

**CURSO DE DIREITO**

**“GUARDA COMPARTILHADA” UMA  
NOVA TENDÊNCIA**

**NOME: JANAINA DE OLIVEIRA CASTRO**

**RA: 443.830/9**

**TURMA: 325F2**

**FONE: 9777-8715**

**E-MAIL: JANAINAFMU@YAHOO.COM.BR**

**CURSO DE DIREITO**

# **“GUARDA COMPARTILHADA ” UMA NOVA TENDÊNCIA**

Monografia apresentada à banca  
examinadora da Universidade FMU  
como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em  
Direito, sob a orientação do Prof.  
Dr. Carlos Alberto Garbi.

**CURSO DE DIREITO**

**“GUARDA COMPARTILHADA” UMA  
NOVA TENDÊNCIA**

**Banca Examinadora da Universidade FMU**

---

**Orientador**

**Professor Dr. Carlos Alberto Garbi**

---

**Examinador**

**Professor**

---

**Examinador**

**Professor**

---

**São Paulo – 2004**

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais **MIRIAN DE OLIVEIRA CASTRO** (*in memorian*) e **ALMERINDO ALVES DE CASTRO** (*in memorian*) aos quais , durante os mais duros momentos desta caminhada, refletia sobre o que vocês diriam para me encorajar e, amparada por estas palavras imaginárias busquei forças que me fizeram vencer o sono, o cansaço, à vontade de desistir e... prossegui. Agora imagino as palavras que vocês diriam por eu ter vencido estes obstáculos, e chego a sentir aquele abraço apertado que vocês me dariam se estivessem aqui neste momento. E é nesse mesmo momento que sei porque a vida continua...é porque vocês continuam vivendo dentro de mim...obrigado por todo amor, educação, caráter que vocês me deram, por terem me ensinado ir a luta pelos meus sonhos e nunca desistir no meio do caminho, por terem me ensinado a não mentir nunca, porque a verdade dói na hora e a mentira dói para sempre...por terem me dado um irmão tão maravilhoso, honesto, responsável, para me fazer companhia, e, depois que vocês partiram ter a certeza que eu não ficarei sozinha nunca...é por ter a certeza de que vocês olham por mim todos os dias é que hoje eu estou aqui, quero que saibam que o meu amor por vocês vai além da vida e da morte, que onde e com eu estiver, vocês sempre farão parte de mim, e espero que eu consiga passar e fazer dos meus filhos pelo menos metade de tudo o que me ensinaram, pelo amor sublime que é apenas o dos pais que ama sem esperar nada em troca, que eu posso dizer com toda a certeza que eu sou amada, vocês não tem noção da falta que vocês me fazem, mas a verdade é “ninguém morre quando se esta vivo no coração de alguém” vocês ainda são o ar que eu respiro, a força que me faz acordar todos os dias de manhã e saber que apesar das trovoadas da vida, o dia de amanhã será melhor e ver aquela força, aquela luz infinita onde hoje eu posso dizer “EU VENCI” Amo vocês para sempre, infinito, eternamente...

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Dr. **CARLOS ALBERTO GARBI** pela atenção, sem a sua ajuda e experiência teria sido impossível a conclusão deste trabalho.

Á **TIA TATÁ** e meu irmão **RICARDO**, que apesar das brigas vocês são tudo de mais importante, a minha família maravilhosa que me apóia, briga, me dá bronca, mas sei que são as pessoas que mais me amam no mundo, a você **TIA TATÁ**, que não é minha mãe biológica, mas por natureza, por opção e por amor, obrigada pela janta maravilhosa de todo dia, pela espera diária da faculdade, da balada, um muito obrigado eterno ainda seria pouco.

Á minha família maravilhosa, que são tudo que eu amo, **Tia Lucy, Tio Sander, Karol, Renan, Tia Marisa, Tio Ney, Michel, Tio Quinho, Tia Jussara, Tio Jonas, Rodrigo, Thaís, Tia Vera, Daniel, Aninha, Rachel, Thiaguinho**, não tenho palavras para expressar tudo o que sinto por vocês, principalmente a vocês **Tio Natal** e **Tio Jurandir**, pelo apoio desde o começo e o incentivo para não desistir nunca.

A você **LARA** meu bebê, minha filhinha, minha Gorda, minha pequena, meu anjinho, que não é minha filha, mas que eu amo como se fosse, que me olha com um amor tão verdadeiro, tão sublime, tão maravilhoso, que nos dias mais tristes, mais cansativos, mais estressantes da minha vida você consegue com uma brincadeira ou com um sorriso me desarmar e fazer acreditar que o mundo e a vida lá fora são tão inocentes como você, me fazendo esquecer toda e qualquer preocupação...o amor que eu sinto por você dói, arde, lateja, e é a coisa mais pura e verdadeira que eu já senti, onde eu peço a Deus todas as noites para que se um dia eu tiver uma filha que seja igual a você...espero que o dia que você entender estas palavras você já seja uma menina/mulher e nunca perca seu brilho e inocência...te amo!!!!te amo!!!!te amo!!!!

Aos meus avós, **vovó NIRA, vovô JANDIR** (*in memorian*) e **vovó FLOR**, por terem colocado no mundo as pessoas que mais amei e sempre vou amar em toda minha vida...vocês são também tudo o que mais amo neste mundo e vocês todos não sabem a falta que me fazem por não estarem aqui do meu lado...pelo amor

verdadeiro, pela compreensão, por terem sofrido e se alegrado comigo nesses 24 anos...**AMO, AMO, AMO**, muito vocês.

Á irmã que eu não tive, amiga, companheira de todas as horas **FERNANDA CARRERA**, pelo apoio, preocupação, amizade, carinho, por seu meu escudo, minha base nas horas de dificuldades e alegres, pela amizade, onde eu agradeço a Deus todas as noites por ter você na minha vida, por ter deixado eu “entrar” na sua família e dela ter feito minha, aos seus pais **SÉRGIO CARRERA** e **MARIA ANGÉLICA CARRERA**, por serem meus “pais” postiços, e por terem por mim o mesmo carinho e o mesmo amor como se eu fosse realmente a filha do meio, e ao seu irmão **FLÁVIO CARRERA**, que apesar das brigas “Flá Amo Você”...também a Tia Beatriz, Vovó Creusa, Tio Nazan, Angélica, Gustavo, Vinicius e Luciano, tenho vocês como da minha família...e a pequena **JÚLIA** que apesar de todas as dificuldades trouxe muita alegria e esperança às nossas vidas.

**Ao Cartório do 11º Ofício da Família**, desculpem pelo stress de todos os dias, obrigada pela batalha, por terem feito parte do meu crescimento como menina até ser mulher, por fazerem parte da educação do meu caráter e até do meu gênio, ao meu mestre Dr. Adeldrupes Blaque Ferraz, juiz, pai, amigo, que me ajudou neste trabalho, meus chefes queridos, Lucy, Adalberto, Armando, Sílvia Regina, Cristina Rosito, obrigada pelo aprendizado, agradeço a vocês tudo que aprendi nesses dez anos, a Nany, Elke, Andréia, Cássio, Soninha, Clóvis, Letícia, Rita, Lúcia, Silvinha, Euclides, Daniel, Elzi e Sônia Marques, tenho tantas coisas para falar a cada um de vocês que ficaria horas aqui.

Á **Daniela Covo**, minha amiga, conselheira, de todas as horas, em qualquer situação, obrigada por ter estado ao meu lado no pior dia da minha vida... aos seus pais Tia Nice e Tio Edson Covo, Kekel, Juninho, Lidiane, obrigada pela atenção, e agradecer que ao lado de vocês me sinto realmente “na minha casa, na minha família”...

Ao Dr. **ROBERTO AMARAL GURGEL**, e ao **ANDRÉ VINÍCIUS MACHADO** que se não fossem vocês eu não teria chego até aqui, e não teria forças para continuar, pelo apoio, incentivo, dedicação, carinho e a lição “por mais inteligente e dedicada

que uma pessoa seja, se ela não fizer aquilo que gosta, com amor, essa pessoa nunca será um bom profissional”.

Às minhas amigas **DANIELA** , **PAOLA**, **THAÍS**, obrigada por serem as únicas pessoas que conseguiram estar comigo na melhor fase, época, da minha vida, pelas bagunças, baladas, e também no pior dia, VALEU!!!!!!!!!! Á você **DAG**, **SABRINA**, **DANIELE**, Tia Wanda e Tio Sérgio por estarem sempre comigo, em todos os momentos, por agüentarem minhas crises, mau humor, e até mesmo, pela sessão nostalgia nos finais de semana, assistindo aquele filme chato... também à Dona Josefa minha vózinha, pelas orações diárias e principalmente no final dos semestres depois das provas, á Tia Vera e ao Tio Nicola Gentile, ao Gui e Flavinho.

Aos meus amigos de coração, agradeço também por ter chego aqui graças a vocês, Guilherme Doneux, Eduardo Puertas, Gustavo Cigagna, Gustavo Godinho, Guilherme e Cristiano Maciel pela convivência, pelas risadas, pelos jogos jurídicos de todos os anos, essa faculdade não é a mesma sem vocês...e principalmente a vocês André Marcondes e João Vinícius Manssur, por ter sempre uma palavra amiga para oferecer, e uma palhaçada para me fazer rir todos os dias.

A **NEUZELY SIQUEIRA** minha “mãezona” que tem sua casa, seu marido, seu trabalho, seus filhos e ainda tem tempo para cuidar e se preocupar comigo, à **DÉBORA BEZERRA**, obrigada “magrela” pelas provas, pela matéria, pela chamada, pela companhia...vocês duas se doam de coração sem esperar nada em troca, agradeço a vocês duas por ter chego no 5º ano.

Meu obrigado também à Maria Luíza, Ana Paula e as Michele’s pela carona, pelas risadas e pelas nossas fofocas, vou sentir saudades...Á Gabriela Couto por estar comigo sempre desde o 1º ano...a Mariana Nóbrega pela compreensão, carinho e paciência de todos os momentos.

Ao **Corpo Docente** e **amigos** Fernando Borges Vieira, Gustavo e Simone Porfírio, por ter enchido o saco com tantas perguntas, obrigado pela força, pela palavra amiga e por tudo principalmente nas provas e no final de cada semestre.

## SINOPSE

O instituto da guarda compartilhada teve início há mais de 20 (vinte) anos na Inglaterra, sendo trasladada após a França, ao Canadá e aos Estados Unidos, sendo certo que até hoje já é adotada com freqüência em países como Uruguai e Argentina, surgindo acanhadamente em outros países com o Brasil.

A atribuição da guarda, quando desfeita a sociedade conjugal, é questão delicada, que merece toda a atenção do magistrado, por estar lidando com a vida do menor, pessoa ainda em desenvolvimento, que acaba, quase sempre, envolvida no egoísmo dos pais, como objeto da própria disputa através da separação.

As transformações sociais sentidas nos últimos tempos que demonstram a maior necessidade e envolvimento dos pais com a criação dos filhos, impôs a atualização do instituto da guarda, criando-se novos meios de atribuição desta.

Assim, a guarda compartilhada, que em muito vem tomando espaço na guarda exclusiva e uniparental, é adotada quando se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente das grandes decisões relativas à criança.

É certo que como instituto da guarda em geral, suas normas reguladora deverá surgir com o decorrer do tempo, quando dos novos julgados sobre o caso e dos novos doutrinadores.

# SUMÁRIO

Introdução .....	10
<b>PARTE I – NOÇÕES GERAIS</b>	
Capítulo I – Apresentação do Tema .....	12
Capítulo II – Conceito .....	13
Capítulo III – Evolução Legislativa .....	14
<b>PARTE II – DO PODER FAMILIAR</b>	
Capítulo I – Origem .....	17
Capítulo II – Conceito .....	19
Capítulo III – Titularidade do Poder Familiar .....	22
Capítulo IV – Aspectos Pessoais do Poder Familiar .....	23
Capítulo V – Deveres dos Filhos .....	25
Capítulo VI – Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar .....	26
<b>PARTE III – TUTELA</b>	
Capítulo I – Noções Gerais e Natureza Jurídica .....	27
Capítulo II – Espécies de Tutela .....	28
Capítulo III – Incapazes de Exercerem a Tutela .....	29
Capítulo IV – Da Escusa dos Tutores .....	30
Capítulo V – Do Exercício da Tutela .....	30
Capítulo VI – Da Cessação da Tutela .....	30
Capítulo VII – A Tutela e o Poder Familiar .....	30
<b>PARTE IV – CURATELA</b>	
Capítulo I – Conceito e Natureza Jurídica .....	32
Capítulo II – Espécies de Curatela .....	33
<b>PARTE V – GUARDA</b>	
Capítulo I – Princípios .....	35
Capítulo II – Comparação da Evolução da Guarda com a Evolução da Sociedade .....	37
Capítulo III – Definição de Guarda .....	38
Capítulo IV – Modalidade/Espécies de Guarda .....	39
2.1 Guarda de Filhos Naturais .....	40
2.2 A Guarda na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente .....	40
2.3 Guarda Extraconjugual .....	41

2.4 Guarda Judicial .....	42
Capítulo V – Critérios para Determinação da Guarda .....	44
Capítulo VI – Fixação e Alteração .....	47
Capítulo VII – A Guarda no Direito Estrangeiro .....	49
<b>PARTE VI – GUARDA COMPARTILHADA</b>	
Capítulo I – Rápida Introdução ao Tema .....	52
Capítulo II – Origem .....	53
Capítulo III – Conceito de Guarda Compartilhada .....	55
Capítulo IV – A Necessidade Psicológica .....	59
Capítulo V – Terminologia .....	61
Capítulo VI – Possibilidade de Deferimento da Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	62
<b>PARTE VII – CONSEQÜÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA</b>	
Capítulo I – Responsabilidade Civil .....	70
Capítulo II – Alimentos e Visitas .....	71
Capítulo III – Aspectos Psicológicos .....	73
Capítulo IV – Efeitos, Vantagens e Desvantagens .....	77
<b>PARTE VIII – PROJETOS DE LEI SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA</b>	
8.1 Projeto de Lei nº 6.315/02 .....	80
8.2 Projeto de Lei nº 6.350/02 .....	83
<b>PARTE IX – CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	
Conclusão .....	89
Bibliografia .....	93

# INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido através de pesquisas, internet, doutrinas e jurisprudência, para que possa demonstrar de forma eloqüente a possibilidade da guarda compartilhada no direito brasileiro, suas conseqüências e vantagens, além de desmistificar os possíveis mitos que lhe são atribuídos para a sua não concessão, tendo portanto, uma relevância social.

Considerado como um ramo do direito civil, o direito de família esta ligado a todos os cidadãos, sendo visto como uma exteriorização de seus anseios frente à sociedade, no qual as sua normas podem ser consideradas como um recorte da vida privada.

Portanto, a oportuna monografia vem com o intuito de manifestar o anseio de um grande número de cidadãos que se vêem em desvantagem na relação *paterno/materno - filial* e que se declaram a favor de uma revisão do instituto da guarda pós- ruptura conjugal, uma vez que este não acompanhou a evolução da sociedade.

A 1º grande mudança sobre a guarda pós- ruptura conjugal aconteceu com a promulgação da Lei do Divórcio, rompendo dessa forma com os valores do início do século.

Porém, após essa 1º transformação, o instituto da guarda ficou estático, prevalecendo até os dias atuais nos Tribunais a concessão da guarda somente a um dos genitores, que na maioria das vezes é deferida para a figura materna.

Assim, como no mundo jurídico está em constante evolução, o ramo do direito de família não poderia ser diferente, tendo o estudo em foco assumido uma posição já largamente adotada no direito comparado: ou seja, a possibilidade da concessão da guarda compartilhada.

Como é o interesse maior do menor que deve sempre prevalecer na ocasião do deferimento da guarda, não se vê obstáculo para a concessão do instituto ora estudado, uma vez que assim será assegurados ao menor, uma maior

integração com ambos os genitores, e, possivelmente um maior laço emocional.

Contudo, antes de adentrarmos no principal assunto da monografia, será necessário um breve estudo de uma forma não prolixa das relações parentais e de suas conseqüências, como o Poder Familiar, Tutela, Curatela e modalidades de Guarda, uma vez que, para chegarmos a uma conclusão convincente sobre a guarda compartilhada é necessário entendermos primeiramente estes institutos, mas sem perder o referencial principal : Guarda Compartilhada...

Após essa compreensão, entraremos no estudo da guarda compartilhada, elucidando as principais dúvidas que existe sobre o instituto, demonstrando aonde dentro do ordenamento jurídico existe respaldo para a aplicabilidade, além das conseqüências e vantagens que seu deferimento poderá gerar para os indivíduos envolvidos no rompimento conjugal.

Acreditamos ser de primordial importância no Direito Brasileiro a formação do indivíduo, sendo que privilegiar a participação dos pais na vida dos filhos torna-se uma obrigação de toda e qualquer pessoa que possa fazê-lo, principalmente do profissional do direito.

Então, passamos a relatar o que acreditamos ser a melhor forma de garantir ao menor uma boa formação: a participação sempre efetiva de ambos os pais na vida cotidiana de seus filhos.

# PARTE I - NOÇÕES GERAIS

## Capítulo I - Apresentação do Tema

Na vigência da sociedade conjugal, não existem dúvidas quanto ao exercício da guarda dos filhos advindos do casamento. Isso porque, o Código Civil de 1916, em seu artigo 380, revogado pelo Novo Código Civil de 2002, em seu então artigo 1631 *caput*, estabelece que:

*“Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.”*

De igual maneira, estabeleceu o artigo 1631 § único que revogou o art. 380 do Código Civil de 1916, tendo este porém já sido revogado anteriormente pelo artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual o Código Civil de 2002 estabelece o seguinte:

*“Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.*

Entretanto, a questão da guarda dos filhos não deverá ser vista apenas sob o prisma do casamento, mas sim sob o ângulo da responsabilidade da guarda e educação dos filhos menores pelos pais, ainda que a sociedade conjugal venha a ser rompida. Desse modo, é preciso destacar que a guarda não significa mera e simples detenção física da pessoa dos filhos, mas sim um dever, o qual, na maioria dos casos, é esquecido pelos pais quando da ruptura da vida em comum.

No que se refere à ruptura da entidade conjugal, a guarda dos filhos menores era regulamentada pelo artigo 10 da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que alterou a redação do art.326, § 1º do Código Civil Brasileiro, que agora foi também revogado pelo artigo 1.583 a 1590 do Código de 2002. Não se pode dizer que tenham ocorrido alterações que subvertam o curso dos julgados das últimas décadas. A regra geral é do artigo 1.584 N.C.C.;

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

Antigamente era estabelecido que na separação judicial fundada no caput do artigo 5º da mesma lei, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa à separação, aplicando desta forma a idéia do "desquite-sanção". Porém, se ambos fossem responsáveis, os filhos menores ficariam em poder da mãe e caso se verificasse que os menores não deveriam ficar em companhia de qualquer um dos genitores, o juiz deferiria a guarda dos mesmos em favor da pessoa notoriamente idônea a família de qualquer um dos cônjuges (art.10, §§1º e 2º).

Sucedo, porém, que o juiz poderá em qualquer caso, com a finalidade de proteger os interesses dos menores regular de forma diferente da estabelecida. Assim vemos que "a lei confere ao juiz função de grande responsabilidade, ou seja, a de afastar as regras ordinárias sobre a guarda".<sup>1</sup>

Esta possibilidade, dada pelo artigo supra citado pela Lei do Divórcio, mesmo sendo substituído pelo Novo Código Civil de 2002, concedeu ao magistrado a chance de inovar na aplicação do instituto da guarda dando novas interpretações ao seu conceito, sempre, contudo, sob a égide do interesse do menor.

## **Capítulo II - Conceito**

Etimologicamente, a palavra guarda advém do antido alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), originando o francês *garde* utilizado para expressar a idéia de proteção, observação, vigilância ou administração.

No ensino de **JOECY MACHADO DE CAMARGO** "*guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda neste sentido, tanto significa a*

---

<sup>1</sup> Silvio Rodrigues. "O divórcio e a Lei que o Regulamenta". São Paulo: Ed. Saraiva. 1978. p.114.

*custódia, como a proteção que é devida aos filhos pelos pais".<sup>2</sup>*

Tal definição pode ser entendida como defeituosa por restringir a competência da guarda somente aos genitores ou a cada um dos cônjuges.

De modo que, para melhor definição, é o conceito de **GUILHERME GONÇALVES STRENGER**, que define guarda como *"o poder dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facultar a quem de direito tem prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição".<sup>3</sup>*

Por fim adotaremos o conceito de **MARCELO TRUZZI OTERO** em que *"a guarda consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do Poder Familiar, a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida".<sup>4</sup>*

### **Capítulo III - Evolução Legislativa**

Deve-se frisar primeiramente, que toda a evolução legislativa do Instituto da Guarda, deu-se sempre sobre a égide do interesse do menor, o princípio fundamental e norteador da guarda.

O primeiro momento em que constatamos a preocupação do legislador em regulamentar o destino dos filhos de casais que já não mais convivem, se deu com o decreto nº 181 de 1890, em seu art 90, que previa a manutenção da guarda dos filhos ao cônjuge inocente, ao tempo que o culpado ficaria com a obrigação do sustento e educação dos mesmos. Previa também aludido disposto que em caso de culpa recíproca, a mãe ficaria com a guarda das filhas por toda a menoridade e dos filhos até completarem três anos de idade, neste momento passariam automaticamente à guarda paterna.

Consignou-se, após, através do artigo 325 do Código Civil de 1916, a idéia de que os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente no caso de "desquite" judicial.

---

<sup>2</sup> *"Guarda e Responsabilidade"*, p.245.

<sup>3</sup> *"Guarda de Filhos"*, p. 32.

<sup>4</sup> *"Guarda de Filhos e Direito de Visitas na Separação e Divórcio"*.

Aludido dispositivo, em sua essência, foi mantido pelo artigo 9º da Lei 6.515/77 – Lei do Divórcio, que revogou os artigos 315 a 329 do Código Civil de 1916. No artigo 13 do primeiro diploma legal, ficava estabelecido que na separação consensual os genitores, titulares do pátrio poder, convencionarão a guarda de forma mais conveniente para os filhos. Tradicionalmente, o juiz homologa o acordo firmado entre os genitores, mas poderá recusar ou regulamentá-la de forma diferente ao estabelecido pelos pais separados se constatar a não preservação dos interesses dos menores no acordo.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei federal nº 4.121, de 27/08/1962, no seu artigo 1º, X, estabelece que em caso de culpa recíproca, os filhos menores ou maiores inválidos permaneciam sob a guarda materna, exceto se houvessem prejuízos de ordem moral para a prole.

De acordo com o entendimento do magistrado, na não manutenção da guarda a nenhum dos genitores, o juiz deferia a guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. Tal colocação alterou o disposto no Decreto-Lei nº 9.701 de 03/09/1946, em que mantinha guarda dos filhos menores no antigo “desquite judicial”, ou seja, a guarda dos filhos menor, não entregue aos pais, era deferida a pessoa notoriamente idônea à família do cônjuge inocente (art.1º).

Nesse sentido, a lição de **SILVIO RODRIGUES** onde *“a idéia da possibilidade de retirar-se da guarda dos pais para, no interesse daqueles, confia-los a terceira pessoa , já se encontrava no artigo 302 do Cód. de Napoleão de 1804. Encontre-se igualmente no artigo 154 do Cód. Italiano de 1865, onde se faz referência a graves motivos capazes de conduzir o tribunal a confiar os filhos a um instituto de educação ou a terceira pessoa”*.<sup>5</sup>

Para clareza, transcreve-se o artigo 302 do Código de Napoleão: *“Lês enfants seront confiés à l’ epoux que a obtenu lê divorce, a moins que lê tribunal, sur la demand de la familie ou du ministère public, n’ ordonne pour lê plus grand avantage dès enfants, que tous ou quelques-uns d’eux seront confiés aux soins de l’ autre époux, soit dúne tierce personne”*.

---

<sup>5</sup> “O Divórcio e a Lei que o Regulamenta”, p.114.

A orientação do Estatuto da Mulher Casada foi mantida pela Lei 5.582/70, alterando o art. 16 do Decreto-Lei 3.200 de 19/04/1941, sendo depois recepcionada pela Lei 6.515/77, nos seus artigos 9, 10 e 13.

Pelo Estatuto da Criança e de Adolescente – ECA (Lei 8069/90),. No seu artigo 33, manteve-se a tese de preservação do interesse do menor dispondo 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 os pais.

Logo, é cristalina a pretensão do legislador em prevalecer o interesse do menor como um todo. Tal disposição encontra-se alicerçada no artigo 13 da Lei 6.515/77, pois *“vemos que o nosso Direito em matéria de guarda de filhos menores atende os dois princípios da, culpabilidade e da inocência dos pais e do interesse superior dos filhos, refletindo aliás normas dominantes no direito estrangeiro sobre a mesma matéria”*.<sup>6</sup>

Essas decisões sempre trágicas não transitam em julgado, podendo ser alteradas sempre que houver conveniência ou necessidade. O art. 13 era expresso no sentido de que, ocorrendo motivos graves, em benefício dos filhos, o juiz poderia sempre regular de maneira diferente o dispositivo de lei.

Os mandamentos legais, nessa matéria, caem por terra quando houver um interesse maior para os filhos *“o simples fato de o cônjuge viver em concubinato, por exemplo, não faz por concluir pela inconveniência de manutenção da guarda dos filhos”*.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Arnaldo Ward, *“Curso de Direito Civil Brasileiro”*, p. 140.

<sup>7</sup> Silvio de Salvo Venosa *“Direito Civil VI, Direito de Família”*, p. 232

## PARTE II – DO PODER FAMILIAR

### Capítulo I - Origem

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

Segundo a teoria de **FUSTEL DE COULANGES**, explica que esse poder familiar teve seu início através de um poder religioso que prevalecia dentro das famílias, uma espécie de religião doméstica, no qual esse poder era delegado ao pai, que era considerado uma espécie de senhor do lar, de “Deus”.

Dessa forma o poder familiar como é denominado no Código vigente trata-se de um direito natural, tendo conseqüentemente mudado suas características com o transcorrer da evolução da sociedade, no qual encontramos na Civilização Romana que é considerada como o berço da sociedade uma forte regulamentação, notando-se a presença de um grande número de deveres e direitos.

Portanto, de um modo geral, os juristas colocam como ponto de partida para o estudo do agora poder familiar a Civilização Romana, o qual será rapidamente da suas principais características.

No direito romano “pátrio poder” fundamentava-se numa relação de domínio quase ilimitado feito pelo *pater*, onde todo cidadão romano era denominado, era *sui iuris* (indivíduo que não se submetia a ninguém) ou *alieni iuris* (era o indivíduo que tinha que se submeter às ordens).

Assim, pode se resumir a *patria potestas romana* como um poder despótico em relação aos filhos, incluindo-se dentre eles o direito de matar, vender ou expor seu filho.

Após a civilização romana, o instituto somente sofreu alterações consideráveis com a criação do Código de Napoleão, o qual teve a árdua tarefa de

erradicar o despotismo romano e introduzir a regra que deve prevalecer sempre o interesse do menor. Esse instituto no qual prevalece o interesse do menor foi introduzido no direito brasileiro tardiamente através do Instituto da Mulher Casada.

Depois, tal instituto foi ratificado com a criação do Código Civil de 1916 e posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), datado de 1990, o qual infelizmente persistiu com a expressão de pátrio poder, que já nesta época era profundamente questionada.

Dessa maneira, a entrada do instituto no direito brasileiro, já possui uma visão totalmente diferente se comparada com a *patria potestas romana*.

**JEAN CARBONNIER**, recorda os termos do art. 371 do Código Francês: o menor de qualquer idade, deve honrar e respeitar o seu pai e sua mãe. A redação originária do art. 264 do Código Argentino conceituava o pátrio poder como conjunto de direitos dos pais com relação às pessoas e aos bens dos filhos menores. Essa noção traduzia a idéia imperante até o século XIX e início do século XX, até então, o pátrio poder ainda tinha a compreensão da *patria potestas* do Direito Romano. A sociedade rural, em nosso país, incentivava a manutenção do poder patriarcal de forma quase incontestável. Com a urbanização, industrialização, a nova posição assumida da mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se esse comportamento, fazendo realçar no pátrio poder os deveres dos pais com relação aos filhos, colocando em segundo plano os respectivos direitos dos pais.

Desse modo, comparando-se a noção do pátrio poder em Roma, com o instituto moderno, nota-se uma profunda e radical modificação que afeta sua própria estrutura. Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação religiosa o *pater familias* é o condutor de uma religião doméstica o que explica o seu aparente excesso de rigor, o pai romano não só conduzia a religião, como todo o grupo familiar. Sua autoridade era fundamental para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. O patrimônio era integralmente do pai, os filhos não tinham bens próprios. Essa concepção vai abrandando com o tempo, permitindo-se que o filho adquira o pecúlio castrense, propriedade de bens adquirida e decorrente de atividade militar.

A Idade Média, é confrontada a noção romana de pátrio poder com a

compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros, de qualquer modo, a noção romana chega até a Idade Moderna, não tem mais o caráter absoluto que se revestia no direito romano, já foi cogitada também, a hipótese de chamá-lo de “pátrio-dever” atribuindo aos pais mais deveres do que direitos. A denominação “poder familiar” é melhor que “pátrio poder”, utilizada pelo Código Civil de 1916, mas não é a mais adequada, se reportando ainda ao “poder”. Algumas legislações como a norte-americana e a francesa, optaram “autoridade parental”, tendo em vista o conceito de autoridade que melhor traduz o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não de coação física ou psíquica inerente ao poder.

## Capítulo II – Conceito

Nosso Código de 2002, a exemplo do que já fazia o velho diploma, no art. 378, sem defini-lo, dispõe no art. 1630:

*“Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”*

*Ab initio*, é importante mencionar que é perfeitamente possível encontrarmos várias definições acerca da expressão “poder familiar”.

**ALUÍSIO SANTIAGO JÚNIOR** possui entendimento sobre o instituto como sendo *“conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”*.<sup>8</sup>

**MARIA HELENA DINIZ** afirma em sua obra o seguinte entendimento: *“conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõem, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”*.<sup>9</sup>

Para **CARLOS ALBERTO GONÇALVES** o *“o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, sendo este irrenunciável, indelegável e imprescritível, onde os*

---

<sup>8</sup> “Direito de Família. Aspectos Didáticos”, p. 317.

<sup>9</sup> “Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família”, p. 372.

*pais não podem renunciar a ele, nem transferi-lo a outrem*".<sup>10</sup>

**JOSÉ ANTÔNIO PAULA SANTOS NETO** define como "complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e a mãe, fundada no Direito Natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar."<sup>11</sup>

Porém, entendemos como definição mais correta a de Silvio de Salvo Venosa, que em sua brilhante obra define o instituto como:

"O conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar, ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento."<sup>12</sup>

**ARNALDO RIZZARDO** (1994:897) observa que, hoje preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não são mais vistos como esperança de auxílio aos pais. O poder familiar não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei. Nesse diapasão, João Andrades Carvalho (1995:175) define pátrio poder como "conjunto de atribuições, aos pais cometidas, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais". Como reza o art. 1630, do Novo Código, o poder familiar direciona-se a todos os filhos reconhecidos, independentemente de sua origem. Eduardo dos Santos (1999:511), ao escrever sobre o Direito lusitano, em situação análoga à nossa observa:

*"O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente*

---

<sup>10</sup> "Sinopses Jurídicas, Direito de Família", p. 107/108.

<sup>11</sup> "Do Poder familiar" São Paulo, p. 55.

<sup>12</sup> "Direito Civil VI. Direito de Família", p. 341

*por ambos os progenitores.”*

A única exceção é prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas feita em juízo, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz. Os pais dele não decaem pelo fato de não exercita-lo.

No Código Civil de 1916, o pátrio poder encontrava-se no Livro I, Título V, capítulo VI, sendo comentado do art. 379 até 395 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei 8.069/90.

É importante mencionar a terminologia do pátrio poder se deu a partir do ano de 2002 em virtude da lei 10.406/02, que introduziu no nosso ordenamento jurídico o novo Código Civil.

Portanto, foi a partir do dia 11/01/2003 a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar, modificação esta que é muito bem vista pelos estudiosos do direito, que não entendem como a expressão não foi modificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

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

*“Autoridade, porque, nas relações privadas, traduz melhor o exercício da função ou múnus, em espaço delimitado fundado na legitimidade e no interesse do menor. Parental, visto que, destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a*

*legitimidade que fundamenta a autoridade”.*<sup>13</sup>

No Código Civil vigente, o poder família encontra respaldo, sendo comentado do art. 1630 até 1638.

### **Capítulo III – Titularidade do Poder Familiar**

A titularidade do poder familiar atualmente não gera mais dúvida em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o art. 5º, I, e 226, § 5º da CF/88, art. 1631 *caput* e 21 do ECA, demonstram de forma muito precisa que tal obrigação/dever não cabe somente a figura paterna, como no direito romano, mas sim a ambos, tanto a paterna quanto a materna, conforme demonstra os artigos abaixo:

**Art. 5** (CF/88) - (...) **I** – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa Constituição.

**Art. 226** (CF/88) - (...) **§ 5º** - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

**Art. 1631** (NCC) - 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.

**Art. 21** (ECA) - O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, (...). (grifos nosso).

Portanto, o que os artigos mencionados procuram esclarecer é a condição de igualdade do pai e da mãe, aniquilando os últimos resquícios do autoritarismo paternal centrado no direito romano.

Na relação parental todos os filhos menores são considerados sujeito passivo, conforme preceitua o art. 1630 do N.C.C., art. 20 do ECA e 227 da CF/88. Porém, além desse critério, é necessário também que os pais estejam vivos e conhecidos e tenham capacidade para exercerem essa titularidade.

Então, com o advento da Constituição de 1988, a melhor definição, contudo, é a de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA** onde ele entende que

---

<sup>13</sup> Rodrigo Cunha Pereira e Maria Berenice Pereira. “Direito de Família e o Novo Código Civil”, p. 142.

*“complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, (grifo nosso), segundo o artigo, 226, § [5] da Constituição.”<sup>14</sup>*

Caberá aos pais, portanto, no exercício do poder familiar, dedicar-se a dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobreveio não puder exercitar o poder familiar, representa-los até 16 anos nos atos da vida civil e assiti-los após esta idade, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nota-se, assim, ser a guarda um dos elementos do poder familiar, sendo esta a manifestação operativa daquele.

Nesse sentido, é lição de **WALDYR GRISARD FILHO** que dispõe *“que o poder familiar emoldura a guarda, guarda propriamente dita, também chamada guarda jurídica, que encerra as relações parentais de caráter emergente do poder familiar (sustento, criação, educação, representação, proteção, correção, controle, guia moral e intelectual, vigilância, respeito, honra, afeição)”*.<sup>15</sup>

Para finalizar, entendemos, contudo, que a conduta imposta pela lei deve ser levada como a de caráter mínimo, pois para alcançar o total desenvolvimento humano, devem satisfazer os pais outras necessidades dos filhos menores, sendo certo que manter a índole afetiva, é a mais importante delas.

## **Capítulo IV – Aspectos Pessoais do Poder Familiar**

Uma inovação foi a exclusão de toda a seção relativa ao pátrio poder quanto aos bens dos filhos, constantes do Código Civil de 1916, transferindo-a para Título II, destinado ao direito patrimonial no novo diploma, com a denominação “Do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores” (Subtítulo II). Trata-se,

---

<sup>14</sup> “*Instituição de Direito Civil*”, p. 238.

<sup>15</sup> “*Repertório de Doutrina sobre Direito de Família; Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais*”, p. 427.

todavia de matéria relativa ao poder familiar.

Dentro de um conjunto de direitos/obrigações impostos aos pais decorrem essas duas categorias acima mencionadas a serem tuteladas uma relativa á administração dos bens dos filhos menores (patrimonial) e a outra relativa a pessoa dos filhos menores (pessoal e moral) no qual cabe nosso estudo em foco apenas na segunda categoria que se encontra ratificada nos incisos do art. 1634 do Novo Código Civil.

No primeiro inciso do art. 1634 e no art. 229 da CF/88 esta configurada a norma que impõe o dever aos pais de educar e criar seus filhos.

Apesar de parecerem sinônimos a expressão educar tem significados diferentes uma vez que a lei não contém palavras ociosas. A primeira esta relacionada com o dever do pai de proporcionar ao filho a oportunidade de desenvolver suas atividades intelectuais e morais em todos os níveis, enquanto a segunda dá aos pais o encargo de garantir aos filhos o bem estar físico (saúde e condição necessária para a sobrevivência).

O segundo direito/dever imposto aos pais é de ter a guarda e companhia de seus filhos, o qual encontra respaldo no inciso II do art. 1634 do C.C. Compete aos pais tornarem seus filhos úteis a sociedade, a atitude dos pais é indispensável para a formação da criança. Faltando com esses deveres, o genitor submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal). Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar cumpre aos pais fornecer meios para tratamento médico que se fizerem necessários.

O inciso III do art. 1634 do C.C.; refere-se ao consentimento para fins nupcias. Porém tal direito reconhecido não pode ser feito de uma maneira arbitrária, uma vez que o poder familiar não é intangível, podendo assim quando os pais não consentir o matrimônio por uma causa injusta, os filhos poderão suprir este consentimento via judicial, conforme transcreve o artigo 188 do CPC.

O art. 1634, inciso IV, abre a hipótese da nomeação de tutor, a chamada tutela testamentária, que só pode ser feita por testamento ou documento autêntico. Contudo tal nomeação somente surtirá efeito se o outro genitor estiver

falecido ou impedido de exercer o poder familiar. Essa faculdade é de pouca utilização prática, objetivando também o cuidado com a prole.

Outro direito pessoal do poder familiar é o de representação ou assistência (art.1634, inciso V do C.C.) em que para os atos figurem os menores no pólo ativo sejam validados deverão ser representados se forem menores de dezesseis anos (menor impúbere) e assistidos no caso de serem maiores dezesseis anos e menores de dezoito anos (menor púbere).

O penúltimo inciso do art. 1634 do C.C., trata-se nada mais nada menos do que a consagração do inciso II, o qual permite ao guardião interpor a medida de busca e apreensão para recuperar seu filho das mãos de quem ilegalmente os detenha, em outras palavras dispõe que os pais podem reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha.<sup>16</sup> Para valer-se da ação de busca e apreensão do menor, trata-se porém de pais separados , nem sempre a traumática ação de busca e apreensão, com tutela liminar será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda.O caso concreto nos dará a solução, nesse drama nem sempre fácil de ser equacionado.

O último inciso do art. 1634 do C.C.;confere aos pais o direito de exigir obediência e respeito, direito este de uma certa maneira lógico, uma vez que seria impossível exercer o poder familiar se não existisse respeito entre as duas partes, não há contudo, uma subordinação hierárquica, o respeito deve ser recíproco. A desarmonia e a falta de respeito,em casos extremos, podem desaguar na suspensão do poder familiar. Todos os abusos em matéria de menor devem ser severamente combatidos, não e admitido também o castigo imoderado, ocasionando a perda do poder familiar (art. 1638; antigo art. 395, I). Por outro lado, o Código Penal tipifica o crime de maus tratos, previstos no art. 136.

## **Capítulo V – Deveres dos Filhos**

Os filhos, em contra partida, devem aos seus pais obediência, respeito, prestação de serviços próprios de sua idade e condição, além da hipótese de auxilia-

---

<sup>16</sup> “**BUSCA E APREENSÃO.** Poder garantido aos pais naturais.Recurso improvido. Criança levada para a residência dos apelantes, no momento em que a genitora encontrava-se acometida por problemas de saúde. Não havendo razões para obstaculizar a devolução do filho à família legítima, deve-se garantir o poder aos pais naturais” (TJES – Ap. Cível 07930000927, 27/02/96, Rel. Dês. Manoel Alves Rabelo).

los com alimentos.

## **Capítulo VI – Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar**

Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar. A Lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.<sup>17</sup>

A suspensão e destituição do poder familiar constituem uma sanção imposta aos pais pelo juiz por terem ou estarem cometendo alguma infração ao dever do exercício do poder paternal. Não tanto como intuito punitivo, mas para proteger o menor.

A suspensão corresponde à sanção mais branda, enquanto a destituição é uma sanção de maior gravidade, sendo que qualquer uma das sanções depende de sentença judicial.

Os casos de suspensão estão transcritos no art. 1637 *caput*, e parágrafo único do C.C., enquanto o de perda no art. 1638 do C.C.

O poder familiar extingue-se pela morte dos pais ou filhos (não existe mais a figura do titular do direito), pela emancipação, pela maioridade e adoção (regra do instituto). A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. Presume-se a lei que os maiores de dezoito anos e os emancipados não mais precisam de proteção conferida aos incapazes.

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial. Encontra-se enumerado no art. 1635 do Código Civil. Essa extinção por decisão judicial não existia no Código anterior, depende das hipóteses enumeradas no art. 1638 como causas de perda a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração da falta de deveres inerentes ao poder familiar.

---

<sup>17</sup> **Silvio de Salvo Venosa** “Direito Civil VI. Direito de Família”, p. 352.

## PARTE III – TUTELA

### Capítulo I – Noções Gerais e Natureza Jurídica

A medida jurídica da tutela tem sua criação vinda dos tempos da antiga Roma, possuindo um caráter jurídico/familiar, no qual tem como fim suprir a falta de capacidade de menores os quais tenham os pais falecidos, encontram-se ausentes ou estejam destituídos do poder familiar.

Portanto, ao criar este instituto, o legislador teve como meta dar assistência e representatividade ao menor não emancipado e ao seu patrimônio, tendo por finalidade substituir o poder familiar.

O conceito estatutário é de proteção integral à personalidade da criança e do adolescente, pois essa lei tem em mira basicamente o menor desprovido de recursos econômicos e morais. Nos termos do art. 19:

*“Toda criança ou adolescente tem o direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a conveniência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”*

Segundo **SILVIO RODRIGUES**, podemos conceituar tutela como o *“instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou forma suspensos ou destituídos do poder paternal”*.<sup>18</sup>

Para **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, o instituto é definido como um encargo um *“encargo conferido a alguém para que dirija a pessoa e administre os bens do menor que não incide no pátrio poder do pai ou da mãe”*.<sup>19</sup>

**CARLOS ALBERTO GONÇALVES** conceitua que *“tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter*

---

<sup>18</sup> “Direito de Família”, p. 396.

<sup>19</sup> “Instituições de Direito Civil”, p. 264.

*assistencial*".<sup>20</sup>

**SILVIO DE SALVO VENOSA** parte do princípio de que “*para a assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção do menor*”.<sup>21</sup>

## **Capítulo II – Espécies de Tutela**

No atual direito existem três espécies de tutela: a testamentária, legítima e dativa.

A testamentária ocorre quando o pai e a mãe deixam testamento ou documento autenticado, tendo que respeitar os requisitos do art. 1634, inciso IV, do Código Civil, ao qual já foi comentado quando foi tratado os aspectos pessoais do poder familiar.

A legítima acontece na falta da testamentária, incumbindo a nomeação de tutor conforme a ordem consangüínea descrita no art. 1731 do Código Civil: ascendentes e colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos e os mais velhos aos mais moços. Observa-se ter sido acolhida a orientação doutrinária e jurisprudencial de não considerar absoluta a ordem preferencial estabelecida, devendo ser observada se os indicados forem idôneos e capazes.

A tutela do menor abandonado que terá tutor nomeado pelo juiz ou será recolhido a estabelecimento público destinado a esse fim, ficando sob responsabilidade do Estado.

A tutela de fato (ou irregular) dá-se quando uma pessoa passa a zelar pelo menor e seus bens, sem ter sido nomeada, não tendo portanto, validade seus atos, não passando o suposto tutor de mero gestor de negócios.

A tutela *ad hoc*, também chamada de provisória ou especial, ocorre quando uma pessoa é nomeada tutora para a prática de um determinado ato, sem destituição dos pais do poder familiar. Também se denomina tutor *ad hoc* o curador

---

<sup>20</sup> “*Direito de Família*”, p. 160.

<sup>21</sup> “*Direito Civil VI. Direito de Família*”, p. 385.

especial nomeado pelo juiz quando os interesses dos incapazes colidirem com os do tutor.

Há ainda a tutela dos índios, que o art. 4º, § único do Código Civil remete à legislação especial. Tal modalidade de tutela encontra-se atualmente regulamentada pela Lei nº 6001/73 Estatuto do Índio, e é exercida pela União Federal, por meio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). O índio pertencente às comunidades não integradas é incapaz desde o seu nascimento. A tutela dos silvícolas e a do menor em situação irregular são espécies de tutela estatal.

A tutela é dativa quando não há tutor testamentário, nem a possibilidade de nomear-se parente consangüíneo do menor, ou porque não existe nenhum, ou porque os que existem são idôneos, foram excluídos ou se escusaram (art. 1732). É a correspondente a sentença judicial, onde compete ao juiz a escolha do tutor quando não ocorrer a tutela testamentária e legítima. Tem, portanto, caráter subsidiário, nestes casos, o juiz nomeará pessoa estranha à família, idônea e residente no domicílio do menor. Dispõe o art. 1733 do Código Civil que, no caso de irmãos órfãos, dar-se á somente um tutor, pretendendo com isso, facilitar a administração dos patrimônios e manter juntos os irmãos, em razão dos laços de afetividade que os une, mas pode também o juiz dividir a tutela para também melhor atender os interesses dos menores irmãos.

### **Capítulo III – Incapazes de Exercerem a Tutela**

São considerados incapazes de serem nomeados como tutores as pessoas descritas nos incisos do art. 1735 do Código Civil, como por exemplo os inimigos do menor ou os condenados por crime de furto.

Dessa maneira, o art. 1735 tem a função de enumerar as pessoas que não podem administrar os bens de terceiros, seja em virtude de serem pessoas desonestas, o qual seria imprudência confiar a administração ou pelo motivo da relação que tem com o menor.

Portanto, para exercer a tutela é necessário que não se tenha dúvida da idoneidade da pessoa.

## **Capítulo IV – Da Escusa dos Tutores**

A tutela em regra é um múnus público, ao qual não pode existir escusa, igualmente à obrigação de trabalhar em eleição ou de prestar serviço militar.

Porém, como toda regra existe uma exceção, a tutela não poderia ser diferente. Assim, o legislador enumerou no art. 1736 do Código Civil as hipóteses em que poderá existir escusa.

## **Capítulo V – Do Exercício da Tutela**

Com relação ao exercício da tutela, o tutor é considerado com poderes indivisíveis e indelegáveis. Nessa missão, o tutor é incumbido de zelar pela pessoa do menor, seja através da orientação da sua educação, da proteção ou de prestar-lhe alimentos.

Na prática dos atos referentes à tutela, o tutor poderá em alguns deles se eximir de autorização judicial, conforme o art. 1747 do Código Civil. Porém, em outros, será necessário essa autorização do Poder Judiciário, como na ocasião de ter de fazer despesas necessárias com a conservação ou melhoramento dos bens.

## **Capítulo VI – Da Cessação da Tutela**

A tutela cessa em relação ao menor quando ocorrer a morte, emancipação, maioridade, superveniência do poder familiar e serviço militar. Já com relação ao tutor cessará com o término do prazo da tutela, superveniência da escusa ou remição.

## **Capítulo VII – A Tutela e o Poder Familiar**

A tutela é um sucedâneo do poder familiar, na falta dos pais dos menores, é necessário que alguém substitua. A tutela possui, em caráter subsidiário com relação ao poder familiar. Como enfatizado, diversamente do poder familiar, o exercício da tutela é uma conduta fiscalizada e controlada pelo Poder Judiciário, com o concurso do Ministério Público. O âmbito de atuação da tutela é menor do que no poder familiar, a tutela é exercida sob supervisão do Judiciário, como já apontamos, o exercício da tutela pode ser temporário, uma vez que o tutor tem que

servir por dois anos (art. 1765) embora esse período possa ser prorrogado até a maioridade dos menores. Outra sensível diferença, é que, na tutela o tutor não tem usufruto dos bens dos menores, como acontece com os pais. Na tutela, se houver venda dos bens dos menores, terá que haver maiores cautelas, exigindo hasta pública e não a mera autorização judicial, já na forma de emancipação voluntária os pais formalizam –na por escritura pública, enquanto dos tutores exige a sentença judicial.

O zelo e a boa-fé, termos introduzidos no novo dispositivo, são fatores essenciais ao exercício do cargo.

## PARTE IV – CURATELA

### Capítulo I – Conceito e Natureza Jurídica

A curatela foi criada com objetivo de proteger o incapaz maior, passando a alguém a obrigação de defender e administrar os seus bens, uma vez que estes não estão em condição de fazê-lo, em virtude de enfermidade ou deficiência.

O Código Civil vigente, regulamentou o instituto do art. 1767 até 1779.

Segundo **MARIA HELENA DINIZ**, a curatela é definida como “o encargo público, cometido, por lei, à alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental.”<sup>22</sup>

Para **SILVIO RODRIGUES**, é adotado o conceito de **BELÁQUA e LAFAYETTE**, no qual a “curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo.”<sup>23</sup>

Já **CÉSAR FIÚZA** conceitua como “a curatela, propriamente dita, é o encargo conferido a alguém, para gerenciar a vida e patrimônio dos maiores incapazes”<sup>24</sup>

O conceito de **SILVIO DE SALVO VENOSA** diz que “a curatela também como a tutela, é instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de pessoas maiores, incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência.”<sup>25</sup>

Dessa maneira, encontramos com os dois principais pressupostos da curatela a incapacidade e uma decisão judicial prolatada em processo de interdição,

---

<sup>22</sup> “Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família”, p. 435.

<sup>23</sup> “Direito de Família”, p. 408.

<sup>24</sup> “Direito Civil. Curso Completo”, p. 639.

<sup>25</sup> “Direito Civil VI – Direito de Família”, p. 409.

uma vez que a regra geral é que a curatela está destinada aos maiores de idade que por situações patológicas não podem gerenciar seus bens, como por exemplo os loucos de todos os gêneros, os pródigos e... Porém existem situações em que ela é deferida para menores de idade, como na hipótese da curatela do nascituro.

## **Capítulo II – Espécies de Curatela**

Atualmente existem três tipos de curatela: curatela de adultos incapazes, a curatela destacada na disciplina legal do instituto devido as suas particularidades e as curatelas especiais.

A curatela dos adultos pode ser através de processo judicial de Interdição dos psicopatas, toxicômanos, surdos-mudos e dos pródigos, no qual estão regulados no atual Código Civil nos artigos. 1767.

Com relação à segunda espécie, mas precisamente a curatela destacada da disciplina legal do instituto devido as suas particularidades, pode encontrar duas subdivisões: a curatela do nascituro (art. 1779 do CC), ao qual ocorre a hipótese do falecimento do pai com a mãe grávida, e que a mãe não tenha o exercício do poder familiar, e, a curatela dos ausentes, com dispositivo transcrito no art. 22 do Código Civil.

A terceira espécie é conhecida por curatelas especiais ou oficiais, ao qual se nota facilmente a diferença, uma vez que esta visa tão somente a administração do patrimônio e a defesa dos interesses, e, nunca os cuidados com a pessoa. Dentre ela encontramos várias hipóteses com a qual se dá a herança jacente (art. 1819 CC) e a conferida ao réu ou ao revel citado por edital (art. 9, inciso I e II do CPC).

Com relação ao exercício da curatela aplicam-se as regras concernentes a tutela qual não contrariem a sua essência.

Ao iniciarmos o estudo de tutela e curatela, apontamos a origem comum de ambos os institutos, e sua confusão.

A tutela e a curatela são institutos que objetivam suprir incapacidades de fato e de direito de pessoas que não as têm e que necessitam de proteção. E

para agir na vida civil, reclamam a presença de outrem que atue por elas.

Para o entendimento do objeto do presente estudo, se fez necessário e oportuna a definição destes dois institutos e suas diferenças.

## PARTE V - Guarda

A guarda dos filhos menores é um atributo do poder familiar, compete aos pais ter seus filhos menores em sua companhia e guarda. O pátrio poder, denominado hoje poder familiar, gera um complexo de direitos e deveres, sendo a GUARDA um de seus elementos.

### Capítulo I – Princípios

Nos capítulos do Código Civil e da Lei do Divórcio relativo à guarda e proteção à pessoa dos filhos, a regra que inspira o legislador, acolhido reiteradamente pela jurisprudência e proclamado pela doutrina, é uma só: em todos os litígios em que os progenitores contendem sobre o problema de guarda e visitas dos filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, **o interesse dos menores**. Confira-se entre outros julgados, o acórdão do Supremo Tribunal Federal de onde se extrai a seguinte asserção:

*“Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento pode o juiz ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe”.*<sup>26</sup>

A ementa do acórdão do Supremo Tribunal federal acima transcrita, consagra dois entre os três fundamentais princípios que regem a matéria de guarda e visita de filhos menores, de pais em vias de separação, já separados ou mesmo divorciados.

O primeiro deles é o interesse do menor. Esse é o fator preponderante, e todos os juristas do assunto são unânimes em afirmar que é o interesse dos filhos e não o dos pais que deve preponderar. Confira-se o entendimento do ilustre Washington de Barros Monteiro:

*“O critério a orientar o juiz, em semelhante conjuntura, é o*

---

<sup>26</sup> Publicado no D.J.U.; em 20/12/1967, p. 4406.

*interesse ou a conveniência do menor, interesse ou conveniência que há de preponderar inquestionável sobre direitos e prerrogativas a que acaso se arrogem aos pais*".<sup>27</sup>

Também nesse sentido é a lição de **GUILHERME GONÇALVES STRENGER**: *"O interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor, pode dizer-se sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é o princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem, e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fatos que estejam sob análise"*.<sup>28</sup>

O segundo princípio é o de que em matéria de guarda e visita de filhos (como aliás, também em matéria de alimentos), a decisão judicial não faz **coisa julgada**. De sorte que, se circunstâncias outras, supervenientes ou não, aconselhem o estabelecimento de um novo regime, pode o juiz alterar aquilo que fora previamente acordado, ou judicialmente decidido, para estabelecer um sistema mais conveniente.

A terceira diretriz é a de conceder-se a guarda a quem tem melhores condições de exercê-la, e não como regulamentava o Código Civil de 1916, que era concedida esta com mais prioridade à mãe, se não houver nada que a desaconselhe, a guarda dos filhos menores. Isso, porque, em geral, a mulher é mais carinhosa, tem mais tempo e maior habilidade para cuidar das crianças.

Portanto, diante de uma desagregação familiar inevitável, a idade dos filhos passa a ser um dado considerável na escolha de quem deva deter a guarda do menor. Note-se que o papel da mãe, parte de um máximo e diminui lenta e progressivamente até desaparecer por completo quando o filho alcança a idade adulta, principalmente na fase de amamentação. O papel do pai, aumentará ao tempo em que diminui o materno.

---

<sup>27</sup> Washington de Barros Monteiro. "Curso de Direito Civil – Direito de Família", p. 209

<sup>28</sup> "Guarda de Filhos", p. 65.

## **Capítulo II – Comparação da Evolução da Guarda com a Evolução da Sociedade**

Ao longo das décadas, tanto a sociedade como os institutos da guarda vêm passando por inúmeras modificações. Porém, é pertinente ressaltar que a guarda não conseguiu acompanhar o desenvolvimento da sociedade, e, para detectarmos onde se estagnou tal instituto e qual o rumo que deve tomar para lograr novamente os anseios da sociedade, é necessário regredirmos algumas décadas.

Portanto, voltando um pouco na história do Brasil, encontramos mais precisamente na década de 30 e 40 uma sociedade que privilegiava a figura do homem, no qual no deferimento da guarda após a ruptura conjugal sempre tendenciava para esse grupo, já que este era o único que detinha um poder econômico na sociedade, estando assim, o deferimento da guarda sempre ligado ao interesse financeiro.

Esse contexto perdurou até a revolução industrial, aonde mais uma vez ocorreu uma profunda modificação nos valores da sociedade, invertendo certos valores e atribuindo a figura materna o encargo de gerir a vida do menor após o fim da família, porque se passou, a entender que esse grupo era que detinha maiores aptidões para essa tarefa, além de que o homem se encontrava no trabalho praticamente o dia todo.

Até a metade do século XX, os valores da sociedade não reclamavam tanto por uma modificação no deferimento da guarda, visto que poucas mulheres se arriscavam no mercado de trabalho.

Porém, a partir da metade do século XX, começou novamente a surgir uma modificação no quadro social e econômico da sociedade, e, que podemos considerar como o momento em que o instituto da guarda se estagnou, não acompanhando a evolução da sociedade, porque essa época eclodiu com uma grande força o reingresso para uns ou para outros o verdadeiro começo da mulher no mercado de trabalho.

A partir desse momento até os dias atuais a sociedade não parou de evoluir, de modificar seus valores e costumes, passando a figura materna a ganhar

grande destaque na sociedade, conseguindo laborar em todas as áreas, não mais se encontrando como aquela figura frágil ao qual era rotulada.

Atualmente no século XXI, com todas essas mudanças de valores, a figura paterna começou a reassumir gradativamente uma responsabilidade diante do lar, tendo um desejo de se relacionar melhor e mais tempo com seus filhos, almejando urgentemente por uma nova mudança no instituto da guarda, em que tanto a mãe quanto o pai possam se relacionar com o seu filho.

Com essa modificação de valores, surge conseqüentemente um anseio por mudanças, que esta cada vez mais forte na sociedade em virtude principalmente do nítido desequilíbrio que existe nas relações parentais, uma vez que na maioria dos casos de ruptura conjugal é a figura materna que permanece com a guarda dos filhos, contrariando conseqüentemente uma das maiores tendências que vem se manifestando no século XXI, ou seja, o princípio da igualdade.

Apesar de todos percebermos essa balança favorável para a figura materna, é importante lembrarmos que esse modelo de guarda não é o único possível no nosso ordenamento jurídico, mas nossos Tribunais insistem em continuar com a mesma visão retrograda de décadas atrás, deferindo somente o modelo de guarda única, mesmo podendo mudá-lo a qualquer hora e qualquer tempo.

Dessa maneira, entendermos que esse modelo de guarda utilizado nos tribunais não acolhe os anseios da sociedade, uma vez que se encontra ineficaz para a nossa realidade cotidiana, já que a mulher assumiu uma posição no mercado de trabalho e o homem reassumiu seus valores paternos.

Depois dessa análise, SMJ, o rumo mais adequado para que o instituto da guarda possa alcançar o ritmo da sociedade, é que os tribunais antes de deferirem a guarda única possam tentar primeiramente a guarda compartilhada, que será mais a frente estudado.

### **Capítulo III – Definição de Guarda**

A expressão guarda deriva do alemão *wargem*, do inglês *warden* e do

francês *garde*, podendo ser interpretado de uma forma genérica para expressar a vigilância, proteção, segurança, um direito/dever que os pais ou um dos pais estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

A expressão guarda, instituto altamente ligado ao poder familiar, conforme se vê pelos artigos 21 e 22 do ECA e 1634, II, nos remete a uma forte idéia de *posse do menor* em virtude do art. 33, § 1º do ECA.

Apesar de difícil missão de conceituar a expressão guarda, podemos dois conceitos que chegam próximos ao melhor entendimento da expressão.

Segundo definição de **JOSÉ ANTÔNIO DE PAULA NETO**, a guarda trata-se de um “direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”.<sup>29</sup>

Para **WALDYR GRISARD FILHO**, a guarda é definida como “um direito/dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 1634, inciso II, do C.C. e pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas”.<sup>30</sup>

Portanto, a guarda íntegra o conjunto de deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais em relação às pessoas e aos bens dos filhos.

A doutrina ainda faz uma distinção entre a guarda jurídica e a guarda física. A primeira refere-se as relações de caráter pessoal que surgem do poder familiar, como o sustento, educação, respeito e honra, enquanto a segunda, caracteriza-se pela idéia de posse, custódia.

## **Capítulo IV – Modalidade/Espécies de Guarda**

Entendemos que este capítulo é de suma importância para o estudo em tela, uma vez que poderemos enquadrar o tipo de guarda em estudo, fazendo uma breve explanação das demais espécie de guarda.

---

<sup>29</sup> “Do Pátrio Poder”, p. 139

<sup>30</sup> “Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade”, p. 47.

## **2.1 – Guarda de Filhos Naturais**

Poder-se-ia entender por filiação natural a que se opões à filiação fora do casamento, Todavia, acompanhando a grande maioria dos sistemas jurídicos modernos, nota-se que a Constituição Federal de 1988 encerrou qualquer tipo de discriminação a este respeito, não se importando se a filiação é legítima, ilegítima, adulterina ou incestuosa.

Assim, conforme “já reconhecido pelos nossos Tribunais”<sup>31</sup>, verifica-se a inexistência de direito subjetivo de guarda ou posse de filho natural reconhecido, sendo de competência do Magistrado determinar a quem cabe zelar pelo menor, porém na ausência de decisão judicial, a guarda será exercida pela mãe.

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

## **2.2. – A Guarda na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente**

A Lei 8.069/90 prevê que quando não for mais possível a permanência do menor em sua família natural, poderá ser colocado em família substituta.

Vale frisar que as modalidades previstas em lei para que o menor seja colocado em família substituta é a guarda, tutela e a adoção, podendo ser a guarda definitiva, neste caso, como uma fase intermediária entre a tutela e a adoção, transmitindo uma idéia de situação provisória.

Doravante, o entendimento de Basílio de Oliveira, onde “*observa-se, pois, que o Estatuto introduziu em nosso direito positivo, normas disciplinadoras da*

---

<sup>31</sup> Constituição Federal de 1988. “*Revista dos Tribunais*”, 239/202.

*guarda de menores, mediante medidas preventivas, muitas das quais já eram adotadas por recomendação doutrinária e jurisprudencial. E tais medidas se revertem em benefício dos filhos menores, e sobretudo aqueles desamparados, frutos de uniões livres e ainda dos filhos naturais, ditos ilegítimos, muitas vezes em situações irregulares em virtude do desfazimento do lar. Todavia, o Estado Brasileiro ainda se acha impotente para fazer cumprir, na íntegra, o novo Estatuto de Menores”.*<sup>32</sup>

### **2.3. – Guarda Extraconjugual**

Encontra-se prevista no parágrafo 2º do artigo 10 e o artigo 13 da Lei do Divórcio. Trata-se da guarda atribuída a terceiros (que não são pais), ou seja, tal previsão tem por escopo evitar que tais encargos passem para o Estado, mais especialmente no que tange ao interesse do menor, uma vez que inexistindo condições deste ter o aconchego de seus próprios pais no bojo de sua família terá a possibilidade de fazer parte de uma terceira família, a qual poderá ser estranha ou não às suas relações de parentesco.

Assim, o verdadeiro sentido do artigo 13 da lei do Divórcio, a qual repetia o artigo 327 do Código Civil de 1916 por ela revogado, inexistindo dispositivo correspondente ao Código Civil de 2002, somente deve haver modificação da guarda dos filhos quando o meio social em que estiver vivendo o cônjuge, detentor da guarda, não for pertinente para a formação moral e educação dos menores.

Confira, nesse sentido, os seguintes julgados:

**“MENOR** – Guarda – Deferimento a terceiros – Admissibilidade do artigo 13 da Lei Federal nº 6515/77 – Solução que melhor atende aos interesses da criança – Recurso parcialmente provido para este fim. Na guarda do menor prevalece sua vontade, em face da divergência dos pais separados – Ap. Cível nº 203.873 –1 – Des. Rel. (Mattos Faria).”

**“GUARDA** – Infante entregue aos padrinhos – Não há que se conceder a guarda do menor à avó, com quem nunca conviveu, se esse vive com seus padrinhos que lhe dão condições econômicas e

---

<sup>32</sup> Basílio de Oliveira, “Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Filho”, p. 93.

morais para sua formação. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Apelação nº 16.152 – Des. Rel. Wilson Antunes)”.

“**GUARDA** – Se as menores estão tendo boa orientação e formação em companhia de sua avó, não se deve alterar tal situação. Assim, atribuir a guarda das mesmas ao pai, com quem nunca conviveram, seria romper a normalidade e naturalidade da vida das crianças. (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação nº 27.552 – 1 – Rel. Des. Arthur de Godoy).”

Entretanto, é oportuno consignar que para a guarda ser fixada em favor de terceiros, deverá existir o seu consentimento expresso, caso tratando-se de terceiro, ou que viva em união estável, é necessário que haja o consentimento da esposa ou companheira, pois a responsabilidade nesses casos deve ser compartilhada, conforme vem se manifestando nossos Tribunais.

## **2.4 – Guarda Judicial**

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

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

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

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

Assim, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo de uma forma indireta, através dessa fixação de visitas, onde poderá constatar (fiscalizar) se o guardião vem corretamente prestando assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente.

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

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

A **guarda dividida** encontra-se como um terceiro modelo de guarda, apresentando-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que

propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

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

O último tipo de modelo de guarda, mas não o menos importante é a **GUARDA COMPARTILHADA**, modelo este que será objeto de nosso estudo

Tal guarda, esta sim objeto de nosso estudo, tem como fundamento o artigo 13 da Lei do Divórcio, que como anteriormente dito, possibilitou ao magistrado regulamentação da guarda diversa daquela imposta em lei.

Por se tornar, nos últimos anos, uma tendência nos tribunais de todo o país, e por, com certeza, ser uma inovação dentro do Direito Brasileiro, mais especificamente dentro do Direito de Família, concede-se a este tipo de guarda parte especial deste trabalho, na qual será exposto sob todos os primas, a importância e relevância deste novo regime.

## **Capítulo V – Critérios para Determinação da Guarda**

Como já foi observado, enquanto não houver ruptura conjugal a guarda será exercida por ambos os cônjuges de forma igualitária, através da guarda comum. Porém, a partir do momento que houver a ruptura da família, seja ela qualquer uma das formas de desfazimento conjugal, começará a ocorrer uma “disputa” pela guarda do menor.

Portanto, a partir do término da relação conjugal, os cônjuges terão de resolver qual o melhor modelo de guarda para o filho.

A primeira opção e a menos danosa para o menor, é quando os cônjuges optam por uma decisão consensual, onde eles decidem por meio de um acordo o modelo de guarda que será adotado, seja ela guarda única, compartilhada,

alternada, dividida ou nidação, mas desde que tal decisão esteja de acordo com o interesse do menor.

A segunda e mais prejudicial para o menor é quando uns dos cônjuges/parceiros não entram num acordo e acabam resultando em um penoso processo judicial, aonde caberá ao magistrado decidir qual a melhor forma de guarda a ser adotada.

Tanto na primeira quanto na segunda, a opção do magistrado ao prolatar sua sentença deverá observar certos requisitos para concessão, sendo os mais importantes a idade, o vínculo de irmãos caso existam, a opinião do menor, comportamento dos pais e o interesse do menor.

A idade do menor é um requisito importante a ser observado, visto que enquanto o menor estiver na idade tenra, ou seja, idade que varia do nascimento até aproximadamente 24 meses, já esta confirmado psicologicamente e ratificado através de inúmeras jurisprudências que o melhor para o menor é ficar com a figura materna, em virtude que este depende da mãe de forma absoluta, seja por causa da própria sobrevivência ou por ter maior vínculo com a mãe, como é observado na decisão do Tribunal *in verbis*:

**MENOR** – Guarda – “Criança de tenra idade – Separação Judicial dos pais – Menor há muito tempo sob guarda do pai – Inexistência de indícios de que tal situação não mais convém à criança – Manutenção do status quo a serviço da proteção psicológica de menino, até a solução das pendências judiciais de seus pais – decisão mantida – Recurso não provido – Em se tratando de guarda de menores, há que se encaminhar os julgamentos basicamente nos sentido de garantir-lhes, tanto quanto possível, tranquilidade e bem estar, devendo prevalecer seus interesses sobre os dos seus pais”. (Rel. Dês. Marco César – Agravo de Instrumento nº 201. 724 – 1 São Paulo)<sup>33</sup>

Porém, a guarda ficar com a genitora, não implica no afastamento do genitor, sendo essencial que desde cedo ele tenha o máximo de contato com seu filho.

---

<sup>33</sup> **APASE** – “Associação de Pais e Mães Separados. Guarda de Menores”, TJ-SP. Disponível em <http://www.apasesp.com.br/jurisprudência>. Acesso em 20/09/2003.

Outro ponto a se destacar é se existem irmãos no litígio, porque não é considerado aconselhável separar irmãos, já que diminui o vínculo de amizade e companheirismo que existe entre eles, tendo o objetivo de pelo menos manter junto o pouco que resta da família.

Muito se tem dúvida, se o menor deve ou não ser ouvido na “disputa” da guarda, uma vez que a legislação se omitiu a respeito.

Porém, nos tribunais tais dúvidas já não existem, uma vez que já se tornou freqüente o magistrado ouvir a manifestação do menor, evitando assim que ocorram sentenças que fujam a realidade.

Não existe regra expressa claramente a partir de qual idade será ouvido o menor, e como esta manifestação contará na decisão do magistrado, visto que os pais podem seduzi-los. O que normalmente ocorre é que a partir dos doze anos o menor é juridicamente considerado adolescente, conforme art. 2º da Lei 8.069/90, e se for constatado que esse já possui certa maturidade, o juiz certamente levará em conta a sua vontade ao prolatar a sentença.

Antes de decidir quem exercerá a guarda do menor, o magistrado também deverá observar a conduta dos pais, sendo levado em consideração tanto as condições morais, como, idoneidade, ambiente familiar, social, como as condições materiais, ou seja, a sua profissão, renda, habilitação, ...

Dessa forma, quando se ficar comprovado condutas ilegais e imorais dos pais, estes deverão ter suas relações diminuídas ao máximo com o menor.

Contudo, a principal regra, é a que se sobrepõe sobre qualquer outra no deferimento da guarda, **é o interesse do menor**, regra essa que vem transcrita no art. 13 da Lei 6.515/78.

Assim, o interesse é sempre analisado na forma que cada caso é um caso, devendo o magistrado toda vez fazer uma avaliação criteriosa dos interesses individuais e concretos que existem no caso sub examine.

Apesar da existência dessa regra geral, a expressão interesse do menor não poder ser conceituada, uma vez que se trata de um critério subjetivo do

juiz. Porém, essa abrangência na nomenclatura atualmente já esta praticamente suprida, visto que o magistrado ao focar essa regra na decisão da guarda, deverá obedecer a certos requisitos que já estão ratificados na doutrina, como o “desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social”,<sup>34</sup> bem como na jurisprudência:

**GUARDA** – Menor – Atribuição a mãe, declarada responsável pela separação – Admissibilidade – Observância da regra geral, que condiciona a guarda aos interesses morais e materiais do filho – Improvimento do recurso – Interpretação dos arts. 10, 12 e 13 da Lei 6.515/78. **A regra geral de definição da guarda de menor é da preservação dos seus interesses morais e materiais**, de modo que, se é o que lhes convém, pode ser atribuída ao cônjuge responsável pela separação. (TJ-SP , AC 61.708-4. São Paulo. Rel. Des. (Cezar Peluzo) (grifo nosso).<sup>35</sup>

## Capítulo VI – Fixação e Alteração

A grande discussão sobre o regime da guarda, se dá no âmbito dos casamentos desfeitos, onde não há mais um único lar onde possam ficar os filhos menores, uma vez que enquanto casados, “a regra mestra sobre guarda dos filhos ainda é a do Código Civil, segundo a qual compete aos pais ter os filhos menores, em sua companhia, guarda, bem como reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (CC. Artigos, 1630 e 1634, incisos, II e IV)”.<sup>36</sup>

Quando do desfazimento dos casamentos, a regra prioritária no Brasil advém do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962), aliás, como já dito anteriormente, que deu nova redação ao art. 326 do antigo Código Civil de 1916, substituído pela Lei nº 6.515/77, que também considera mais conveniente para os filhos ficarem na companhia da mãe, a menos que o juiz verifique que tal solução pode representar ameaça para os menores. Diz o art. 10, parágrafo 1º, da citada Lei:

**Parágrafo 1º** . “Se pela separação forem responsáveis ambos os

---

<sup>34</sup> Eduardo de Oliveira Leite, “*Família Monoparentais*”, p. 1997.

<sup>35</sup> Lair da Silva Loreiro Filho, Cláudia Regina Magalhães, “*Direito de Família – A Lei nos Tribunais*”; p. 35.

<sup>36</sup> Basílio de Oliveira, “*Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Filho*”, p. 85.

*cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo moral para eles”.*

Como se vê, o legislador brasileiro, prefere de maneira inescusável que a guarda dos filhos menores, se nada houver que o desaconselhe, seja deferida a mãe. Em rigor a mãe só deve ser privada da guarda dos filhos menores se militar contra ele grave acusação. Se for viciada em drogas, promíscua..., enfim, em hipótese em que o convívio com os filhos possa representar ameaça à formação moral deles.

Essa é a lição de **BASÍLIO DE OLIVEIRA**, em sua obra, a seguir transcrita: *“Em nosso ofício diuturno na Curadoria de Família, defrontávamos freqüentemente com processos de destituição da guarda em que o genitor luta para conquistar a posse do filho havido de união livre, demonstrando a inconveniência da manutenção do filho em poder da mãe, alegando os mais variados motivos, tais como: vida irregular e devassa, maus exemplos, despreparo, falta de autoridade moral, comportamento incompatível com o exercício do múnus, falta de assistência moral, intelectual, maus-tratos, conduta desregrada, troca constante de amantes, nova união com homem suspeito e aproveitador, acarretando prejuízo na boa formação moral, emocional e psíquica da criança”*.<sup>37</sup>

Observa-se, portanto, que o princípio norteador vislumbrado pelo legislador é sim o interesse do menor, que quando ameaçado, leva a alteração da guarda.

Para finalizar o presente capítulo, expõe-se as causas ou motivos graves supervenientes que ensejam a alteração da guarda: relações amorosas de devassidão e libertinagem por parte daquele que detêm a guarda, alcoolismo, má conduta do detentor da guarda, maus tratos (perversidade), reiteradas violações do acordo relativo ao direito de visitas daquele desprovido da guarda, desequilíbrio emocional do guardião, situação de fato consolidada, estado de pobreza. Frise-se, entretanto, que neste último caso, não é a pobreza ou a falta de condição econômica do detentor da guarda que poderá ensejar perda do direito de ter consigo o menor. Cabe-lhe, isto sim, dar ao menor “educação compatível com sua condição.”

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 90.

## Capítulo VII – A Guarda no Direito Estrangeiro

O Direito Brasileiro, no que se refere ao estudo da guarda, assemelha-se bastante ao Direito Argentino, o qual traz as maiores inovações no direito atual quanto ao tema aqui estudado.

A lição que se extrai do direito argentino é de que a guarda integrada ao poder família surge através de um direito – dever natural ou originário dos pais, os quais consiste na convivência com os filhos, bem como as demais funções que cabem aos genitores as quais podemos citar: educação, assistência, vigilância, correção e representação.

Em caso de dissolução da sociedade conjugal determina o direito argentino que *“cabera ao juiz determinar a guarda do menor a um dos genitores, exceto em casos de menores abandonados ou em perigo, em que atua como Poder do Estado, outorgando a guarda dos mesmos”*.<sup>38</sup>

Como requisito para concessão da guarda no direito argentino, igualmente no direito brasileiro, o interesse do menor é requisito básico, uma vez que levar-se-á em consideração o benefício para o menor, em segundo plano, deverá ser analisada a idoneidade do detentor da guarda, bem como o ambiente em que irá se encontrar o menor.

Todavia, todos os demais requisitos subordinam-se ao requisito primordial que é o interesse do menor, sendo tutelado por todos os sistemas legais do mundo moderno.

No tocante a guarda fixada em favor de terceiros, verifica-se que a previsão do artigo 10, § 2º da Lei do Divórcio encontra respaldo no sistema francês, argentino, italiano, entre outros.

Por derradeiro, importante ressaltar que no direito argentino há também uma verificação da outorga da guarda do menor a terceiros estranhos aos genitores. Verificação esta, que é feita por intermédio de médicos, psicólogos, assistentes sociais, dentre outros cooperadores do Judiciário. Encontra-se, ainda, no direito

---

argentino, a preocupação de outorgar a guarda do menor, em primeiro plano, ao parentesco consanguíneo, mantendo desta forma o menor dentro do grupo familiar preexistente, todavia observar-se-á antes de tudo o interesse do menor, uma vez que este bem deve ser resguardado.<sup>39</sup>

Note-se, portanto, que o direito brasileiro se coaduna com o direito estrangeiro, especialmente com o direito francês, argentino e italiano, no que tange a definição do instituto da guarda, a importância do interesse do menor para a fixação da mesma e, por fim, a previsão legal da guarda fixada em favor de pessoas estranhas aos pais.

## **PARTE VI - GUARDA COMPARTILHADA**

### **Capítulo I – Rápida Introdução ao Tema**

A Constituição Federal de 1988, ao igualar o homem a mulher, e também ao igualar os direitos e deveres do marido e da mulher. Atualizou a tendência mundial da igualdade entre os sexos.

Decorrente da crise mundial, que afeta os países globalizados, e que cada vez mais gera o desemprego, vê-se obrigada a mulher buscar espaço no mercado de trabalho, para que com isso possa contribuir com os gastos familiares e até para criar sua independência econômica com relação ao marido.

Toda situação faz com que a mãe esteja cada vez menos dentro de casa, acompanhando de perto a formação de seus filhos, deixando de ser a “dama do lar”, mas não deixando de estar obrigada ao acompanhamento constante do crescimento, educação, formação moral e física de sua prole.

Contudo, apesar de toda a igualdade alcançada, é corriqueiro ainda o fato de estar a mulher vinculada intimamente com a criação de seus filhos, sendo certo que quando do desfazimento dos lares, acaba-se por atribuir a mulher a guarda dos filhos menores, responsabilizando-a por todo o desenvolvimento destes.

---

Ao pai, no entanto, resta a responsabilidade do pagamento de uma pensão e ao compromisso, na maioria das vezes, de visitas em finais de semana, deixando estes, quase sempre, de participar ativamente da vida dos filhos.

Ocorre, porém, que a vida moderna impõe à mulher seu sustento, e mais, impõe-lhe ainda o dever de contribuir com o sustento, e mais, impõe-lhe ainda o dever de contribuir com o sustento de sua prole, sendo certo que a realidade não se dá mais com a mãe à mercê dos filhos.

Assim, a mulher à qual cabe a guarda dos filhos, vê-se obrigada a trabalhar cada vez mais, restando-lhe apenas os finais de semana para descanso, sendo este normalmente usado para administrar seus lares, de forma a estar obrigada a passar, lavar, costurar, cozinhar neste período.

Nada mais justo então do que a contribuição efetiva de ambos os pais na vida dos filhos, sendo certo que a convivência e participação em todos os momentos é a melhor forma de adaptação do mundo moderno.

## **Capítulo II – Origem**

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, tendo se expandido para Europa e depois para o Canadá e os EUA.

Na Inglaterra, pioneira na introdução do instituto, o sistema da common law teve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única que sempre tendenciava para a figura materna, passando assim os tribunais a adotarem a conhecida *split order*, que significa repartir, dividir, os deveres e obrigações de ambos os cônjuges sobre seu filho.

Dessa maneira, as decisões dos Tribunais ingleses passaram a beneficiar sempre o interesse do menor e a igualdade parental, abolindo definitivamente a expressão direito de visita, possibilitando assim, maior contato entre pai/mãe e filho.

Tal instituto aos poucos foi ganhando repercussão na Europa, e aproximadamente no ano de 1976 foi profundamente assimilada pelo direito francês, com a mesma intenção da guarda compartilhada criada no direito inglês, ou seja,

dirimir as malecias que a guarda única provoca para os cônjuges e seus filhos.

Assim, o ordenamento jurídico francês, após a introdução da Lei 87.570, ratificou o posicionamento dos tribunais, passando no seu artigo 373 inciso II, a mencionar que todos os direitos inerentes dos pais sobre os seus filhos irão continuar após o divórcio.

***Art. 372 inciso II** – Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum acordo pelos genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança. Salvo neste último caso, o direito de visita e do controle do outro.*

Podemos afirmar conseqüentemente que o direito francês adotou o modelo da guarda compartilhada apenas jurídica, em que um dos cônjuges fica com a guarda física e o outro tem o direito de visita.

Depois de ganhar respaldo na Europa, o instituto atravessou o Oceano Atlântico até chegar ao Canadá, onde figura com a nomenclatura de *sole custody*, tendo a mesma visão do direito francês, ou seja, o exercício da guarda compartilhada somente jurídica.

Porém, aonde o instituto ganhou maior desenvolvimento sem dúvida foi nos EUA, ganhando grande parte adesão por parte da sua população, como por exemplo no Estado do Colorado em que aproximadamente 90% das guardas é feito pelo modelo de guarda compartilhada.

Mas, a indagação a ser feita é: porque a guarda compartilhada é tão aceita assim nesse país?

A resposta é simples. Nos EUA não existe uma regra para definir qual modelo de guarda que deve ser adotado, contudo o casal é submetido a um estudo, uma espécie de órgão mediador, para se verificar o que é melhor para criança, aonde se tem o entendimento que o genitor que incentiva a convivência do filho com o outro genitor está de acordo com o melhor interesse da criança e, aquele que não incentiva essa convivência não é apto para exercer a guarda. Portanto, aí esta o motivo para o grande número de deferimento das guarda compartilhada, uma vez

que os ex-cônjuges com receio de perderem a guarda permitem harmoniosamente que seu filho tenha contado com ambos.

Nos EUA, a guarda compartilhada é conhecida como *joint custody* ou *shared parenting*, em que esta se subdivide em guarda compartilhada jurídica (*joint legal custody*) e em guarda compartilhada física (*joint physical custody*).

Primeiramente, os tribunais norte-americanos somente adotaram a *joint legal custody*. Porém, aos poucos se percebeu que esse sistema não satisfaz totalmente os cônjuges que não detinham a guarda material, visto que eles não tinham com frequência seus filhos passando dias em seu domicílio. Foi a partir desse momento que se passou também a ser adotado a *joint physical custody*, com intuito de suprir essa carência.

Dessa maneira, a guarda compartilhada nos EUA, caminha a passos largos, inclusive já com decisões dos tribunais em relação a *joint physical custody*.

### **Capítulo III – Conceito de Guarda Compartilhada**

A guarda compartilhada surgiu com a árdua tarefa de reequilibrar os papéis parentais, uma vez que a sociedade encontra-se insatisfeita com o modo como esta sendo deferido a guarda nos tribunais.

Para tentar acabar com essa desigualdade que se impera em nossos tribunais, vários doutrinadores começaram a reivindicar que na disputa da guarda de menores o magistrado primeiro tentasse expor para os pais a possibilidade do modelo da guarda compartilhada e os benefícios que traria para o menor, e, só depois dessa tentativa se não obtivesse êxito é que partiria para o modelo da guarda única.

Mas o que seria essa guarda compartilhada? Qual é o seu conceito?

Para o Desembargador **SÉRGIO GISCHKOW**, a guarda compartilhada é a “*situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor,*

*peessoas residentes em locais separados*".<sup>40</sup>

A desembargadora **MARIA RAIMUNDA TEXEIRA DE AZEVEDO**, em seu artigo publicado, define a guarda compartilhada como *"A possibilidade de que os filhos de pais separados, continuem assistidos por ambos os pais, após a separação, devendo ter efetiva e equivalente autoridade legal, para tomarem decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos, e freqüentemente, ter uma paridade maior no cuidado a eles"*.<sup>41</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, **VICENTE BARRETO**, define o instituto como sendo *"a possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais"*.<sup>42</sup>

Esses três conceitos expostos acima, seguem a tendência que a guarda compartilhada tem a finalidade de que ambos os pais dividam a responsabilidade e as principais decisões relativas aos filhos, como educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer (...), ou seja, defendem a guarda compartilhada jurídica.

Para esse grupo é primordial que o menor detenha uma residência fixa, seja ela na casa do pai, da mãe ou de terceiro, ficando apenas compartilhado as responsabilidades e decisões, mas devendo os *"filhos passarem um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tal período de deslocamento. Mesmo assim, a residência continua sendo única"*.<sup>43</sup>

Porém, entendemos que essa liberdade de deslocamento de lares sem pré-determinação só terá efeito em ex-casais que tenham um relacionamento. Em ex-casais que não tenham um bom relacionamento ficaria muito difícil.

Contudo, é importante lembrarmos que a principal perda do genitor não guardião é com relação à guarda física e não jurídica, uma vez que no nosso ordenamento jurídico o não guardião não perde a guarda jurídica, já que não deixa de ser pai ou mãe, mas o que ele perde é a sua imediatidade, ou seja, uma decisão

---

<sup>40</sup> Waldyr Grisard Filho, *"Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade"* p. 111.

<sup>41</sup> *"A Guarda Compartilhada"*. Evento Realizado no dia 25/04/2001, no Clube dos Advogados/RJ.

<sup>42</sup> *"A Nova Família: Problemas e Perspectivas"*, p. 135.

<sup>43</sup> Waldyr Grisard Filho, *"Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade"*, p. 147.

tomada pelo guardião só poderá ser modificada pelo não guardião, apenas através do Poder Judiciário.

Portanto, a principal reivindicação dessa corrente é que a guarda jurídica seja de ambos, sem existir a figura fiscalização ou da imediatidade.

Essa questão de imediatidade e do poder de fiscalização sempre gerou muita dúvida para o não guardião que se achava impedido de questionar qualquer atitude praticada pelo guardião, uma vez que entendiam que seu único direito era o de pagar pensão e de visita.

*Art. 1632 – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.*

Portanto, fica claro que o legislador quis demonstrar que num rompimento conjugal o não guardião continuará a exercer na totalidade todos os direitos inerentes a guarda jurídica, devendo acompanhar a criança ou adolescente no seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, através do seu poder de fiscalização, como é demonstrado no art. 1589 do Novo Código Civil.

*Art. 1589 – 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.*

Portanto, a reivindicação desse grupo ainda é válida, mas somente essa mudança “*não garante uma convivência estreita entre a criança e os genitores*”.<sup>44</sup>

A prova disso encontramos por exemplo é no ordenamento jurídico português, em que o magistrado ao decidir uma guarda concedida ao não detentor apenas o direito de visita.

Essa questão da guarda compartilhada, não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização que são

próprias do poder familiar, devendo participar das questões que envolvem educação,apoio, afeto e carinho, e quanto ao regime de visitas o magistrado deve fixar períodos mais ou menos longos, sem que atrapalhem as atividades escolares, inclusive no tocante as férias escolares.

O instituto da guarda compartilhada, ainda não atingiu sua plena evolução, por vezes o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor este tipo de guarda. *“Há os que defendem plenamente esta possível divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda, neste aspecto, há pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação”*.<sup>45</sup> Nada se opõe a nossa legislação, impedimento qualquer para o juiz deferir a guarda para ambos os cônjuges, desde que exista acordo entre eles, o difícil é justamente chegar a um acordo entre eles, principalmente no calor de uma separação, mas a guarda pode ser alterada no futuro quando os espíritos estiverem mais pacificados.

**EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE** que entende *“que a guarda compartilhada mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”*.<sup>46</sup>

**WALDYR GRISARD FILHO** conceitua a guarda compartilhada como *“a custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual pais divorciados partilham a educação dos filhos em lugares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões”*.<sup>47</sup>

Porém, o modelo da guarda compartilhada ainda não completou seu ciclo de evolução, e, conseqüentemente existe uma outra corrente que defende que o instituto deve ir além de deferir a guarda jurídica para ambos, mas também deve

---

<sup>44</sup> Sandra Vilela, *“Guarda Compartilhada: Jurídica X Física”*. Disponível em :<<http://www.pailegal.net.Br> – Grupo Pai Legal. Acesso em 10/08/03

<sup>45</sup> Silvio De Salvo Venosa, *“Direito Civil VI – Direito de Família”*, p. 234

<sup>46</sup> *“Famílias Monoparentais”*, p. 261

<sup>47</sup> *“Guarda Compartilhada, uma Nova Espécie de Responsabilidade”*, p.112.

ser feito um acordo em relação a guarda física, ou seja, deve ser pactuado que o menor tenha dois lares, tenha dois domicílios.

Defendendo essa segunda corrente, encontramos o Dr. **PEDRO AUGUSTO LEMOS CARCERERI**, que em artigo publicado define a guarda compartilhada como uma *“situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse”*.<sup>48</sup>

Para nós essa segunda corrente parece mais justa, uma vez que coloca os envolvidos na separação em grau de igualdade, já que entendemos que o deferimento da guarda compartilhada com o menor possuindo apenas um lar (domicílio fixo), continuará a existir uma falta de contato entre o pai ou a mãe que não esta freqüentemente com seu filho, uma vez que já esta comprovado que a visita não é a mesma coisa que ter seu filho em sua companhia.

Destarte esclarecer, que essa “alternância de lares” (guarda compartilhada), não é a mesma da guarda alternada, uma vez que nesta, primeiro a criança possui dois lares em **períodos normalmente longos**, quebrando assim a continuidade das relações, enquanto naquela são períodos curtos, segundo, porque nesta não existe um critério que determine que os pais devem ter seus domicílios próximos, enquanto naquele existe esse critério, e por último, que na alternância de lares, a guarda jurídica da primeira também se altera, enquanto na segunda não existe alternância, a guarda jurídica sempre é de ambos.

Assim não encontramos obste para que a guarda compartilhada tenha dois lares, devendo apenas obedecer quatro critérios: que os pais tenham domicílios próximos, ambos queiram a guarda do menor, que os arranjos da alternância de lares não sejam em períodos longos e que os pais possuam os mesmos valores.

Portanto, podemos chegar a conclusão que o melhor conceito para a guarda compartilhada é : uma situação jurídica onde ambos os pais, após uma separação judicial, um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física tendo como obrigação domiciliarem próximos, possuírem mesmos valores e determinarem

que o arranjo de alternância de lares não seja longo, para não quebrarem a continuidade das relações parentais.

Neste sentido foi à alteração feita no Código Civil Francês,

## **Capítulo IV – A Necessidade Psicológica**

A presença efetiva do pai e da mãe na vida dos filhos para a formação é de suma importância, para que venham a se constituir em um indivíduo de identidade própria.

Desde recém nascidos, os filhos necessitam tanto da figura materna quanto paterna, sendo certo que em alguns momentos de suas vidas faz-se necessário mais uma do que outra, persistindo, contudo, *“sempre simultaneamente o vínculo básico de uma criança com ambos os pais, formando uma tríade. Tanto o pai quanto a mãe exercem, entretanto, funções específicas junto ao filho, com atuações caracteristicamente distintas”*.<sup>49</sup>

Desta forma temos que, para a boa formação psíquica, física, cultural, educacional, sexual... da criança, faz-se necessária e indispensável a presença contínua de ambos os pais, não podendo apenas um deles cumprir esta tarefa.

Assim, relata **MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA** e **ELIANE MICHELLI MARRACCINI** em artigo publicado na revista dos tribunais que *“a proximidade de ambos os genitores, ou quem cumpra esta função, é indispensável no decorrer do desenvolvimento até que a criança atinja a fase adulta. Para ser um pai ou uma mãe adequados, sendo ou não guardiães da criança é essencial ter tempo e disponibilidade para estar em contato com a criança, percebendo com sensibilidade seu desenvolvimento e suas mudanças, possuindo flexibilidade suficiente para adaptar-se de forma constante e dinâmica às necessidades de cada momento da relação”*.<sup>50</sup>

Deve-se se salientar que quando da existência da presença de ambos os pais na mesma casa, mais fácil se torna a criação da prole quando atingidos

---

<sup>48</sup> “Aspectos Destacados da Guarda de Filhos no Brasil” Curso dado em São Paulo em 20/07/2002.

<sup>49</sup> Maria Antonietta Pisano Motta e Eliane Michelli Marraccini. “Guarda dos Filhos: Algumas Diretrizes Psicanalíticas”, p. 348

pelos adultos os requisitos acima relatados.

Difícil, porém, é a contribuindo dos genitores quando do desfazimento de suas relações na formação dos filhos.

Não há como confundir contudo o fim do relacionamento conjugal com fim do relacionamento parental, visto que *“tornar-se ex-marido ou ex-mulher é possível, mas não é possível tornar-se ex-pai ou ex-mãe”*.<sup>51</sup>

Assim, deve-se encontrar a melhor solução possível da convivência dos pais com os filhos após finda a sociedade conjugal, como única forma de preservar as ligações afetivas estabelecidas anteriormente, cabendo aos pais a formação de indivíduos responsáveis, atribuindo a seus filhos a capacidade de contribuição para um ambiente mundial mais saudável e permanente.

## **Capítulo V – Terminologia**

O termo guarda compartilhada, como já disse anteriormente, tem origem inglesa *joint custody*, que se refere a possibilidade dos filhos separados serem assistidos por ambos os pais.

É certo que o termo em si se vê incorreto quando da análise sob o prisma do direito civil, vez que para este a guarda é indissociável da presença da criança. Assim, impossível sobre este ângulo, o uso da expressão guarda compartilhada.

Porém, o que se pretende com tal denominação é visualizar a presença de ambos os pais na formação dos filhos, concedendo-se a guarda para mais de uma pessoa, podendo ser elas ambos os genitores, que terão o dever de participar ativamente da formação do menor.

Deve-se salientar que a guarda compartilhada tem como condão a atribuição de obrigações igualitárias para ambos os pais, e não, como de princípio imaginava, a divisão de residência do filho, entre a casa do pai ou da mãe.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> **Edoardo Giusti**, *“A Arte de Separar-se”*, apud Caetano Lagrasta Neto. *“Constituição Federal – 10 anos, Guarda Conjunta”*, p. 92.

Assim, a guarda compartilhada “*deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que a criança tem uma residência principal (na casa do pai ou da mãe) – única e não alternada – próxima de seu colégio, aos vizinhos, aos amigos, clube, pracinha, que define ambos os genitores, do ponto de vista legal, como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos*”.<sup>52</sup>

Neste sentido, certa a conclusão de **EDUARDO OLIVEIRA LEITE**, ao constatar que “*a guarda conjunta atribuí aos pais a guarda ljurídica*”.<sup>53</sup>

A concessão da guarda compartilhada dá aos pais o dever de compartilhar os momentos importantes na vida de seus filhos, tirando como anteriormente se dava, a atribuição apenas da mãe na vida cotidiana da criança.

---

<sup>52</sup> Waldyr Grisard Filho, in “*Repertório de Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais*”, p. 443.

<sup>53</sup> “*Famílias Monoparentais*”, in Constituição Federal, 10 anos, Editora Juarez de Oliveira, 1ª Edição, p. 93.

## Capítulo VI – Possibilidade de Deferimento da Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro para que uma ação possa ser decidida no seu mérito, é necessário que o autor preencha três requisitos, sob pena de ser carecedor da ação: legitimidade *ad causum*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Apesar de inexistir norma expressa regulamentando o instituto da guarda compartilhada, também não existe nenhuma norma que o impossibilite de ser pleiteado em nossos tribunais. Portanto, não ser exercido não quer dizer que não exista possibilidade jurídica para pedido.

Partindo desse entendimento, ao pesquisarmos as possíveis leis que regulam o direito de família encontramos os respectivos artigos em que implicitamente possibilitam o deferimento da guarda compartilhada.

O primeiro artigo em que a guarda compartilhada encontra respaldo é o art, 9 da Lei 6.515/77, a conhecida Lei do Divórcio, ao qual no Novo Código Civil trouxe em seu artigo 1.583 praticamente a mesma redação, como se percebe a seguir:

*Art. 9º - No caso de dissolução de sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observa-se -á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (grifos nosso).*

*Art. 1583 – No caso de dissolução de sociedade ou do vínculo conjugal pela separação por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. (grifos nosso).*

Dessa maneira, os artigos transcritos acima são bem claros ao expor: “**observa-se á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos**”, não restando nenhuma dúvida que se tratando de uma separação judicial consensual, um divórcio consensual ou uma dissolução de união estável consensual, o magistrado deverá sempre obedecer ao que os cônjuges decidirem, porém, é importante mencionarmos que esse acordo referente a guarda dos filhos deverá

sempre estar em consonância com o interesse do menor, sob pena de não ser ratificado pelo magistrado.

Portanto, essa é a primeira regra que possibilite aos cônjuges/parceiros optarem pela guarda compartilhada.

Destarte, que se tratando de uma separação judicial consensual, um divórcio consensual ou uma dissolução de união estável consensual, tem-se o entendimento de que não haverá problema em relação ao valor da pensão alimentícia, da partilha de bens e da guarda do menor, sendo este último que nos interessa em nosso trabalho.

Analisando esse artigo, o casal pode optar por dois modelos de guarda: única e guarda compartilhada, já que a guarda alternada, dividida e nidação não são bem vistas pelos magistrados. Caso seja a primeira opção do casal, torna-se necessário fazer algumas colocações.

Entendemos que na prática ocorrem duas espécies de guarda única.

A primeira é aquela em que temos um casal que consensualmente não quer mais manter o vínculo conjugal, mas um deles não tem um apego com o filho e não se importa de ser nomeado não guardião, ficando apenas com o direito de visita com os finais de semanas alternados, mesmo que o guardião lhe de visita livre, o que caracteriza a verdadeira guarda única.

O segundo tipo é aquele que o casal que também quer se separar, mas existe um afeto muito grande de ambos os pais com seu filho, mas um deles concorda em colocar-se na figura de não guardião, já que o guardião irá lhe conceder direito de visita livre, podendo até a criança ficar alguns dias ou mais com ele, mantendo assim um relacionamento bom com ambos.

Podemos citar como exemplo dessa situação, a relação entre a decoradora paulista **LUCIANA TORRES SCAVASSA** e o microempresário **TIAGO CARRERA**, que em entrevista à revista ISTO É relatam a forma como se relacionam com seus filhos:

O casal criou uma forma diferente de contentar a todos. Fábio, 17 anos

(filho do primeiro casamento de Luciana), Juliana, 13 anos, Fernando, 11 anos, e Leonardo, 6 anos, passam uma semana na casa de cada um. Foi o mais racional. Tiago ama os filhos e eles também o amam. Como priva-los disso?, defende Luciana. Eles moram em bairros próximos e a perua escolar acompanha a programação da família.”Dessa forma, participo da vida na escola e do dia-a-dia deles”, conta o pai.Quanto os possíveis contratempos de terem duas casas, como, por exemplo, procurar na casa do pai aquele livro que está na casa da mãe, o casal alega tirar isso de letra. Se algo for imprescindível, eu ou a Luciana damos um jeito. No começo, parece difícil, mas é uma questão de boa vontade.<sup>54</sup>

Outro exemplo é do produtor de vídeo e diretor de escola Éden, **RICO CAVALCANTE** e da coordenadora de telecomunicações **ELAINA BIRMAN** que estipularam o arranjo de guarda física da seguinte forma: alternaram a guarda física de terça a sexta-feira e revezam os finais de semana, prolongando-os até segunda-feira. O ex-casal conta que dessa forma resolvera, a questão do convívio com as filhas, Maria, 8 anos e Alice, 6 anos. Em entrevista a revista ISTO É o pai fez o seguinte relato:

Eu não queria ser pai de fim de semana. Sei que nossa fórmula dá certo porque priorizamos as crianças. É preciso passar por cima de ressentimentos, conversar muito e fazer acordos, ensina ele. No começo, Eliane desconfiou, ficava ligando toda hora para controlar e conversou com amigos psicólogos para saber se ficar mudando de casa poderia trazer prejuízo para as crianças. Eles não aprovaram, mas insistimos e, a despeito dos especialistas, funcionou. Hoje, tudo flui, afirma. Rico tem namorada e Elaine se casou de novo, e a fórmula já resiste a três anos.<sup>55</sup>

Portanto, o que vimos na segunda hipótese é uma guarda compartilhada “camuflada” com o nome de guarda única, muito freqüente em nossos tribunais.

Assim, numa dissolução consensual não vislumbramos problema no deferimento de guarda compartilhada jurídica/física, uma vez que isso já vem ocorrendo na prática.

---

<sup>54</sup> Chico Silva, Elaine Lobato e Rita Moraes. “Entre Dois Amores”, ISTO É, São Paulo, 06/02/2002, nº 1688, p. 56.

<sup>55</sup> Ibid.

Com os tribunais retificando esse modo de guarda única para guarda compartilhada, e, conseqüentemente retificando esses arranjos de guarda física, trará para os ex-casais uma proteção jurídica ao qual não possuem atualmente, não permitindo que seja descumprido tal acordo pela simples vontade de um dos parceiros.

O segundo artigo que traz a possibilidade do deferimento da guarda compartilhada é o art. 13 da Lei nº 6.515/77, e o art. 1586 do Novo Código Civil, que são praticamente idênticos como se percebe *in verbis*:

**Art. 13** – *Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles com os pais.*

**Art 1586** – *Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.*

Esses artigos são considerados pelos doutrinadores como “a regra das regras” no exercício da guarda. Eles têm o poder de destituir todos os outros artigos referentes a guarda, possibilitando ao magistrado determinar a guarda sempre visando o interesse do menor.

Esses artigos ganham grande importância no nosso estudo quando se esta em disputa a guarda do filho, ou seja, na existência de um litígio.

Alguns doutrinadores não admitem que a guarda compartilhada possa ser deferida quando houver uma dissolução conjugal litigiosa.

Porém, seguindo uma outra corrente entendemos perfeitamente possível, que a guarda compartilhada seja proferida nesse caso, pois como relata a Dra. Sandra Vilela: *“um casal que resolvem digladiar, fará mal a seu filho, independente do tipo de guarda adotado. Alguns psicólogos são da opinião que o mal que uma criança terá diante do litígio de seus pais, será idêntico na guarda única ou na compartilhada”*.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Sandra Vilela, “ *Publicação Eletrônica – Guarda Compartilhada Física e Jurídica*”, disponível em <http://www.pailegal.net>. Grupo Pai Legal. Acesso em 10/07/03.

Dessa maneira, entendemos que é mais importante o deferimento da guarda compartilhada em casais de litígio desde que preencham os requisitos, do que em casais que tem um bom relacionamento, porque nesta hipótese normalmente já existe a guarda compartilhada.

Assim, o que ocorre na prática é que o casal esta em litígio, o deferimento da guarda única acaba sendo muito prejudicial para a criança, pois o guardião como se sente o “ser supremo”, acaba sempre dificultando o não guardião a ter um maior contato com seu filho, ocorrendo conseqüentemente um distanciamento entre o não guardião e filho, que normalmente só o vêem quinzenalmente, como é comprovado no relato exposto pelo pai **WILSON SANTOS**: *“tenho um filho de 02 anos e estou separado de minha esposa, em sistema de litígio, estou me considerando um pai de final de semana e as vezes nem de final de semana, por ter brigado com minha ex-esposa estou com dificuldades de poder ver meu filho, em função destas brigas”*.<sup>57</sup>

Porém, a pergunta que se faz é: como esses casais que não se relacionam bem poderiam compartilhar a guarda de uma criança? Será que somente o magistrado usando o art. 13 e expondo para os pais que essa seria a melhor solução para o seu filho, seria suficiente?

A resposta é bem simples e já existente em legislação alienígena e na nossa.

Apesar do juiz ter uma função social, já esta provado que casais em litígio não conseguem resolver suas desavenças em uma ou duas audiências como ocorrem numa dissolução de sociedade conjugal, existindo no final do processo sempre um vencedor e um perdedor, continuando assim a existir o rancor entre o casal e acarretando grande prejuízo para seus filhos.

Partindo desse pensamento que estudiosos da área de psicanálise como **ANA FLORINDA DANTAS**, **HAIN GRUNSPUM** e **CÉLIO GARCIA** defendem a implantação de um órgão auxiliar as Varas de Família, conhecidos como mediadores.

---

<sup>57</sup> “*Publicação Eletrônica*” – Disponível em //www.pailegal@net\_Grupo Pai Legal. Acesso em 10/07/03

Mas o que seriam esses mediadores familiares? Para **HUNS GRUNSPUM**, a mediação familiar é *“um processo onde a terceira parte é imparcial e neutra, não opina, não sugere e nem decide pelas partes, o mediador está proibido por seu código de ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados, como os de advogado ou psicólogo por exemplo para influir nas decisões”*.<sup>58</sup>

Já, o Centro de Mediação Familiar, tem a mediação familiar como *“um método de resolução de conflitos, largamente utilizado na Europa e nos Estados Unidos por casais em fase de separação, que procuram o auxílio de um profissional com conhecimentos específicos, o mediador, para ajuda-lo na busca de um acordo mais satisfatório e menos desgastante”*.<sup>59</sup>

Para a entidade denominada Mediadores Associados, a mediação familiar consiste em *“Um poderoso instrumento para se utilizado pelas pessoas que buscam a desejada solução de seus conflitos, sem contudo, culpar os seus parceiros pelo insucesso de suas escolhas, visando sempre resguardar os interesses dos filhos”*.<sup>60</sup>

Portanto, quando ocorrer uma lide, o mais sensato e o que ocorre em outros países, é que o magistrado exponha para as partes o que significa o que possibilita e mediação familiar, facultando as partes aceitarem ou não, uma vez que é muito difícil para o magistrado em uma ou duas audiências decidir com precisão quem é melhor para ficar com a guarda do filho.

Aceitando essa mediação, o magistrado deverá suspender o processo e determina a mediação familiar que poderá durar até 6 meses.

A mediação familiar pode ser feita tanto por profissionais liberais, como por entidades sem fins lucrativos, como igrejas, Universidade ou ONG's.

Na mediação familiar o mediador tem o objetivo de facilitar a comunicação e o entendimento entre as partes, considerando os aspectos

---

<sup>58</sup> *“Mediação Familiar – Revista Psicologia Catharsis”*. Acesso em 20/11/2003

Disponível em: [http://www.revistapsicologia.com.br/materias/entrevistaAutor/mediador\\_familiar.html](http://www.revistapsicologia.com.br/materias/entrevistaAutor/mediador_familiar.html).

<sup>59</sup> Centro de Mediação Familiar. Disponível em: <http://www.mafrarenato.vilabol.uol.com.br> . Acesso em 20/11/03

<sup>60</sup> Mediadores Associados. Disponível em: <http://www.negociação.com.br/mediação.html>. Acesso em 10/07/2003.

emocionais, psicológicos e legais do processo, informando para os cônjuges os meios de guarda que existem e a consequência que cada uma acarretaria para o menor.

Assim, a mediação possibilita as partes expor suas discordâncias para que assim possam resolvê-las e ao final decidam qual o melhor modelo de guarda, sempre prevalecendo o interesse do menor, entendemos como a guarda compartilhada, ou uma guarda única com visita livre.

Ao final ou até antes do término do prazo, o mediador deverá expor um relatório para o juiz informando se teve acordo ou não sobre a guarda do menor, para que este baseado no relatório possa ai sim fazer uma decisão justa.

Apesar de não existir uma legislação regulamentando a mediação familiar, não quer dizer que ela não pode ser instituída.

Recentemente foi criado no Estado de Alagoas, mais precisamente, no Município de Maceió, uma parceria entre o Tribunal de Justiça de Alagoas com a CAMEAL (Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas), para viabilizar a mediação familiar.

Portanto, a mediação familiar é um importante parceiro para guarda compartilhada, uma vez que preenchidos os seus requisitos, o mediador imparcialmente mostrará os benefícios que ela traz, e assim os cônjuges terão uma oportunidade para refletirem sobre o assunto e posteriormente optarem por esse modelo.

Caso o Tribunal não possua esse órgão auxiliar poderá o magistrado usar o art. 151 do ECA, para que obtenha o mesmo resultado.

Contudo, mesmo a maioria dos estudiosos de direito tenham o posicionamento da possibilidade da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, existe sempre alguns que defendem o pensamento oposto.

Foi pensando em dirimir esse impasse, que no período de 11 a 13 de setembro de 2002, foi aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciário do Conselho de Justiça Federal, sob coordenação do Ministro

Ruy Rosado, o Enunciados 101, referente ao artigo 1583 do Novo Código Civil, no qual a Corte Suprema analisando tal dispositivo, declarou que o termo “guarda de filhos” do artigo 1583 refere-se tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, como se vê transcrito abaixo:

*101 – Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos” à luz do art. 1583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto à compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.(grifo nosso).<sup>61</sup>*

É importante ressaltar que o Enunciado ainda seguirá para a Comissão, órgão este que lhe dará a redação final, mas já se pode afirmar que a guarda compartilhada é totalmente recepcionada pelos membros do STJ.

Na atual sistemática do direito brasileiro a guarda compartilhada encontra respaldo no art. 09 e 13 da Lei 6.515/77 e nos artigos. 1583 e 1586 do NCC e logo mais no Enunciado 101 do STJ.

---

<sup>61</sup> Associação de Pais e Mães Separados. “Guarda Compartilhada se Consolida nos Tribunais”. São Paulo. Disponível em: <http://www.apaese.com.br> .

## PARTE VII – CONSEQÜÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA

### Capítulo I – Responsabilidade Civil

Quando falamos de responsabilidade civil, primeiramente é necessário diferenciarmos a responsabilidade civil objetiva da subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva pressupõe a culpa “*em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa passa a ser pressuposto necessário de dano indenizável*”.<sup>62</sup>

No que tange a responsabilidade objetiva, podemos dizer que é aquela que prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Essa teoria, dita objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente da culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano.<sup>63</sup>

Dessa forma, o NCC adotou a responsabilidade como regra e a objetiva como exceção, como se percebe no art186 combinado com o art. 927 do NCC.

**Art. 186** – *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

**Art. 927** – *Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

O NCC praticamente transcreveu o Código Civil de 1916, a única diferença foi a introdução do complemento: ainda que exclusivamente moral.

Após essa introdução, nos remetemos à responsabilidade civil dos menores, englobando tanto o menor impúbere quanto o púbere.

---

<sup>62</sup> Carlos Roberto Gonçalves. “Sinopses Jurídicas – Direito das Obrigações”. p. 09.

<sup>63</sup> Ibid.

Na constância do casamento/união estável, quando falamos da responsabilidade civil dos filhos, estamos nos referindo a uma responsabilidade civil solidária.

Quando ocorre a ruptura conjugal, e conseqüentemente o deferimento da guarda única (modelo de guarda que o magistrado sempre adota), cessa a solidariedade da responsabilidade civil dos pais, passando o encargo apenas para o cônjuge/companheiro que fica com a guarda do menor, seja ele impúbere ou púbere, lhe restando apenas atribuir todas as provas lícitas para se isentar da responsabilidade, como por exemplo a *“inexistência de dependência material, não ter cometido falta na educação ou vigilância do menor, além das causas gerais: força maior, caso fortuito, culpa de terceiro”*.<sup>64</sup>

Na guarda única fica claro que o legislador incumbiu o detentor da guarda pela responsabilidade civil, salvo suas excludentes.

Mas, se caso a opção seja pela guarda compartilhada, seja ela somente jurídica ou jurídica/física, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união, ou seja, continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais, uma vez que o quadro não se alterou e dessa forma não existe a figura da imediatidade e da fiscalização.

## **Capítulo II – Alimentos e Visitas**

No deferimento da guarda única, como ocorre normalmente, existem duas possibilidades: na primeira o não guardião tem direito de visita livre, o que costumeiramente acontece numa separação consensual, não ocorrendo desgaste entre o triângulo pai/mãe e filho, gerando conseqüentemente para o não guardião uma certa satisfação no pagamento da pensão alimentícia, uma vez que está sempre em contato com seu filho. Outra hipótese é do não guardião ter seu direito de visita restrito a finais de semana alternados, o que normalmente ocorre numa dissolução de sociedade litigiosa, na qual o não guardião acaba se tornando um mero pagador de pensão alimentícia, destruindo gradativamente a relação com seu filho.

---

<sup>64</sup> Waldyr Grisard Filho, *“Guarda Compartilhada, Uma Nova Espécie de Responsabilidade”*, p. 92

Com a opção do grupo que defende a guarda compartilhada jurídica, estará apenas ratificando a guarda única de uma ruptura conjugal consensual, uma vez que a criança terá um lar fixo (referencial) mas o guardião de vez em quando permite que o menor fique um período no domicílio do não guardião, o que ajuda na satisfação do pagamento da pensão alimentícia, o que não consideramos ruim, pois os cônjuges ficam protegidos pela lei, mas entendo ser pouco, uma vez que o principal prejudicado são aqueles casais em litígio.

A partir desse ponto que vejo a importância da guarda compartilhada jurídica/física, que como já foi mencionado após um processo de mediação familiar, talvez os cônjuges possam ter exposto suas amarguras, angustias e tristezas, conseguindo conseqüentemente separar a relação deles com a dos filhos.

Ao conseguirem essa separação de ideais, dependendo do arranjo não vai precisar de visitas como ocorre nos dois casos elencados, ou se o arranjo for um pouco mais longo poderá ter visitas.

O relevante que tanto na guarda compartilhada jurídica quanto na jurídica/física, a questão da pensão alimentícia não desaparece.

O art. 20 da Lei do Divórcio é bem claro: para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

Esse artigo ilustra a binômia necessidade/possibilidade, ou seja, aquele que tem necessidade terá ajuda do outro cônjuge dentro das suas possibilidades, não importando qual o modelo de guarda adotado.

Mesmo que seja no modelo de guarda compartilhada jurídica/física o cônjuge mais necessitado terá direito a ter do outro ajuda, dentro das suas condições.

Alguns doutrinadores fazem a colocação de que alguns pais pedirão esse tipo de guarda somente para ter uma redução no “*quantum*” da pensão alimentícia. Porém, esse não é nosso entendimento, pois mesmo que se tenha uma pensão menor, quando o filho estiver em sua companhia, o alimentante terá um custo para mantê-lo sob sua custódia.

### **Capítulo III – Aspectos Psicológicos**

No atual estágio do Direito de Família, a questão da guarda de menores está sendo alvo de inúmeros debates. Dentre eles podemos destacar a guarda compartilhada.

Como se trata de um ramo do direito que lida diretamente com pessoas, e como sabemos que cada ser humano tem sua singularidade, é necessário que junto com a análise jurídica esteja também uma análise de outros ramos de profissionais, como psicologia, psiquiatria e sociólogos, para que tenhamos uma menor possibilidade de cometermos equívocos.

Sob o prisma da análise psicológica da guarda compartilhada, torna-se necessário fazermos uma distinção da guarda compartilhada jurídica e da guarda compartilhada jurídica/física, ao qual estamos debatendo ao longo desse estudo.

A respeito da guarda compartilhada jurídica, como já dito trata-se do compartilhamento de direitos/deveres sem a existência de imediatidade ou fiscalização, tendo sempre o menor um domicílio fixo (referencial).

Os defensores dessa corrente argumentam que sociologicamente a criança ou adolescente não poderia ter dois lares em virtude que isso lhe traria instabilidade, devendo o menor evitar grandes alterações em sua vida e rotina, permanecendo tudo o que não for imprescindível mudar.

Assim, o menor necessita contar com a sua estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e um centro de apoio para as suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além de afetiva) e social, aonde finquem suas raízes físicas e sociais, com o qual ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.

Com relação da guarda compartilhada jurídica/física, além dos direitos e deveres, também será decidido em conjunto o melhor arranjo para criança, ou seja, o menor também terá dois lares.

Dentre os principais defensores para que a criança tenha dois lares encontramos aos psicólogos **LINO DE MACEDO** e **EVANDRO LUÍS SILVA**.

Na opinião do Dr. **LINO DE MACEDO** “a criança é extremamente flexível. Rapidamente ela assimila as diferenças entre a casa dos pais e da mãe. Mesmo quando as regras não são exatamente as mesmas, ela sabe o que pode e o que não pode, diz. O fato de ter duas casas, segundo ele, às vezes até ajuda a criança a concretizar a nova situação. Até os dez anos, a criança tem necessidade da expressão física dos acontecimentos. Ela tem dificuldades de elaborar internamente que o pai se separou da mãe, mas não dela, que, apesar de não morar na mesma casa, ainda a ama. Então, ter um lugar seu na casa e no dia-a-dia do pai concretiza esse amor, explica” .<sup>65</sup>

Outro defensor dessa corrente é o Dr. **EVANDRO LUÍS SILVA**. Nos próximos parágrafos citaremos trechos de seu estudo intitulado “Dois lares é melhor do que um”, um estudo este que reforça a possibilidade da guarda física/jurídica.

*“Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com ambos os pais, deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono. (...). (grifos nosso).*

*Vimos que normalmente os argumentos em prol da guarda exclusiva da mãe giram em torno das dificuldades que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um referencial de lar. No entanto, não há qualquer fundamentação técnica para tais suposições. Uma única tentativa que vimos repetidas várias vezes em processos judiciais ou teorias psicológicas a respeito do assunto, foi uma alusão de **FRANÇOISE DOLTO**, com uma citação em seu livro “Quando os pais se separam”. Nesse livro a autora discorda com a guarda compartilhada estabelecidas em dois casos: na França. Um, porque o pai morava no Norte daquele país e a mãe ao Sul. A criança passaria meio ano letivo com cada progenitor. No segundo caso, o pai morava numa cidade e a mãe em outra, distantes, e a criança alternaria metade da semana com cada genitor. Em ambos os casos a criança teria dois colégios, e não criaria vínculos afetivos. (grifos nosso).*

---

<sup>65</sup> Chico Silva, Elaine Lobato e Rita Moraes, “Entre Dois Amores”, ISTO É, São Paulo, 06/02/2002, nº 1688, pág. 57.

*(...); na guarda compartilhada, com alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos, as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico, por fim, acreditamos que numa separação que atenda às necessidades dos filhos – contato freqüente com ambos os pais – traria os seguintes benefícios:*

- a. diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho,...);*
- b. melhoraria a qualidade de vida;*
- c. menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, se evitaria uma quantidade grande de perícias e diminuiria de demorosidade no processo;*
- d. diminuição da gravidez na adolescência;*
- e. diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;*
- f. diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;*
- g. diminuição da evasão escolar;*
- h. diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;*
- i. diminuição de prisões de menores.<sup>66</sup>*

O posicionamento do psicólogo vai mais adiante, acreditando que a guarda compartilhada com alternância de casas só é possível quando os pais residem na mesma cidade.

Interrompendo rapidamente os comentários de seu estudo, para que nós, esse posicionamento tem que ser ainda mais restrito, determinando que seja no mesmo Município ou até no mesmo bairro.

Neste estudo, **EVANDRO LINS SILVA**, procura também apontar que ao contrário do que a maioria pensa, a criança tem capacidade desde muito cedo para se relacionar com o mundo externo.

---

<sup>66</sup> “Dois Lares é Melhor que Um”, Disponível em: <http://www.pailegal.net> Grupo PAI Legal. Acesso em 10/07/03

Segundo **MELANIE KLEIN** – psicanalista pioneira no tratamento de crianças e cujas teorias, juntamente com as de Freud, servem de base para todo um campo, o psicanalítico, na compreensão da mente e na análise -, a criança de um ano de idade já pode e deve afastar-se do lar, ter outras relações, freqüentar jardins de infância, criar outros vínculos. Já possui condições internas para isso. (grifos nosso).

É possível e importante afastar-se da mãe, pois é assim que a criança consegue saber internamente que as situações boas e ruins desaparecem e voltam: pernoitar em outra casa, ficar o dia todo em uma escolinha.<sup>67</sup>

Na mesma linha de raciocínio segue a psicanalista **ARMINDA ABERASTURY**, que faz o seguinte comentário: *“Já na Segunda metade do primeiro ano, a criança precisa explorar o mundo e, além disto, distanciar-se da mãe. Esse distanciamento é essencial para que a criança possa experimentar o estranho, desenvolver seus mecanismos de defesas e enfrentar os conflitos inerentes às fases do desenvolvimento”*.<sup>68</sup>

Segundo **FREUD**, o movimento da criança para além do lar e em direção ao mundo exterior vai propiciar ao ego desenvolver meios adequados para fazer frente às ansiedades atinentes àquele momento de modificá-las.

Freud considera que a partir de um ano de idade as crianças começam a entender que as pessoas vão e voltam: que os pais saem para trabalhar e depois retornam: que elas vão à escola e depois voltam para casa... Trata-se de situações essenciais para o bom desenvolvimento das crianças, ou seja, vão-se adaptando diante das exigências de seu meio.

Por conseguinte, não podemos evitar as frustrações da criança, pois estas são inevitáveis e as ajudam a enfrentar seus sentimentos, *“portanto, a própria experiência de que a frustração é superável pode fortalecer o ego, e faz parte da atividade do pesar que serve de apoio à criança no deus esforço para eliminar a depressão.”*

---

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid

**ARMINDA ABERASTURY** afirma a importância do fato de o bebê ou de a criança pequena ir se acostumando as necessidades dos pais:

*“A vida de uma criança não pode anular a dos pais. Se seus pais agora terão casas separadas, também os filhos, conseqüentemente, terão duas casas, pois não é por causa da separação que se deixou de ser pai ou mãe. Por ser inevitável que cada um tenha uma casa, temos de permitir que a criança se adapte a essa nova situação.*

*Assim vejo que se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois legalmente considerado “mais importante” já que ele é que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro. Logo, mesmo em litígio, a guarda compartilhada – em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas em litígio causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas...”<sup>69</sup>*

## **Capítulo IV – Efeitos, Vantagens e Desvantagens**

O que se pretende com a guarda compartilhada é conservar o relacionamento dos filhos com os pais, mantendo-se os mesmos laços que existam antes da separação dos genitores.

Como vimos, a desunião dos pais não deve atingir, como infelizmente ocorre, a formação dos filhos. Assim, é certo que quanto maior a participação ativa de ambos os pais na vida cotidiana do filho, melhor estará atendendo o princípio do Interesse do Menor.

Neste prisma afirmam as psicólogas e psicanalistas **ELAINE MICHELINI MARRACCINI** e **MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA** que “é

---

<sup>69</sup> Evandro Lins Silva, “Dois Lares é Melhor do Um”.Disponível em:<http://www.pailegal.net> Grupo PAI Legal.

inquestionável a importância dos pais terem assegurado a possibilidade de desenvolvimento de seu vínculo afetivo com os filhos. Ser genitor ou guardião não significa intrinsecamente ser periférico ou secundário. O que determina a boa continuidade das relações entre pais e filhos é a qualidade do contato que se estabelece, a proximidade afetiva dos momentos de encontro e a segurança de poder contar com esta figura de apoio”.<sup>70</sup>

A adoção da guarda compartilhada é resultado da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Este regime prevê a presença efetiva dos pais na formação dos filhos, decaindo-se assim o regime tradicional que concede a guarda dos filhos à mãe e a obrigação de alimentos ao pai.

Privilegiar o interesse do menor, com certeza, é a primeira vantagem obtida com este regime, sendo certo que para os pais, a presença efetiva dos filhos em suas vidas também se mostra de suma importância, quando vista do prima do respeito e companhia devidos pela prole.

Outra vantagem claramente obtida com a adoção deste instituto, é o término das discussões judiciais sobre o tema, que acabam por tornar *ad eternum* a possibilidade dos pais de levar a justiça a criação dos filhos, questões estas normalmente tem o condão de ofender um ao outro, mas que por fim acabam atingindo de forma irreversível a criação dos filhos.

Ocorre, porém, que a adoção deste instituto não deve privilegiar, de forma alguma, a confusão criada pela separação dos pais. Assim, torna-se imprescindível que o bom relacionamento antes existente entre os genitores perdure por todo o tempo restante da criação dos filhos.

É crível salientar que mesmo quando a separação se dá de forma litigiosa, devem os pais, por mais complicado que seja, manter um bom relacionamento no que se refere a criação dos filhos, pois é esta, com certeza, a única maneira vista para que possam oferecer a seus filhos uma vida saudável, rica em companheirismo e comunicação.

---

<sup>70</sup> Maria Antonieta Pisano Motta e Eliane Michelli Marraccini, in “*Guarda dos Filhos: Algumas Diretrizes Psicanalíticas*”, p. 353.

Abre-se aqui um parêntese para citar o professor **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE** que privilegia a guarda compartilhada sobre as demais, e afirmar que *“a regra continua sendo a guarda conjunta e a exceção, a exclusividade, sempre tendo em vista o interesse do menor”*.<sup>71</sup> Fecha –se parênteses.

Porém, sob o prisma da fragilidade e interesse do menor, devemos ter que antes a criança viva com apenas um genitor equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que em meio a uma verdadeira guerra travada por seus pais. Cabe somente a este tomar atitudes que privilegiem os filhos, sendo certo que um bom relacionamento entre o ex-casal é o primeiro, e o maior, passo.

Ressalte-se, finalmente, que qualquer que seja o regime adotado, deve o magistrado, bem como os pais, privilegiar sempre a vida do menor, dando-lhe, sempre que possível, a melhor oportunidade de uma vida rica em educação, cultura, saúde e acima de tudo, carinho, enfim, todos os preceitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

---

<sup>71</sup> *“Famílias Monoparentais”, Apud Waldyr Grisard Filho in “Guarda Compartilhada”, p. 443.*

# **PARTE VIII – PROJETOS DE LEI SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA**

## **8.1 Projeto de Lei nº 6.315/02**

*Por Deputado Feu Rosa*

*Altera dispositivo do Novo Código Civil.*

*O Congresso Nacional decreta:*

*Art. 1º Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.*

*Art. 2º O art. 1.583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:*

*Art. 1.583.....*

*Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.*

*Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.*

## **JUSTIFICAÇÃO**

A Proposição que ora apresento tem por objetivo alterar o Novo Código Civil que não dispõe sobre a guarda compartilhada dos filhos pelos pais, em caso de separação ou divórcio

Minha proposta é que, obviamente, só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio for consensual, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio à discussão sobre e com quem devem ir a algum lugar.

A guarda compartilhada gera um tipo de situação que, se bem administrada pelos pais, gera lucro aos filhos, caso contrário, poderá resultar em verdadeiro caos, com prejuízos emocionais terríveis para quem não tem formado ainda a personalidade.

Sou de opinião que o Código já poderia ter aberto mais essa possibilidade aos casais que se separam, razões pela qual CONTO com apoio dos ilustres Pares para conversão deste projeto em lei.

*Sala das Sessões, em 18 de março de 2002.*

.....

*Deputado FEU ROSA*

*LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA*

*COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS – CEDI*

*LEI Nº 10.406 <sup>DE</sup> 10 DE JANEIRO DE 2002*

*INSTITUI O CÓDIGO CIVIL*

*O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faz saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:*

.....

*PARTE ESPECIAL*

.....

*LIVRO IV*

*DO DIREITO DE FAMÍLIA*

*TÍTULO 1*

*Do Direito Pessoal*

*SUBTÍTULO 1*

*Do Casamento*

.....

*CAPÍTULO XI*

*DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS*

*Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do*

*vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.*

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

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

.....

*Secretária Especial de Editoração e Publicação do Senado Federal –  
Brasília – DF*

## **COMENTÁRIO**

A proposta elaborada acima pelo Deputado Feu Rosa tem como objetivo homologar a guarda compartilhada em separações/divórcios/dissoluções que seguem a forma consensual.

Consideramos a proposta válida, uma vez que essa hipótese já vem ocorrendo no cotidiano, e, a norma jurídica viria para ratificar esses anseios da sociedade, dando portanto ao cidadão uma proteção jurídica, resguardando assim seus direitos em caso de uma possível desavença.

Porém, o texto não traz o conceito da guarda compartilhada, deixando portanto para o magistrado essa interpretação, o que será alvo de muita discordância no judiciário, uma vez que existirá magistrados aplicando a guarda compartilhada jurídica e outros a guarda compartilhada jurídica/material.

Contudo, entendemos que o principal equívoco foi que o texto não se preocupou tentar solucionar a guarda e casais em litígios, já que é esse grupo principal prejudicado na relação pai/mãe e filho.

Ao não conter essa hipótese, o legislador automaticamente retirou a

possibilidade e a necessidade da criação da Mediação Familiar, órgãos auxiliares ao poder judiciário.

Outro ponto interessante é que deverá existir uma espécie de “punição”, considerando não apto o cônjuge que obste a convivência da criança com a outra parte, como ocorre na legislação norte-americana, coagindo de uma certa forma aos cônjuges para que cumpram o acordo.

## **8.2 – Projeto de Lei nº 6.350/02**

*por Deputado TILDEN SANTIAGO*

*(Do Sr. Tilden Santiago)*

*Define a Guarda Compartilhada.*

*O Congresso Nacional decreta:*

*Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.*

*Art. 2º Acrescentem-se ao Art. 1.583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. os seguintes parágrafos:*

*“Art. 1.583..”.*

.....

*§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.*

*§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever família entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos folhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.*

*Art. 3º O art. 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*“Art. 1.584 - Declarada a separação judicial ou o divórcio, ou ainda, separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos folhos, o juiz estabelecerá o sistema de guarda*

*compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.”*

*§ 1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.*

*Art. 4º Esta lei entra em vigor dia 10 de janeiro de 2003*

## **JUSTIFICAÇÃO**

O Novo Código Civil Brasileiro, tão recentemente aprovado, no ano de sua vacância, merece ser aperfeiçoado em tudo o que for possível. No que tange ao Direito de Família, deixou contemplar o sistema de guarda compartilhada, que ora propomos, que já vem há tempos sendo apontado como a melhor solução prática em prol das crianças e adolescentes, quando do divórcio ou separação dos pais.

Segundo o magistrado da Dra. **SOFIA MIRANDA RABELO**, da UFMG e da Associação “Pais para Sempre”, guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade.

A justificativa para adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. Por isso, não se podem manter sem questionamentos, formas de solucionar problemas de questionamentos, formas de solucionar problemas tão ultrapassados.

Já mencionamos os tipos de guarda e suas definições anteriormente.

Na guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente aos

casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação como pai e mãe, havendo coma co-participação em igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando o bem estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhuns dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelos Estados, para proteção integral dos menores.

Enquanto a família permanece unida, o menor desfruta dos dois genitores. A ruptura cria uma nova estrutura e a responsabilidade parental de concreta em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. Na realidade social surgem cada vez mais conflitos envolvendo relações paterno-filiais, porém são escassas as normas legais a respeito. Cumpre a doutrina e

jurisprudência estabelecer soluções que privilegiem os laços familiares, de acordo com o texto constitucional.

Timidamente, alguns tribunais brasileiros passaram a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, a definição e o estudo específico do tema é de extrema importância para que os juízes possam se orientar e decidir respeitando o interesse do menor.

É o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões dos filhos menores. O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e maternidade, traz desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família.

Esse novo modelo opõe-se às decisões da guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreça a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição equitativa da autoridade parental.

A guarda “exclusiva”, “única”, cede lugar à novas modalidades de guarda alternada, dividida e finalmente a compartilhada.

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada. A idéia de guarda compartilhada estende-se à França e ao Canadá, ganhando jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os

filhos. A American Bar Association – ABA criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores (Child Custody Committee). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22/07/1087, a nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Nosso projeto é simples, apenas definindo a guarda compartilhada e tornando-a o sistema recomendável, sempre que possível, por avaliação do juiz.

Ao propor este Projeto, louvo a iniciativa da Associação Pais para Sempre, do Apaese Brasil – Associação de pais Separados do Brasil, movimentos de cidadania para o reconhecimento dos direitos deveres daqueles pais e mães, que mesmo após o rompimento conjugal, querem manter o relacionamento com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações. A separação e o divórcio devem acontecer somente entre os pais, não entre pais e filhos.

Por ser inegável avanço, que protegerá a família brasileira, conclamo meus ilustres Pares a aprovarem esta proposição. Sala das Sessões, em 2002. Deputado TIDEN SANTIAGO.

## **COMENTÁRIO**

Neste segundo projeto, o então Deputado **TIDEN SANTIAGO**, propôs que a guarda compartilhada seja estendida para um maior campo de atuação, incluindo nele, a hipótese da ruptura conjugal na forma consensual e não litigiosa.

Destarte, temos o pensamento que se não houver a criação de um órgão para auxiliar ao judiciário, ou seja, mediador familiar, esse instituto decretado na forma litigiosa com certeza não terá sucesso.

Apesar de nesse texto o legislador conceituar a guarda compartilhada como jurídica/material, na sua justificção a expõe apenas como jurídica com a possibilidade de ser também material. Portanto, o legislador deve retificar essa controvérsia, senão haverá dúvida.

Nesse texto, também não se encontra a “punição” que pedimos no primeiro projeto analisado, portanto, mais um ponto a ser questionado.

Assim, entendemos que não basta o legislador elaborar uma lei simplesmente “jogar” para a sociedade, sem existir uma preparação, senão tal norma estará fadada ao fracasso.

Através desses dois projetos podemos concluir que ainda existem muitas mudanças a serem feitas para que o instituto da guarda compartilhada logre êxito em nosso ordenamento jurídico.

## PARTE IX – CONSIDERAÇÕES FINAIS

### CONCLUSÃO

Como se pode perceber no transcorrer do trabalho, é fundamental que ambos os pais estejam presentes na vida de seu filho, para que ele tenha um desenvolvimento físico, intelectual e espiritual correto. Desde muito cedo a criança percebe a relação que existe entre elas e seus pais. Dessa maneira, esse constante apoio possibilita ao menor desenvolver suas aptidões, uma vez que se sente seguro e confiante.

Com o término da relação da relação conjugal, a estrutura do lar fica abalada, e a parte mais frágil na relação, ou seja, o filho, se não for tratado com os devidos cuidados que merece, terá sua formação prejudicada.

Foi querendo dirimir essas possíveis conseqüências, visto que um menor com a má formação, pode ser um futuro problema para a sociedade, que procuramos colocar em debate a guarda dos filhos após a ruptura conjugal.

*Ab initio*, foi necessário descrevermos num contexto geral o que seria poder familiar, tutela, curatela e guarda.

A partir desse momento, já podemos afirmar que quando a família está intacta, a guarda dos filhos é natural e ambos os cônjuges exercem plenamente todos os direitos inerentes ao poder familiar.

Porém, com a ruptura conjugal, a situação da guarda dos filhos se altera, tendo nos tribunais adotado exclusivamente o modelo de guarda única, modelo este que atribui a um dos pais (guardião) a guarda física e jurídica, enquanto ao outro cônjuge (não guardião) será atribuída apenas a guarda física, com a restrição da imediatidade, concedendo-lhe o poder de fiscalização e o direito de visitas.

Ao longo das décadas, começou-se a perceber que este modelo não

priorizava o interesse do menor, uma vez que já está retificado que com o tempo o não guardião acaba sempre se afastando do menor, em virtude de não conseguir participar de sua vida, seja por causa do guardião dificultar o acesso com seu filho, ou pelo pouco tempo que se tem contato com ele, normalmente finais de semana alternados, se tornando assim, um mero pagador de pensão alimentícia.

Portanto, constata-se que a reivindicação pelas mudanças encontra-se principalmente em casais que tivera o término conjugal na forma litigiosa, porque em casais que se separaram consensualmente o guardião normalmente não impede o não detentor da guarda de ver seu filho, de participar de sua vida, ao contrário, até estimula.

Na diretriz internacional, a guarda compartilhada é totalmente aceita, sendo em muitos casos a regra, e a guarda única à exceção, tendo inclusive que o magistrado fundamentar em sua decisão porque não adotou a guarda compartilhada, aonde o cônjuge que se contrapõe a esse modelo é considerado não apto a ter a guarda do menor, sendo deferido a guarda para o outro.

No contexto do nosso ordenamento jurídico, a adequação da guarda compartilhada é altamente possível, encontrando respaldo através dos arts. 09 e 13 da Lei 6.515/77, pelo NCC nos arts. 1583 e 1586 e pelo Enunciado 101 do STJ, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciário do Conselho de Justiça Federal, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado, o qual ainda seguirá para a Comissão, órgão este que lhe dará a redação final.

Porém, com o que ficou demonstrado em nosso estudo, tal instituto ainda não conseguiu encontrar seu conceito, existindo duas correntes: uma delas defendendo apenas a guarda compartilhada jurídica e outra a guarda compartilhada física/jurídica.

A partir desse ponto começou a ser exposto os dois posicionamentos, com suas conseqüências, ao qual temos o entendimento que a guarda compartilhada jurídica/física seria melhor para o interesse do menor.

Atualmente, existem dois projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, ao qual entendemos que ambos estão repletos de falhas, como por

exemplo a falta dos seguintes pontos: conceito, mediador familiar e uma “punição”.

Atingindo-se com este trabalho o objetivo de demonstrar a viabilidade da adoção de novos regimes de guarda, sempre sobre o princípio do interesse do menor.

Dessa forma, concluímos que é importante a introdução da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, contudo é necessário que seja de uma forma planejada e bem elaborada, para que não prejudique ainda mais a relação paterno/materno e filial.

Seja como for, o que esperamos é que o direito brasileiro privilegie sempre e de todas as formas o menor, pois é a figura frágil na sociedade, que merece toda a atenção, devendo receber sempre, a garantia de seus direitos que lhe é dado pela Constituição Federal.

Provamos, também, neste trabalho que a participação de ambos os pais na vida dos filhos é de extrema importância, bem como para o adulto, ter seu filho em seu cotidiano também o é.

Temos, então, que se a postura de nosso magistrado for mudada, com o intuito de melhor adotar o regime da guarda compartilhada, nada mais estarão fazendo do que trazer a tona a melhor forma de resolver os impasses decorrentes das separações de casais.

É obrigação de todos, e principalmente dos profissionais de direito, estar sempre buscando novas formas de melhor atender as necessidades do indivíduo dentro da sociedade, dando-lhe sempre ênfase ao menor, figura frágil dentro do organismo social.

Com certeza, o Instituto da Guarda Compartilhada, só tem a engrandecer nossos tribunais, garantindo aos pais e aos menores, uma convivência sadia e feliz.

## BIBLIOGRAFIA

- <sup>1</sup> **RODRIGUES, Silvio.** “*O divórcio e a Lei que o Regulamenta*”. São Paulo: Ed. Saraiva. 1978. p.114.
- <sup>2</sup> **JOECY MACHADO DE CAMARGO,** “*Guarda e Responsabilidade*” in Repertório de Doutrina sobre Direito de Família Coordenado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, 1999, São Paulo, Editora revista dos Tribunais, Vol.04, pág.245.
- <sup>1</sup> **GUILHERME GONÇALVES STRENGER,** “*Guarda de Filhos*” 1999, São Paulo, Editora LTR, pág. 32.
- <sup>1</sup> **MARCELO TRUZZI OTERO,** “*Guarda de Filhos e Direito de Visitas na Separação e Divórcio*”.
- <sup>1</sup> **SILVIO RODRIGUES,** “*O Divórcio e a Lei que o Regulamenta*”, 1978, São Paulo, Editora Saraiva, pág.114.
- <sup>1</sup> **ARNOLDO WARD,** “*Curso de Direito Civil Brasileiro*”, 11ª Edição, São Paulo, Editora RT, pág. 140.
- <sup>1</sup> **SILVIO DE SALVO VENOSA** “*Direito Civil VI, Direito de Família*”, 2ª Edição, Editora Atlas, pág. 232
- <sup>1</sup> **ALUÍSIO SANTIAGO CAMPOS JÚNIOR** “*Direito de Família. Aspectos Didáticos*” Belo Horizonte. Editora Inédita, pág. 317.
- <sup>1</sup> **MARIA HELENA DINIZ** “*Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*” volume 5. São Paulo. Editora Saraiva, pág. 372.
- <sup>1</sup> **CARLOS ALBERTO GONÇALVES** “*Sinopses Jurídicas, Direito de Família*”, volume 2. São Paulo. Editora Saraiva, págs. 107/108.
- <sup>1</sup> **JOSÉ DE PAULA SANTOS NETO** “*Do Poder familiar*” São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Pág. 55.
- <sup>1</sup> **SILVIO DE SALVO VENOSA** “*Direito Civil VI. Direito de Família*”. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, pág. 341. Atualizado de acordo com o Novo Código Civil de 2002, comparado com C.C. de 1916.
- <sup>1</sup> **RODRIGO DA CUNHA PEREIRA e MARIA BERENICE PEREIRA.** (coord.) “*Direito de Família e o Novo Código Civil*”, Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2002, pág. 142.
- <sup>1</sup> **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA,** “*Instituição de Direito Civil*” 1995, 3ª Edição. Editora Forense Universitária, volume V, pág. 238.
- <sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO,** “*Repertório de Doutrina sobre Direito de Família; Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*”, Vol. 4. Editora Revista dos Tribunais, pág. 427.
- <sup>1</sup> “**BUSCA E APREENSÃO.** Poder garantido aos pais naturais. Recurso improvido. Criança levada para a residência dos apelantes, no momento em que a genitora encontrava-se acometida por problemas de saúde. Não havendo razões para obstaculizar a devolução do filho à família legítima, deve-se garantir o poder aos pais naturais” (TJES – Ap. Cível 07930000927, 27/02/96, Rel. Dês. Manoel Alves Rabelo).
- <sup>1</sup> **SILVIO DE SALVO VENOSA** “*Direito Civil VI. Direito de Família*”. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, pág. 352.
- <sup>1</sup> **SILVIO RODRIGUES** “*Direito de Família*”. Volume 6. São Paulo. Editora Saraiva. pág. 396.
- <sup>1</sup> **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.** “*Instituições de Direito Civil*” Volume V. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2002. pág. 264.
- <sup>1</sup> **CARLOS ALBERTO GONÇALVES.** “*Direito de Família*”. Volume 2. Sinopses Jurídicas. São Paulo. Editora Saraiva. Pág. 160.
- <sup>1</sup> **SILVIO DE SALVO VENOSA.** “*Direito Civil VI. Direito de Família*”. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, pág. 385.
- <sup>1</sup> **MARIA HELENA DINIZ** “*Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*”, volume 5. São Paulo. Editora Saraiva. 1999. pág. 435.
- <sup>1</sup> **SILVIO RODRIGUES** “*Direito de Família*”. Volume 6. Editora Saraiva. Pág. 408.
- <sup>1</sup> **CÉSAR FIUZA** “*Direito Civil. Curso Completo*”. 3ª Edição. Editora Del Rey. pág. 639.
- <sup>1</sup> **SILVIO DE SALVO VENOSA** “*Direito Civil VI – Direito de Família*”. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. pág. 409.
- <sup>1</sup> Publicado no D.J.U.; em 20/12/1967, pág. 4406.
- <sup>1</sup> **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** “*Curso de Direito Civil – Direito de Família*”, 13ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. Volume IV, pág. 209
- <sup>1</sup> **GUILHERME GONÇALVES STRENGER,** “*Guarda de Filhos*”. Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição, pág. 65.

- <sup>1</sup> **JOSÉ DE PAULA SANTOS NETO**, “*Do Pátrio Poder*” São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.pág. 139
- <sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO**, “*Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade*”, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2000, pág. 47.
- <sup>1</sup> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. “*Revista dos Tribunais*”, 239/202.
- <sup>1</sup> **BASÍLIO DE OLIVEIRA**, “*Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Filho*”, 1999. Editora Destaque, São Paulo, 1ª Edição, pág. 93.
- <sup>1</sup> **APASE** – “*Associação de Pais e Mães Separados. Guarda de Menores*”, TJ-SP. Disponível em <http://www.apasesp.com.br/jurisprudência>.
- <sup>1</sup> **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**, “*Família Monoparentais*”, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997,pág. 1997.
- <sup>1</sup> **LAIR DA SILVA LOREIRO FILHO, CLÁUDIA REGINA MAGALHÃES**, (coord.) “*Direito de Família – A Lei nos Tribunais*” São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, pág. 35.
- <sup>1</sup> **BASÍLIO DE OLIVEIRA**, “*Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Filho*”, Editora Destaque. São Paulo, 1ª Edição,pág. 85.
- <sup>1</sup> **BASÍLIO DE OLIVEIRA**, “*Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Filho*”, 1999.Editora Destaque. São Paulo, 1ª Edição, pág. 90.
- <sup>1</sup> **OSVALDO FELIPE PITRAU**, Derecho de Menores, in “*Manual de Derecho de Família, Tomo II*”, nº 529 y 532 a 538, Editorial Universidad, Buenos Aires, pág. 452.
- <sup>1</sup> **OSVALDO FELIPE PITRAU**, Derecho de Menores, in “*Manual de Derecho de Família, Tomo II*”, nº 529 y 532 a 538, Editorial Universidad, Buenos Aires, pág. 224 a 226.
- <sup>1</sup> **OSVALDO FELIPE PITRAU**, Derecho de Menores, in “*Manual de Derecho de Família, Tomo II*”, Editorial Universidad, Buenos Aires, pág. 454.
- <sup>1</sup> **VINCENZO DE PAOLA**, “*Il Diritto Patrimoniale della Famiglia Coniugale*”, Milão, Tomo Primo, Grife Editore, pág. 329.
- <sup>1</sup> Art. 287, alínea I, do Código Civil Francês, “si l’intérêt de l’enfant lê commande, lê juge peurt confier l’exercice de l’autorité parentale à l’un des deux parents”.
- <sup>1</sup> **JEAN MEZEAUD**, “*Liçon de Droit Cicil – La Famille*”, Tome I, Montchrestien, pág. 758.
- <sup>1</sup> **OSVALDO FELIPE PITRAU**, Derecho de Menores, in “*Manual de Derecho de Família, Tomo II*”, Editorial Universidad. Buenos Aires, pág. 456”.
- <sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO**, “*Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade.*” São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.2000, pág. 111.
- <sup>1</sup> **MARIA RAIMUNDA TEXEIRA AZEVEDO**, “*A Guarda Compartilhada*”. Evento Realizado no dia 25/04/2001, no Clube dos Advogados/RJ.
- <sup>1</sup> **VICENTE BARRETO**, “*A Nova Família: Problemas e Perspectivas*”. Rio de Janeiro. Editora Renovar, pág. 135.
- <sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO**, “*Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade*”, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, pág. 147.
- <sup>1</sup> **SANDRA VILELA**, “*Guarda Compartilhada: Jurídica X Física*”. Disponível em :<<http://www.pailegal.net.Br> – Grupo Pai Legal.
- <sup>1</sup> **SILVIO DE SALVO VENOSA**, “*Direito Civil VI – Direito de Família*”, 2ª Edição, Editora Atlas,pág.234
- <sup>1</sup> **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**, in “*Famílias Monoparentais*”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 261
- <sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO**, “*Guarda Compartilhada, uma Nova Espécie de Responsabilidade*”, 2000, pág.112.
- <sup>1</sup> **PEDRO AUGUSTO LEMOS CARCERERI**, “*Aspectos Destacados da Guarda de Filhos no Brasil*” Curso dado em São Paulo em 20/07/2002.
- <sup>1</sup> **MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA e ELIANE MICHELLI MARRACCINI** in “*Guarda dos Filhos: Algumas Diretrizes Psicanalíticas*”. Editora Revista dos Tribunais, 1995, 716/346, pág. 348
- <sup>1</sup> **MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA e ELIANE MICHELLI MARRACCINI**, in “*Guarda dos Filhos: Algumas Diretrizes Psicanalíticas*”, Editoras Revista dos Tribunais, 1995, 716/346, pág. 348
- <sup>1</sup> **EDOARDO GIUSTI**, “*A Arte de Separar-se*”, in Constituição Federal – 10 anos, Guarda Conjunta, Caetano Lagrasta Neto, Editora Juarez de Oliveira, 1998, pág. 92.
- <sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO**, in “*Repertório de Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*”, Editora Revista dos Tribunais, pág. 443.
- <sup>1</sup> **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**, “*Famílias Monoparentais*”, in Constituição Federal, 10 anos, Editora Juarez de Oliveira, 1ª Edição, pág. 93.
- <sup>1</sup> **CHICO SAILVA, ELAINE LOBATO e RITA MORAES**. “*Entre Dois Amores*”, ISTO É, São Paulo, 06/02/2002, nº 1688, pág. 56.

<sup>1</sup> **CHICO SILVA, ELAINE LOBATO e RITA MORAES**, “Entre Dois Amores”, ISTO É, São Paulo, 06/02/2002, nº 1688, pág. 56.

<sup>1</sup> **SANDRA VILELA**, “*Publicação Eletrônica – Guarda Compartilhada Física e Jurídica*”, disponível em <http://www.pailegal.net>. Grupo Pai Legal. Acesso em julho/2002.

<sup>1</sup> **WILSON SANTOS**, “*Publicação Eletrônica*” – Disponível em <http://www.pailegal@net> Grupo Pai Legal.

<sup>1</sup> **HUNS GRUNSPUM**, “*Mediação Familiar – Revista Psicologia Catharsis*”. Disponível em: [http://www.revistapsicologia.com.br/materias/entrevistaAutor/,mediador\\_familiar.html](http://www.revistapsicologia.com.br/materias/entrevistaAutor/,mediador_familiar.html).

<sup>1</sup> **CENTRO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR**. Disponível em: <http://www.mafrarenato.vilabol.uol.com.br>

<sup>1</sup> **MEDIADORES ASSOCIADOS**. Disponível em: <http://www.negociação.com.br/mediação.html>. Acesso em julho/2003.

<sup>1</sup> **ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS**. “*Guarda Compartilhada se Consolida nos Tribunais*”. São Paulo. Disponível em: <http://www.apaese.com.br> .

<sup>1</sup> **CARLOS ROBERTO GONÇALVES**. “*Sinopses Jurídicas – Direito das Obrigações*”. Parte Especial. Volume 6. Tomo II. Responsabilidade Civil, São Paulo. Editora Saraiva, pág. 09.

<sup>1</sup> **CARLOS ROBERTO GONÇALVES**, “*Sinopses Jurídicas – Direito das Obrigações*”. Parte Especial. Volume 06. Tomo II. Responsabilidade Civil. São Paulo. Editora Saraiva, pág. 09

<sup>1</sup> **WALDYR GRISARD FILHO**, “*Guarda Compartilhada, Uma Nova Espécie de Responsabilidade*”. Editora Revista dos Tribunais, pág. 92

<sup>1</sup> **EVANDRO LINS SILVA**, “*Dois Lares é Melhor que Um*”, Disponível em: <http://www.pailegal.net> Grupo PAI Legal.

<sup>1</sup> **EVANDRO LINS SILVA**, “*Dois Lares é Melhor que Um*”, Disponível em: <http://www.pailegal.net> Grupo PAI Legal.

<sup>1</sup> **EVANDRO LINS SILVA**, “*Dois Lares é Melhor do Um*”. Disponível em: <http://www.pailegal.net> Grupo PAI Legal.

<sup>1</sup> **MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA e ELIANE MICHELLI MARRACCINI**, in “*Guarda dos Filhos: Algumas Diretrizes Psicanalíticas*”, Editora Revista dos Tribunais, 716/346, pág. 353.

<sup>1</sup> **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**, “*Famílias Monoparentais*”, Editora Revista dos Tribunais, 1997, in “*Guarda Compartilhada*”, Waldyr Grisard Filho, Editora Revista dos Tribunais, pág. 443.