado, não pode ser alienado, renunciado, delegado ou, ainda, substabelecido. Sendo, qualquer convenção ou estipulação em contrário, em que o pai ou mãe se eximem desse poder, nula por força da lei.

Outro fato que merece ser destacado é que o poder familiar será exercido em igualdade de condições, isto é, pelo pai e pela mãe, na forma em que a lei dispuser. Todavia, o poder familiar é condicionado aos filhos enquanto esses encontram-se como menores incapazes, extinguindo assim, após o menor adquirir a maioridade civil plena. O art. 227 da Constituição Federal disciplina que é dever da família, da sociedade e do Estado:

Art. 227. (...) 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.

O artigo 229 da nossa Carta Magna diz, ainda, 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”.

O art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, preceitua que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

#### **4 DA EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR**

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que 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 (Brasil. Lei 8.069, 1990, art. 21). Assim, a extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial, nos termos do artigo 1.635 do Código Civil, que diz:

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.

Elisa Frigato (2011), em seu artigo sobre o poder familiar, aduz que a perda, nos termos do art. 1638 é permanente, mas não pode dizer que seja definitiva, já que os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a causa que ensejou a perda não exista. Ademais, é imperativa e abrange todos os filhos, já que as causas de extinção decorre graves ações, colocando em risco toda a prole.

Quanto à suspensão, essa é temporária, perdurando tão somente enquanto se mostre necessária. Cessando a causa que a motivou, volta a mãe ou ao pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, visto que a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluído apenas o exercício (FRIGATO, 2011), vejamos:

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.

Convém ponderar, no que tange a suspensão, que essa poderá ser total, isto é, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, especificando qual poder estará impedido de ser exercido. Observe-se, ainda, que a suspensão assume caráter facultativo, podendo incidir unicamente a determinado filho (FRIGATO, 2011).

Notadamente quanto ao procedimento a ser obedecido, tanto na suspensão quanto na extinção, esses encontram-se disciplinados entre os artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, os quais disciplinam, entre outras coisas, quem será legitimado para requerer tais institutos, como requerer, bem como quais as defesas que poderá ser arguidas pelos genitores da prole.

É necessário dizer, para melhor evidenciar, que essa maioria fará com que extinga-se apenas o poder familiar, entretanto outras responsabilidades legais, como bem explica Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque, poderá continuar existindo. Isso, pois, ainda que “(...) após a maioria dos filhos ocorra a cessação do poder familiar, nos termos dos arts. 5º e 1.630 e ss. do CC, não cessará definitivamente, a obrigação de prestar alimentos ao infante (ALBUQUERQUE, 2015).

Outrossim, quando a prole, ainda que atingida a maioria, não puder promover o seu sustento e provar que há a necessidade da pensão alimentícia para garantir as necessidades entendidas como básicas, deverão os pais, não pelo dever de sustento mais sim pelo dever de solidariedade, prestar os alimentos que garantam a sua sobrevivência. Trata-se de um importante instrumento, dado que o fato de se atingir a maioria nem sempre está relacionada com a capacidade de suprir sua subsistência (BACCHI, 2015).

Nesse sentido, o referido autor aduz que:

A Solidariedade é Princípio Constitucional descrito no artigo 3º, I, da Constituição da República, ao lado dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade (artigo 1º, III; 226, § 7º; 227; 229 ), todos inerentes ao dever solidário dos pais em prestar assistência material à prole maior de 18 anos que ainda necessita de pensão alimentícia para

sobreviver. (...) Ser solidário no âmbito familiar não impõe apenas a assistência material, mas também mútuo dever de afeto, respeito, cooperação e ativa participação na condução da vida dos filhos. (...) cessar o dever de ajuda, é ir totalmente contra os princípios constitucionais que abraçam o caso e principalmente macular a vida do seu semelhante.

Por fim, vê-se que a obrigação dos pais para com os filhos não se pode ser extinta quando da maioria, em razão de haver uma obrigação solidária entre pais e filhos, isto é, os pais de fato tem o dever de auxiliar e prestar a assistência material aos filhos enquanto esses necessitarem, mas os filhos também deverão acolher os seus pais a partir do momento em que esses efetivamente necessitarem, tal como é caso de prestar auxílio aos pais já idosos.

## **5 BREVE CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS TIPOS DE GUARDA EXISTENTES EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO**

No que tange a guarda dos filhos em nosso ordenamento, cumpre observarmos que essa não está expressa somente no Código Civil, existindo outras disposições a seu respeito também no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 e demais leis Extravagantes. Nesse diapasão, a regra geral estabelecida é que caso ocorra a dissolução da união conjugal ou estável entre os pais, tal situação não deve interferir no relacionamento entre pais e filhos. Em caso de ausência de acordo acerca da regulamentação dessa convivência, o Poder Judiciário será movimentado a fim de dar uma solução ao caso concreto, evitando quaisquer tipos de supressões e/ou transgressões a esse direito previsto Constitucionalmente e de suma importância para o pleno desenvolvimento do infante (DINIZ, p.215, 2016)

Assim sendo, para dar efetividade e esse princípio que visa o melhor interesse da criança e do adolescente, o Magistrado possui relativa deliberação para deferir qualquer um dos modelos de guarda existentes em nosso ordenamento, ou até criar uma situação singular, desde que, conforme já ressaltado, atenda aos melhores interesses da criança e do adolescente, ainda que isso vá de encontro aos desejos paternos ou maternos, justamente por não se visar aqui uma satisfação pessoal de um dos genitores, mas sim aquela situação fática que melhor venha a beneficiar o menor (GAMA, p. 107, 2008).

### **5.1 DA GUARDA UNILATERAL**

A guarda unilateral, conhecida também como guarda exclusiva, é a espécie pela qual a guarda é atribuída a apenas um dos pais, cabendo ao outro o direito de visitar e o dever de pagar alimentos. Esta espécie está prevista no artigo 1583, §1º do Código Civil de 2002.

Essa modalidade de guarda, depois do advento da Lei nº. 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que normatiza a guarda compartilhada como regra, somente deve ser imposta em casos específicos, onde o magistrado, com base nas provas trazidas aos autos, determina, considerando os princípios da proteção integral e da primazia do interesse do menor, a guarda unilateral. Logo, à guisa de exemplos, podemos dizer que será atribuída a guarda

unilateral quando um dos pais reside em cidade distante da habitual do infante, quando um dos genitores não possui trabalho ou renda fixa (tem caráter temporário), impedindo naquele momento auferir as garantias mínimas para subsistência do infante e, ainda, quando resta evidenciado que o outro genitor possui um comportamento agressivo e prejudicial ao desenvolvimento psíquico do menor.

Aliás, em consonância com o exposto, a jurisprudência atual preceitua que:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL. GUARDA UNILATERAL ACORDADA ENTRE OS GENITORES. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BUSCANDO A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSIÇÃO DA MODALIDADE. DESCABIMENTO. As questões relacionadas à guarda instituto que visa à proteção dos interesses dos menores devem sempre ser decididas tendo como norte o bem-estar das crianças e adolescentes. Deve ser sob essa ótica, e não sob a ótica do interesse dos pais ou de terceiros, que as situações deverão ser analisadas judicialmente. O compartilhamento da guarda visa ao gerenciamento conjunto dos interesses da menor e, no caso concreto, em que os genitores acordaram a guarda unilateral do filho que conta 13 (treze) anos de idade, com visitas paternas livres, não há razão para impor a adoção do compartilhamento da guarda, não sendo este o comando inserto na norma de regência - art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077096857, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 25/04/2018). (TJ-RS - AC: 70077096857 RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 25/04/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/04/2018)

Em síntese, a guarda unilateral exclusiva de um só dos progenitores, o qual passará a deter a “guarda física” da criança, tendo maior proximidade com o filho, além de sua “guarda jurídica”, depende da análise real das circunstâncias que envolve o processo de guarda, tais como aquelas acima mencionadas além de outras, para que somente assim possa o juiz verificar se essa é a melhor opção a ser tomada nos autos (SILVA, 2005, p.61).

## 5.2 DA GUARDA ALTERNADA

Outra espécie que merece algumas considerações é a guarda alternada. Nessa modalidade, conforme Grisard Filho (p. 79, 2002), ambos os pais detém a guarda por períodos relativamente iguais. O referido autor afirma que “[...] esta modalidade de guarda se opõe fortemente ao princípio da continuidade, o qual deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança”.

Assim, impende ponderar que essa espécie de guarda é veementemente criticada contemporaneamente, sendo uníssonos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência a impossibilidade legal de aplicá-la de forma efetiva, visto que essa não atende o melhor interesse da criança ou adolescente. Nesse sentido o entendimento jurisprudencial, conforme se extrai de trecho do voto abaixo transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016). (TJ-RS - AI: 70067405993 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 18/02/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2016)

Conforme noção cediça, a referida guarda alternada não está prevista em nosso Ordenamento jurídico de forma expressa, motivo pelo qual recai tantas críticas a seu respeito. Em verdade, percebe-se que tal modalidade não busca, em primeiro momento, preservar os interesses do menor, mas sim a satisfação e comodidade para os pais, o que por si só pode transformar a rotina da criança em um verdadeiro cabo de guerra, onde ambos os pais buscam medir forças para discutir assuntos rotineiros relacionados a estabilidade e lar da criança, o que acaba por prejudicar o desenvolvimento do infante (GRISARD, (2002, p. 79).

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. GUARDA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO SEM A REALIZAÇÃO PRÉVIA DE AUDIÊNCIA OU ESTUDO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. AJUSTE PROPOSTO PELOS PAIS QUE SUJEITA À FILHA À GUARDA ALTERNADA. **MODALIDADE NÃO PREVISTA NO ORDENAMENTO E PRESUMIDAMENTE NOCIVA AOS SUPERIORES INTERESSES DA CRIANÇA. SENTENÇA CASSADA. APELO PROVIDO.** - A chamada "guarda alternada" sequer está prevista pelo ordenamento jurídico e, de ordinário, não preserva os interesses da infante, mas a comodidade dos pais, haja vista que as crianças necessitam de rotina, estabilidade e lar referencial para se desenvolver - A fixação da guarda compartilhada, com "alternância de residência base" a cada seis meses, como meio de viabilizar a homologação do acordo proposto pelas partes, foge do espírito do verdadeiro compartilhamento de responsabilidades entre os genitores, além de não mudar o fato de que, na prática, a alternância é que será praticada pelos genitores - A homologação se aviva mais temerária à ausência completa de elementos probatórios quanto à preservação dos interesses da criança, ainda que nesse cenário instável e, de ordinário, nocivo, daí por que se impõe a cassação da sentença homologatória, necessária, antes, orientação dos pais quanto às modalidades de guarda e elucidação quanto à realidade vivenciada pela criança. (TJ-SC - AC: 03029956620158240090 Capital 0302995-66.2015.8.24.0090, Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 12/07/2018, Primeira Câmara de Direito Civil).

Por fim, outra crítica a respeito da guarda alternada é que ela não se mostraria viável justamente por retirar, ainda que por um momento específico e temporário, a guarda jurídica de um dos genitores, isto é, a autoridade parental (SILVA, p. 67, 2005).

### 5.3 DA GUARDA COMPARTILHADA

A regulamentação efetiva do Instituto da guarda compartilhada somente se deu com o projeto de Lei nº 117 de 2013, o qual foi sancionado como Norma Jurídica em 22 de Dezembro de 2014, sob a Lei de nº 13.058, alterando substancialmente os artigos 1.583, 1.584, 1.595 e 1.634 da Lei 10.406/2002 do Código Civil. A referida lei, reza que nos divórcios consensuais ou litigioso a regra que o juiz deverá se ater é a da Guarda compartilhada, até mesmo na incidência de discordância entre os genitores.

Nos ensinamentos de Grisard Filho (2000, p.155), a guarda compartilhada atribui a ambos os genitores os mesmos deveres e obrigações de forma igualitária e recíproca, uma vez que a guarda jurídica e material será exercida em vertente de duplicidade, exigindo-se assim, que tanto o pai quanto a mãe proporcione aos seus filhos os direitos que a ele é atribuído.

Sílvio de Salvo Venosa (2012), conceitua guarda compartilhada como sendo “[...] a ideia de fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta nas decisões”(VENOSA, 2012, p 185).

Com isso, a guarda compartilhada comporta o desejo de que ambos os pais participem efetivamente da vida da criança ou do adolescente, visando que esse não construa uma visão equivocada de “pai/mãe ausente”, pois ambos passarão a decidir juntos quaisquer assuntos relacionados a vida do menor, tais como em qual escola estudar, em qual médico consulta, além de todas as demais atividades recreativas que forem inseridas no dia a dia da prole.

O artigo 1583, §1º, do Código Civil de 2002, declara guarda compartilhada como 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. Dito isso, entende-se que será através da guarda compartilhada que os genitores passarão a ter igual autonomia perante os direitos e deveres relacionados aos filhos, e assim também os filhos terem o convívio de afeto com ambos.

Conforme Dias (2009, p. 43), a guarda compartilhada é uma garantia para a criança de que terá os pais mais presentes em sua vida, do que teria com uma a guarda unilateral, cujo distanciamento daquele que não detém a guarda seria natural. E ainda afirma a ilustre autora:

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes venha a ocorrer. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 403).

Por fim, mediante tais argumentos jurisprudenciais e doutrinários, a guarda compartilhada, portanto, ao menos em sede teórica, seria a que melhor representa a preservação dos interesses de crianças e adolescentes. Contudo, como veremos abaixo, essa situação pode se mostrar um verdadeiro imbróglia jurídico quando há uma grave divergência entre os pais e que impossibilita qualquer tipo de diálogo saldável.

## **6 DA (IM)POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA ANTE A AUSÊNCIA DE PARCIMÔNIA ENTRE OS GENITORES**

Roborando os assunto novamente, é cediço que os direitos das crianças e dos adolescentes foram observados com o propósito de limitar o direito do pai ou responsável sobre o menor. Assim no exercício do poder familiar, o filho passou de objeto de direito para ser sujeito de direito (MAGALHÃES, 2002, p. 301), graças à proteção constitucional insculpida no artigo 227 da Carta Magna:

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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Com base no que estabelece a Constituição Federal, podemos verificar que um dos parâmetros essenciais por ela elencados é no sentido de assegurar ao infante os aspectos mínimos necessários para sua sobrevivência e seu bem estar físico e psicológico. Considerando esse fator, vem à tona uma problemática que reiteradamente acomete o judiciário a emergem muitas dúvidas aos magistrados na hora de deferir ou não o pedido de guarda compartilhada –

ainda que se trate de uma regra expressa na lei que trata sobre a guarda compartilhada, bem como estando presente nas novas alterações fomentadas no Código Civil de 2002, atribuindo como regra a modalidade da guarda compartilhada.

Observa-se que, com a ruptura do vínculo conjugal muitos casais se aproveitam – em razão do não conformismo do término – das oportunidades que são conferidas a esse para o exercício de um direito, objetivando deleitar-se com o sofrimento da outra parte para nutrir o sentimento de dominação em relação ao ex-cônjuge, em especial, a fim de perpetuar o desejo de subordinação com o falso pretexto de querer conviver com filho. Tal situação, em que pese realmente pareça utópica e demasiadamente assustadora, de fato retrata uma situação vivida por muitos casais que se separam de forma conturbada e conflituosa, onde vivem em constante pé de guerra entre si que sequer possibilita qualquer tipo de diálogo entre eles.

Nesse diapasão, a dúvida que permeia é se seria possível conceder a guarda compartilhada para esses pais que não possuem qualquer tipo de diálogo uns com os outros, visto que dificultaria, de forma significativa, o relacionamento causado entre ambos, sendo nesse caso o maior prejudicado o infante, já que ele faz uma ponte entre as duas pessoas em conflito.

Nesse sentido, vejamos o entendimento recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual negou o pedido de guarda compartilhada ante a falta de diálogo, senão vejamos o referido julgado:

GUARDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PROTEÇÃO INTEGRAL. GUARDA COMPARTILHADA. INAPLICÁVEL. PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE DO MENOR. AUSÊNCIA DE DIÁLOGO E COOPERAÇÃO ENTRE OS GENITORES. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não há cerceamento de defesa quando os documentos juntados aos autos mostraram-se suficientes para a apreciação da lide, assim como para firmar a livre convicção do julgador. 2. As questões que envolvam guarda e visita sempre devem ser analisadas buscando atender o melhor interesse da criança, entendimento este consagrado pela doutrina, jurisprudência e pela própria legislação. **3. A aplicação do instituto da guarda compartilhada deve se submeter ao princípio da proteção integral da criança, previsto no art. 227, caput, da Constituição Federal, ou seja, a guarda compartilhada deverá ser aplicada quando restar assegurada a criança a sua segurança física, emocional e afetiva.** 4. As informações extraídas do laudo de estudo psicossocial apontam que a guarda compartilhada não seria recomendada no momento, pois além de os genitores não possuírem relacionamento amigável, a criança iniciou convívio com o pai há pouco tempo e o relacionamento ainda precisa de amadurecimento. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 20171410014885 - Segredo de Justiça 0001404-82.2017.8.07.0014, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data de Julgamento: 22/02/2018, 8ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/02/2018 . Pág.: 784/796) **GRISNO NOSSO.**

Em sentido oposto ao acime elencado, temos:

APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. GUARDA COMPARTILHADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS. 1. A guarda compartilhada, definida pela regra contida no art. 1583, parágrafo único, do Código Civil, é "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". 2. No caso, o fato de ter a genitora da infante alegado, mas não demonstrado, a alteração do seu domicílio para outro Estado da Federação, não subsiste motivo suficiente para a alteração da guarda compartilhada fixado pelo Juízo singular. 3. A mencionada dificuldade de diálogo entre os genitores não pode superar a legítima pretensão à convivência familiar sadia da filha. A infante não deverá ser exposta diuturnamente aos nefastos efeitos das desavenças existentes entre os genitores, que devem proporcionar à menor um ambiente de proteção e tranquilidade emocional, razão pela qual a manutenção da guarda compartilhada é medida que se impõe. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 20150110916366 - Segredo de Justiça 0011886-54.2015.8.07.0016, Relator: ALVARO CIARLINI, Data de Julgamento: 26/07/2017, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/08/2017 . Pág.: 473/481)

Com efeito, torna-se visível que há uma grande discrepância no entendimento acerca do caso concreto, onde alguns magistrados concedem a referida guarda compartilhada, ainda que haja uma nítida inexistência de diálogo e convivência, ao passo que outros dizem ser a guarda compartilhada a regra geral a ser observada, independentemente da existência pacífica de boa convivência, ignorando completamente quaisquer tipos de prejuízos emocionais que conseqüentemente virá junto com a sentença que determina o referido modelo de guarda nessas circunstâncias (POTER; NICKEL, 2016).

## **7 DA CONSERVAÇÃO DO PODER FAMILIAR NOS CASOS DE GUARDA UNILATERAL**

Ao analisar a guarda compartilhada, muitas pessoas acreditam que quem a detém é, de fato, o único detentor do Poder Familiar e isso é totalmente errado. Conforme disposto no artigo 1.634 do Código Civil, a guarda é apenas um dos direitos de um extenso rol de direitos advindos exclusivamente do Instituto do Poder Familiar. Outrossim, quando se define a guarda unilateral, retira-se de um dos genitores apenas o poder insculpido no inciso II do já citado artigo, de forma que todos os demais permanecem incólume (BRASIL, 2002).

À guisa de exemplificação, caso se defina a guarda unilateral em prol da genitora e ela resolva sair com a criança do país, essa ainda necessitará, obrigatoriamente, da autorização do outro genitor. Isso, pois, a autorização para sair do país, conforme consta do artigo 1.634 em comento, refere-se ao poder familiar e não à guarda.

Assim analisado, compreende-se que a extensão de poderes dada ao detentor da guarda compartilhada é mínima, referindo-se tão somente a aspectos básicos do dia a dia da criança e do adolescente, não retirando, de forma alguma, qualquer direito inerente ao Poder Familiar,

senão em razão dos casos já comentados no tópico 4 que dizem respeito exclusivamente a suspensão e extinção do poder familiar, situação essa que de fato, gera efeitos jurídicos substanciais e que inibem o exercício de direitos relacionados a guarda, seja de forma definitiva (extinção) ou temporária (suspensão), conforme ensina-nos Maria Berenice Dias (p. 116, 2011).

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em última análise a todo escopo trazido na presente pesquisa e em vistas de termos buscado esmiuçar, pormenorizadamente, todos os aspectos relevantes a problemática desde o início proposta, podemos concluir que de fato o instituto do Poder familiar é um complexo rol de direitos e deveres de suma importância para o exercício de todas as prerrogativas concentradas aos genitores.

Nesse sentido, tocante a controvérsia consubstanciada na possibilidade de supressão desse mecanismo em face da perda ou negativa de guarda do infante, cumpre-nos observar que tal alegação não condiz com o embasamento legal sobre o tema, visto que, ainda que um dos conjuges não detenha o direito de guarda, esse ainda é plenamente capaz de interferir diretamente nos atos que dizem respeito ao bem estar do menor, ou em qualquer outro ato que achar conveniente. Logo, o que se tem é uma falsa concepção de que aquele que detém a guarda física também possui a universalidade dos direitos relacionados exclusivamente ao poder familiar. Deste modo, nenhuma decisão em relação ao menor poderá, em regra, ser tomada sem o devido consentimento do outro genitor, sob pena sofrer as consequências jurídicas cabíveis em decorrência do descumprimento e cerceamento de um direito da outra parte, por ser firmado que não perda do direito do exercício do Poder Familiar em razão da guarda unilateral.

Por via de consequência, concluímos que não é viável ao infante, em sintonia com os princípios da proteção integral e da primazia do interesse do infante contidos na nossa Carta Magna, impor a guarda compartilhada compulsória nos casos que em há manifesta dificuldade dos genitores em dialogar e estabelecer, em consenso, a rotina do menor. Tal imposição acarretará, sem sombra de dúvidas, um desgaste emocional totalmente desnecessário e extremamente prejudicial e esse infante, violando, assim, suas garantias mínimas.

## **THE FAMILY POWER AND THE SHARED CHILD'S GUARD**

### **ABSTRACT**

This paper aims to bring a more precise debate about the contours of Family Power and custody of children in the current Civil Code of 2002. In this context, it will be sought, in addition to clarifying the specificities of each institute, what is the factual reality experienced in our Courts on the most commonly used custody methods, above all, debating, in violation of existing legislation and jurisprudential understandings, whether or not there is a possibility of loss of rights and duties when the guard is not granted or revoked shared. In addition, as a result of the present research, we intend to explain the various issues in our legal system regarding the subject, also presenting the harmful issues arising from these real clashes in law, especially for the infant in what concerns respect to their psychic-intellectual development and which call into question the effectiveness of the principles of integral protection and the primacy of the infant's interest. Based on these considerations, it is concluded that the present research was based on the methodology of qualitative bibliographical approach, since it used for its development the hypothetical-deductive method, where besides exposing the new clothing conferred to the Institutes of Family Power and the guard of the minors, it is sought to make other pertinent notes to the theme brought here in the guise of the present research.

**Keyword:** Family power. Shared Guard. Children. Dissolution.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. ECA: Estatuto da Criança e do adolescente. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Flávia Wanzeler. **Guarda compartilhada à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17529](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17529)>. Acesso em 06 de novembro de 2018.

CALDEIRÃO, **Priscila. Adoção à Brasileira**. Disponível em: <https://ce-pein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300879.pdf>. Acesse em 28 de out. de 2018.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes. **A Codificação do Direito Civil brasileiro: do Código de 1916 ao Código de 2002**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25739/a-codificacao-do-direito-civil-brasileiro-do-codigo-de-1916-ao-codigo-de-2002>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8º. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

FRIGATO, ELISA. **Poder Familiar - Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão**. Disponível em: <https://www.direito-net.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceitocaracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>. Acesso em 07 de nov. de 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais do direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Quais são as espécies de guarda no Direito Brasileiro?** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/439791372/quais-sao-as-especies-de-guarda-no-direito-brasileiro>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

POTER, Helena Nickel; NICKEL, Cristiano Poter. **Guarda compartilhada**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17667&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17667&revista_caderno=14)>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 05 novembro de 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, IPEA / CONANDA, 2004

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Silvo de Salvo, Direito Civil. **Direito de Família**, Vol. 6, 12ª. ed. Editora Atlas, São Paulo, 2012.