



Centro Universitário de Brasília Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS)

**CAMILA MARIA SILVA MOREIRA**

**A IMPOSIÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA  
COMPARTILHADA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO  
DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA**

**BRASÍLIA**

**2014**

CAMILA MARIA SILVA MOREIRA

**A IMPOSIÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA  
COMPARTILHADA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO  
DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub.

Orientadora: Professora Mestre Débora Soares Guimarães.

**BRASÍLIA  
2014**

**CAMILA MARIA SILVA MOREIRA**

**A IMPOSIÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA  
COMPARTILHADA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO  
DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub.

Orientadora: Professora Mestre Débora Soares Guimarães.

Brasília, de de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora Débora Soares Guimarães

---

Examinador

---

Examinador

Dedico este trabalho a toda a minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse a essa etapa da vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pela força e coragem durante toda essa longa caminhada.

À minha querida orientadora, Professora Débora Soares Guimarães, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, conduziu este trabalho.

A todos os professores do curso de Direito do Centro Universitário UniCeub que foram importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

À minha família, por sua capacidade de acreditar e investir em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Ao meu namorado Guilherme Braga pelo carinho e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre.

“Se você passar por uma guerra no trabalho, mas tiver paz quando chegar em casa, será um ser humano feliz. Mas, se você tiver alegria fora de casa e viver uma guerra em sua família, a infelicidade será sua amiga.”

Augusto Cury

## RESUMO

A presente monografia aborda um estudo acerca do instituto da guarda no Brasil, com enfoque na guarda compartilhada. Com efeito, buscar-se-á verificar se a imposição da guarda compartilhada no âmbito de um processo judicial teria o condão de violar o princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Referido princípio decorre da adoção, no Brasil, da doutrina da Proteção Integral, e preconiza que os infantes, por serem sujeitos de direito e estarem em desenvolvimento, devem ser tratados com prioridade absoluta a fim de terem garantidos seus direitos fundamentais. Com aporte na pesquisa dogmático-jurídica e no método dedutivo, este trabalho objetivará defender a aplicação da guarda compartilhada apenas como resultado de um prévio acordo entre os pais, analisando seus limites em termos doutrinários e jurisprudenciais. Não se olvidará, outrossim, das grandes vantagens geradas pela referida espécie de guarda em termos de proteção integral ao infante, mas será demonstrado que o alcance dos referidos benefícios depende da sua correta aplicação.

**Palavras-chave:** Poder familiar. Guarda compartilhada. Princípio do superior interesse da criança.

## **ABSTRACT**

This monograph presents a study about the institute of the guard in Brazil, with a focus on joint custody. In fact, will try to check if the imposition of joint custody in the context of a judicial proceeding would have a habit of violating the principle of the best interests of the child and the adolescent. This principle stems from the adoption, in Brazil, the doctrine of Full Protection, and recommends that the Infants, by being subject to law and are in development, should be treated with absolute priority in order to have guaranteed their fundamental rights. With contribution to research dogmatic legal and the deductive method, this work shall target defending the application of joint custody only as a result of a prior agreement between the parents, analyzing their limits in accordance with doctrinal and jurisprudential. Not it be forgotten, moreover, the great advantages generated by this kind of guard in terms of full protection to the infant, but it will be shown that the scope of these benefits depends on its correct application.

**Keywords:** Power family. Joint custody. Principle of the best interests of the child.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 PODER FAMILIAR</b> .....	13
<b>1.1 A Família e o Poder Familiar</b> .....	13
1.1.1 Origem da família e do poder familiar .....	16
1.1.2 Conceito e regulamentação do poder familiar .....	21
<b>1.2 Princípios norteadores do Direito de Família e aplicáveis ao Poder Familiar</b> .....	29
1.2.1 Princípio da igualdade dos cônjuges .....	29
1.2.2 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos .....	30
1.2.3 Princípio da convivência familiar .....	31
1.2.4 Princípio do superior interesse da criança e do adolescente .....	32
1.2.5 Princípio da afetividade .....	33
1.2.6 Princípio da solidariedade familiar .....	34
<b>1.3 Efeitos</b> .....	35
<b>2 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL</b> .....	40
<b>2.1 A Guarda</b> .....	40
2.1.1 Conceito e Regulamentação .....	41
2.1.2 Espécies .....	45
2.1.2.1 <i>Guarda atrelada à família natural</i> .....	46
2.1.2.2 <i>Guarda e família substituta</i> .....	47
2.1.2.3 <i>Guarda fática</i> .....	48
2.1.2.4 <i>Guarda provisória e guarda definitiva</i> .....	48
2.1.2.5 <i>Guarda exclusiva</i> .....	50
2.1.2.6 <i>Guarda alternada</i> .....	50
2.1.2.7 <i>Guarda compartilhada</i> .....	53
<b>2.2 A Guarda Compartilhada no Brasil</b> .....	54
2.2.1 Origem .....	54
2.2.2 Conceito e Regulamentação no Brasil .....	58

2.2.3 Aspectos psicológicos do instituto da guarda compartilhada.....	61
2.2.4 Regime de visitas e guarda compartilhada .....	64
2.2.5 Estudo de uma possível solução diante da impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada.....	67
2.2.6 Requisitos para a concessão da guarda compartilhada.....	69
<b>3 A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.....</b>	<b>71</b>
<b>3.1 Doutrina da Proteção Integral .....</b>	<b>71</b>
3.1.1 Origem da Doutrina da Proteção Integral.....	69
3.1.2 Princípios da Doutrina da Proteção Integral.....	72
<b>3.2 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada .....</b>	<b>77</b>
3.2.1 Vantagens da guarda compartilhada.....	77
3.2.2 Desvantagens da guarda compartilhada .....	80
<b>3.3 A imposição da guarda compartilhada face ao melhor interesse da criança: posição doutrinária e jurisprudencial.....</b>	<b>81</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>96</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, adotou, em seu artigo 227, a Teoria da Proteção Integral no sentido de tutelar a proteção que as crianças e os adolescentes devem receber de suas famílias, da sociedade e do Estado por serem pessoas em desenvolvimento que precisam de ajuda para se autodesenvolverem psicologicamente, moralmente e fisicamente.

Buscando colocar em prática a Teoria da Proteção Integral surgiu o instituto da guarda compartilhada que é uma modalidade de guarda que almeja fazer com que ambos os genitores possuam igualdade de direitos e deveres no tocante à criação e educação dos filhos. Isso ocorre porque além da guarda conjunta primar pela convivência habitual entre pais e filhos, esta faz com que os genitores exerçam em conjunto a autoridade parental e tomem decisões acerca da vida da prole.

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra e foi adotada no Brasil pela doutrina e jurisprudência antes mesmo de entrar em vigor a Lei nº 11.698 de 2008, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, transformando a guarda compartilhada em guarda legal. Essa lei foi uma importante inovação ocorrida no Direito de Família nos últimos anos uma vez que buscou conciliar três princípios relevantes: princípio da igualdade de homens e mulheres, princípio da convivência familiar e princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

O princípio constitucional da isonomia entre homens e mulheres surgiu de uma luta histórica das mulheres por autonomia, independência e pela inclusão no mercado de trabalho. Esses acontecimentos fizeram com que as tarefas domésticas fossem repartidas entre homens e mulheres e, como consequência, houve uma aproximação dos pais com os filhos. Isso fez com que atualmente homens e mulheres lutassem para ter uma participação na vida dos filhos e, por causa disso, a guarda compartilhada é extremamente justa nesse aspecto uma vez que esta faz com que os genitores exerçam uma autoridade conjunta na vida dos filhos.

Além disso, a guarda compartilhada adota o princípio da convivência familiar porque seu fundamento é possibilitar à criança convívio com seu pai e sua mãe de maneira igualitária haja vista que a função desempenhada por cada um deles é necessária para que a criança consiga obter um pleno desenvolvimento físico e emocional.

No mais, é correto afirmar que a guarda compartilhada adota o princípio do superior interesse da criança porque, apesar de não existirem critérios específicos para definir o superior interesse do infante, o melhor para a criança é estar constantemente na presença dos pais porque são eles que educam, cuidam e protegem-na.

Assim, visualiza-se que a guarda compartilhada realmente cumpre seu objetivo, qual seja fazer com que os entes familiares tenham diminuído os sofrimentos causados pela ruptura da sociedade conjugal na medida em que os genitores terão constantemente os filhos em sua presença para amá-los e educá-los da melhor maneira possível. Todavia, para que isso ocorra os pais devem colocar as necessidades dos filhos em primeiro plano, abstendo-se de todas as incompatibilidades e frustrações decorrentes do matrimônio.

Devido a todos os benefícios mencionados, a jurisprudência e a doutrina brasileira adotaram a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, no início a jurisprudência afirmava que para que a guarda compartilhada fosse adotada por uma família seria necessário que os genitores possuíssem uma relação harmônica.

Os julgados dos Tribunais começaram a mudar esse entendimento recentemente e no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1.251.000/MG, decidiu que como a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que não haja consenso e harmonia entre eles, tal modalidade de guarda poderia ser imposta por um magistrado.

Diante de referida decisão, o presente trabalho buscará analisar se a imposição da guarda compartilhada pelo magistrado realmente se mostra viável diante do princípio do superior interesse da criança e do adolescente e da doutrina da proteção integral. Com efeito, buscar-se-á demonstrar que a imposição da guarda conjunta pelo Poder Judiciário nos casos de litígio entre os genitores é uma ofensa ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Para tanto buscamos mostrar reflexões acerca das vantagens e desvantagens de tal instituto, além de mostrar os aspectos psicológicos desta modalidade de guarda. Esse estudo é de fundamental importância haja vista que, apesar da guarda compartilhada ser mais utilizada e indicada atualmente por juristas e psicólogos, nem sempre deverá ser utilizada por uma família.

A guarda conjunta não deve ser desempenhada quando os genitores se encontrarem em situação de conflito, pois isso poderá instigar mais litígio entre eles e colocará em risco o bem-estar da criança, podendo resultar em traumas psicológicos, insegurança, desequilíbrio emocional. Portanto, o magistrado, em função de sua imparcialidade e com base no princípio da razoabilidade, deve verificar qual é a modalidade de guarda mais indicada para cada situação em concreto. Além disso, se for averiguado que numa situação específica a guarda compartilhada está impossibilitada de ser aplicada, o direito de visitas surgirá como uma alternativa à manutenção da criança em sua relação familiar.

Em termos metodológicos, este estudo terá como base o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica, valendo da legislação, da doutrina e da jurisprudência para a análise do problema proposto. Desse modo, o primeiro capítulo abordará o conceito, origem, regulamentação, princípios e efeitos que regem o poder familiar (*munus* público exercido pelos genitores no tocante aos filhos). Já o capítulo segundo tratará da guarda compartilhada mostrando seu conceito, regulamentação e requisitos; contudo, antes disso iremos conceituar, mostrar a regulamentação e as espécies da guarda. Por fim, o terceiro capítulo enfocará a guarda compartilhada sob o ângulo do princípio do melhor interesse da criança, abordando a doutrina da proteção integral, as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada e verificando, por fim, se a imposição da guarda compartilhada afrontaria o melhor interesse da criança.

## 1 PODER FAMILIAR

Neste primeiro capítulo será abordado o poder familiar e para isso faz-se necessário demonstrar a evolução da família, sua importância na formação do indivíduo e suas características.

### 1.1 A Família e o Poder Familiar

A entidade familiar é de extrema relevância para a construção de uma sociedade estruturada e equilibrada haja vista que é nela que a pessoa começa a ter aprendizagem sobre os valores sociais essenciais para a sua formação de consciência cidadã<sup>1</sup>. Em seus pensamentos, Rui Barbosa expressava que “a pátria é a família amplificada”, demonstrando que a família é o princípio basilar do Estado<sup>2</sup>.

Por tal motivo o instituto familiar começou a ser cada vez mais valorizado e protegido pelo Estado, tendo a Constituição Federal e demais leis infraconstitucionais reconhecido inúmeras formas de entidades familiares<sup>3</sup>. Nesse sentido assevera Rodrigo da Cunha Pereira: “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”<sup>4</sup>.

Apesar de o afeto constituir o elemento mais importante para se caracterizar uma família hodiernamente<sup>5</sup>, isso nem sempre aconteceu na história da humanidade<sup>6</sup>. Segundo De

---

<sup>1</sup> CÉSAR, Frank Figueiredo. **A importância da sociologia jurídica no direito de família aplicada à mediação**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/import%C3%A2ncia-da-sociologia-jur%C3%ADdica-no-direito-de-fam%C3%ADlia-aplicada-%C3%A0-media%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>2</sup> SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/541/Os+filhos+da+fam%C3%ADlia+em+lit%C3%ADgio+judicial%3A+uma+abordagem+cr%C3%ADtica>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>3</sup> SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/541/Os+filhos+da+fam%C3%ADlia+em+lit%C3%ADgio+judicial%3A+uma+abordagem+cr%C3%ADtica>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>4</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-227.

<sup>5</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nova revolução na constituição de famílias**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/892/Nova+revolu%C3%A7%C3%A3o+na+constitui%C3%A7%C3%A3o+de+fam%C3%ADlias>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>6</sup> LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <[http://www.amagis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30](http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Plácido e Silva<sup>7</sup> a etimologia da palavra “família” vem do latim *famel*, escravo<sup>8</sup>. No entanto, a acepção da palavra família originalmente era a *família proprio iure*, vale dizer, conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater familiae*<sup>9</sup>.

O conceito de família sofreu expressiva alteração no curso da história brasileira. Para iniciar o nosso estudo sobre a evolução do significado da palavra família no Direito Brasileiro faz-se necessário citar o entendimento de Clóvis Beviláqua, o qual vigorava no início da vigência do Código Civil de 1916. Segundo o autor, a família era constituída por um conjunto de pessoas que estavam ligadas entre si pelo vínculo da consanguinidade<sup>10</sup>. Além disso, para ele era importante destacar os elementos que levavam à constituição da família, nesse sentido, salienta o autor:

Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesáco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar<sup>11</sup>.

Nessa época entendia-se que a família era constituída pelo parentesco natural (sanguíneo) sendo que o Código Civil de 1916 também previa o parentesco civil, como no caso da adoção. Ademais, o que unia o homem e a mulher era o vínculo matrimonial, não havia que se falar em união estável. No mesmo sentido, havia uma discriminação entre os filhos uma vez que eles eram tidos como legítimos quando advindos do matrimônio e ilegítimos quando decorriam de uma união extraconjugal<sup>12</sup>.

Com o passar dos anos a visão da sociedade ampliou-se mais no tocante ao tema da família e a Constituição Federal de 1988, para acompanhar essas mudanças, consagrou os ideais de igualdade entre os cônjuges, reconheceu a união estável como uma norma forma de

---

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 347.

<sup>8</sup> BIANCO, Tatiani. **Os direitos sucessórios na união estável**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_89/MonoDisTeses/TatianiBianco\\_Rev89.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_89/MonoDisTeses/TatianiBianco_Rev89.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>9</sup> LIMA, Roseana Mathias Alves de. **O conceito de família e os benefícios legais concedidos aos seus integrantes no âmbito do estatuto dos servidores públicos federais**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6379](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6379)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>10</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943. p. 16.

<sup>11</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943. p. 17.

<sup>12</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943. p. 309.

família, igualou os filhos (não se fala mais em filhos legítimos e ilegítimos) e confiou a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse destes<sup>13</sup>.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente apenas três formas de família que são a família decorrente do casamento, da união estável e a família monoparental (formada por qualquer dos genitores e sua prole). De acordo com Cristiano Farias e Nelson Roselvald o casamento é uma “entidade familiar, merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e solenemente, entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida<sup>14</sup>)”. A união estável pode ser conceituada como uma união pública e duradoura entre duas pessoas e que tenha objetivo de constituição de família (tal conceito depreende-se do artigo 1.723 do Código Civil de 2002). Por fim, a família monoparental é aquela formada por um dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988).

Além disso, a família pode ser classificada em três sentidos que são o amplíssimo, amplo e restrito<sup>15</sup>. No sentido amplíssimo, a família é formada por um conjunto de pessoas que estão ligadas entre si por vínculos de consanguinidade e afinidade<sup>16</sup>. No sentido amplo a família é composta por pessoas ligadas umas às outras pelos vínculos de consanguinidade ou não, podendo ascender ou descender entre si ou não; isto é, o parentesco pode decorrer de pessoas que venham da mesma origem com vínculos de consanguinidade (natural) ou não (civil)<sup>17</sup>. Por fim, a família em sentido restrito é aquela que abrange somente os genitores e sua prole<sup>18</sup>.

Atualmente, o melhor conceito jurídico da palavra família está consagrado no artigo 5º, II, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), segundo o qual a família é compreendida

---

<sup>13</sup> SIMÕES, Thiago Felipe Vargas; COSTA, Livia Ronconi. **A família e a Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/770/A+fam%C3%ADlia+e+a+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+1988>>. Acesso em: 08 maio 2014.

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 186.

<sup>15</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.5. p. 24.

<sup>16</sup> FERMINO, Livia Maria Teixeira. **A família natural e sua proteção legal**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/215/215>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

<sup>17</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2. p. 03.

<sup>18</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB: MG – Del Rey, 2000, p. 04.

como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”<sup>19</sup>.

Por fim, ao se estabelecer uma entidade familiar surgem direitos e deveres para todos os seus integrantes e um dos deveres que surgem para os pais no tocante aos seus filhos é o poder familiar<sup>20</sup>, o qual será abordado em seguida.

### 1.1.1 Origem da família e do poder familiar

A família sempre esteve presente em todas as fases da sociedade. Na sociedade primitiva ela era formada por um grupo de pessoas que conviviam por questões de sobrevivência<sup>21</sup>. Como nessa época não havia um vínculo familiar afetivo as crianças quando nasciam eram criadas pelo grupo e não somente por seus genitores. Tal situação pode parecer estranha se a analisarmos no contexto de família do Século XXI, no entanto, nas lições de João Baptista Villela em seu trabalho “Desbiologização da Paternidade”, constata-se que a paternidade não é um fato da natureza, mas sim um fato cultural<sup>22</sup>. Nesse sentido, leciona Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra intitulada “A Família – Estruturação Jurídica e Psíquica”:

Jacques Lacan, em 1938, escrevendo para o tomo VIII da *Encyclopédie Française*, em seu texto *A Família* (atualmente publicado no Brasil com o nome *Complexos Familiais*), vem exatamente marcar a diferença, mostrando que a família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função, que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>20</sup> DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8315&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8315&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>21</sup> DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura%20&artigo\\_id=%209019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura%20&artigo_id=%209019)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>22</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família: estruturação jurídica e psíquica**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. p. 19.

necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos<sup>23</sup>.

A família cultural que conhecemos só começou a surgir posteriormente quando o grupo precisou de normas para se organizar e deu origem à sociedade. Nessa época, as relações afetivas se tornaram mais estáveis e as crianças que nasciam eram criadas por quem as havia gerado. As primeiras sociedades eram matriarcais, isto é, a figura materna era a que prevalecia<sup>24</sup>.

O sistema somente deixou de ser matriarcal e passou a ser patriarcal na Antiguidade com o advento do Código de Hammurabi<sup>25</sup>. O ordenamento jurídico da época previa que o casamento deveria ser monogâmico (apesar de o concubinato ser consentido) e só era válido aquele que fosse celebrando mediante contrato<sup>26</sup>. O divórcio, nessa sociedade, era permitido tanto por parte do homem quanto da mulher, mas na última situação a mulher deveria ter conduta ilibada.

No direito hebraico o casamento era um sacramento sigiloso e privativo das famílias que o acordavam. O divórcio também era permitido, mas somente a figura masculina poderia requisitá-lo e tal fato somente era possível quando algo vergonhoso acontecesse com sua esposa<sup>27</sup>.

Nesse mesmo sentido era o Código de Manu que, além de prever o que os outros ordenamentos jurídicos possuíam, reconheceu expressamente em seu texto a incapacidade da mulher de sozinha se reger<sup>28</sup>. Este código desigualava consideravelmente o homem e a

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família: estruturação jurídica e psíquica**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. p. 19.

<sup>24</sup> DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura%20&artigo\\_id=%209019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura%20&artigo_id=%209019)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>25</sup> LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <[http://www.amagis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30](http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>26</sup> BAPTISTA, Cabaça. **Conceito de família na Mesopotâmia e no quadro do código de Hammurabi**. Disponível em: <<http://cabacabaptista.blogspot.com.br/2012/05/conceito-de-familia-na-mesopotamia-no.html>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

<sup>27</sup> LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <[http://www.amagis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30](http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>28</sup> LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <[http://www.amagis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30](http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

mulher, tanto que se esta fosse considerada adúltera a ela era aplicada a pena de morte, situação que não acontecia no caso do homem adúltero<sup>29</sup>.

Alguns anos depois (27 a.C. a 395 d.C.), na sociedade romana, que era considerada patriarcal, havia a figura do *patria potestas*<sup>30</sup>. Este representava um poder que o ascendente mais antigo da família (*pater*) tinha sobre sua esposa, seus filhos e seus escravos<sup>31</sup>. O *pater* possuía um poder de vida e morte sobre a vida de seus filhos e estes eram tratados como objetos porque o poder familiar era tido como absoluto<sup>32</sup>. Nesse sentido leciona Caio Mário da Silva Pereira:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia in loco *filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritari*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis demintuio pérpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido<sup>33</sup>.

Em Roma a família possuía duas acepções: uma era destinada as coisas e outra as pessoas. No sentido de “coisa” a família era considerada como um conjunto de bens (patrimônio). No tocante às “pessoas”, a família era tida por um conjunto de pessoas que se vinculavam por meio de parentesco, o qual poderia ser de duas modalidades: *agnatio* e a *cognatio*<sup>34</sup>. Enquanto que na *agnatio* o alicerce da família patriarcal fundamentava-se na

<sup>29</sup> LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <[http://www.amagis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30](http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>30</sup> Sobre o funcionamento do pátrio poder em Roma assevera Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos: “O *pater familias* era o chefe absoluto, sacerdote incumbido de officiar a veneração dos *penates*, deuses domésticos. Como chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, tinha direitos absolutos sobre a mulher e os filhos, inclusive com direito de vida e morte sobre os últimos, decorrente do *ius vitae necisque*. O *pater familias* era titular do *ius noxae dandi*, consistente no abandono reparatório do filho em favor da vítima que houvesse sofrido prejuízo com a prática pelo filho de um ilícito privado. Podia também exercer o *ius vendendi*, que era a faculdade de alienar o filho, mediante *mancipatio* a outro *pater familias*. Subespécie do *ius vitae necisque* que era o *ius exponendi*, faculdade do *pater familias* de abandonar o filho recém-nascido ao seu destino. Só o *pater familias* tinha patrimônio, exercendo a *domenica potestas*. A mulher era considerada inabilitada para os negócios da vida forense. Daí a *capitis deminutio* de que padecia, que repercutiu na família moderna”. RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

<sup>31</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3.

<sup>32</sup> MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Aspectos gerais sobre a guarda compartilhada**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_.artigos\\_leitura&artigo\\_id=8523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_.artigos_leitura&artigo_id=8523)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>33</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5. p. 31.

<sup>34</sup> NOGUEIRA, Adalácio Coelho. **Introdução ao direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 226.

*patria potestas*, a *cognatio* baseava-se nos laços sanguíneos<sup>35</sup>. O parentesco da *agnatio* era aquele que somente o homem possuía e que era transmitido de geração a geração somente pela linhagem paterna<sup>36</sup>. Esse homem detinha um poder que era denominado *pátrio poder*.

Quando houve o fortalecimento do cristianismo na Idade Média, a Igreja Católica passou a ter forte influência sobre a sociedade, principalmente no tocante às relações familiares<sup>37</sup>. O Direito Canônico influenciou vários países e impunha uma série de obrigações para as pessoas que o adotassem<sup>38</sup>. Essa instituição fez diversas transformações na sociedade fazendo com que o único tipo de casamento que seria reconhecido fosse o religioso (católico), o qual era indissolúvel e sua principal finalidade era a procriação e criação dos filhos<sup>39</sup>.

Ainda nessa época existiam grandes discriminações entre homens e mulheres, sendo que estas ainda eram consideradas incapazes e o *pátrio poder* que os homens possuíam abrangia não somente os seus filhos, mas também suas esposas. Um marco importante na história do mundo foi a Revolução Francesa<sup>40</sup> porque nesse período começaram a surgir ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Contudo, apesar das ideias revolucionárias do momento, os filhos ainda não eram reconhecidos como sujeitos de direitos e o poder que seu pai tinha sobre eles foi ratificado no Código Napoleônico<sup>41</sup>.

Posteriormente, alguns fatos históricos a exemplo da Revolução Industrial (Século XVIII), movimentos pela emancipação da mulher (1960) e, principalmente, a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (1948) – que instituiu o princípio da igualdade por co-gestão –, fizeram com que as prerrogativas do poder familiar se modificassem<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

<sup>36</sup> ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

<sup>37</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

<sup>38</sup> GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **Evolução histórica envolvendo o direito de família**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=10108](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. **As famílias e seus direitos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/252/As+fam%C3%ADlias+e+seus+direitos>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>40</sup> DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)>. Acesso em: 07 maio 2014.

<sup>41</sup> DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)>. Acesso em: 07 maio 2014.

<sup>42</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

Com todos esses movimentos começou a surgir uma separação entre concepções jurídicas e culturais, as quais anteriormente se misturavam<sup>43</sup>. Antes desses fatos históricos marcantes havia uma separação muito nítida de tarefas que cabiam as mulheres e de tarefas que seriam realizadas pelos homens. A mulher possuía a função de se dedicar ao lar, aos filhos e ao marido; enquanto que ao pai cabia somente a função de trabalhar para sustentar financeiramente sua família<sup>44</sup>. Por causa disso, a guarda e criação dos filhos era tarefa embutida somente à mãe e, na hipótese de separação dos pais era a mulher que ficaria cuidando dos filhos<sup>45</sup>. Todavia, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho houve uma queda do patriarcalismo que gerou, como consequência, uma divisão de tarefas domésticas entre homens e mulheres<sup>46</sup>. Nesse sentido, o pai se tornou mais presente na vida dos filhos e dividiu com a mulher a criação e educação destes<sup>47</sup>.

Em detrimento disso, o pátrio poder deixou de receber essa nomenclatura e passou a ser denominado de poder familiar a fim de que homens e mulheres exercessem igualmente a criação e educação dos filhos<sup>48</sup>. Acompanhando essas mudanças, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe acerca do poder familiar o seguinte:

Artigo 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”<sup>49</sup>.

Portanto, devido a uma conquista histórica, atualmente homens e mulheres exercem em igualdade de direitos e deveres o poder familiar. No entanto, esse *munus* público não é absoluto tampouco inatingível e, por causa disso, o Estado irá fiscalizar como os pais estão

---

<sup>43</sup> CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Guarda compartilhada. Visão em razão dos princípios fundamentais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 219.

<sup>44</sup> CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Guarda compartilhada. Visão em razão dos princípios fundamentais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 219.

<sup>45</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

<sup>46</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

<sup>47</sup> CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Guarda compartilhada. Visão em razão dos princípios fundamentais. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 220.

<sup>48</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

<sup>49</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 07 maio 2014.

exercendo esse poder familiar de forma a evitar abusos e proteger as crianças e os adolescentes<sup>50</sup>.

### 1.1.2 Conceito e regulamentação do poder familiar

Atualmente, a previsão do poder familiar no Brasil encontra-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, previamente à análise da regulamentação do poder familiar no Brasil nos dias atuais iremos mostrar a sua evolução.

No Brasil colônia, a família só era considerada como legítima se fosse matrimonializada, alicerçada na instituição do casamento. Consequentemente, as outras instituições eram consideradas famílias ilegítimas e toda prole advinda dessa relação também era considerada ilegítima. Ademais, só os membros da família legítima que possuíam certos privilégios, a exemplo da concessão de terras uma vez que o solteiro não poderia ser considerado patrício, não receberia matrícula no comércio, não obteria emprego na República, tampouco patente miliciana e de Ordenanças<sup>51</sup>. Sobre o casamento no Brasil colônia afirma Marília Barbosa de Brito:

O casamento sacramentado conferia *status* e segurança aos colonos. E para gozar e transmitir os privilégios eram proibidas as uniões com negras, mulatas, índias, cristãs-novas, artesãs ou comerciantes de loja aberta. A falta de mulheres brancas levou a Coroa a adotar certas medidas: enviar mulheres para cá, entre elas algumas órfãs. A Coroa procurou reunir meninas pobres de 14 a 30 anos nos orfanatos de Lisboa e Porto para depois mandar às suas colônias, mas o seu número foi bastante reduzido, não passando de 2 ou 3 por ano; e estas eram destinadas exclusivamente aos representantes da elite. A Coroa portuguesa, também procurou evitar a fundação de conventos em terras brasileiras devido à questão demográfica, para que as poucas mulheres brancas não se enclausurassem e ficassem disponíveis ao casamento<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

<sup>51</sup> BRITO, Marília Barbosa de. **Estudos da família no Brasil colonial**. Disponível em: <<http://www.pe.anpuh.org/resources/pe/anais/encontro5/01imaginario/Artigo%20de%20Mar%EDlia%20Barbosa%20de%20Brito.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

<sup>52</sup> BRITO, Marília Barbosa de. **Estudos da família no Brasil colonial**. Disponível em: <<http://www.pe.anpuh.org/resources/pe/anais/encontro5/01imaginario/Artigo%20de%20Mar%EDlia%20Barbosa%20de%20Brito.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

Com a proclamação da República o Brasil se tornou independente e a Constituição Republicana de 1891 separou o Estado da Igreja, ou seja, o Brasil se tornou um país laico. Com isso, o casamento passou a ser civil e esse instituto se tornou meramente jurídico<sup>53</sup>.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 a realidade social da época era que a família ainda era diferenciada em legítima e ilegítima<sup>54</sup>. A família legítima era somente aquela matrimonializada e, conseqüentemente, as outras instituições eram consideradas uma família ilegítima e toda prole advinda dessa relação também era considerada ilegítima. No mais, para a filiação ilegítima nenhum direito era garantido, tampouco os direitos sucessórios<sup>55</sup>.

Posteriormente passou-se a se legitimar a prole ilegítima desde que cessasse o impedimento para que as pessoas contraíssem matrimônio. Com isso, surgiu a figura dos filhos legitimados que eram aqueles que nasciam ilegítimos e depois viravam legítimos porque os pais contraíram matrimônio. Em seguida a lei foi abrindo possibilidades de se legitimar uma prole ilegítima a exemplo de um pai que reconhecia seu filho ilegítimo por meio de testamento<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 182.

<sup>54</sup> De acordo com Mafalda Lucchese no Código Civil de 1916 “Os filhos eram classificados como: legítimos - os gerados dentro do casamento; legitimados – eram os filhos naturais que, apenas em situações específicas, poderiam ser reconhecidos pelo próprio pai ou mãe (o filho jamais poderia reivindicar em juízo seu estado de filiação); ilegítimos ou naturais – nascem de pessoas não ligadas pelo matrimônio.

Os filhos ilegítimos ainda se dividiam em naturais e espúrios. Os naturais eram os nascidos fora do matrimônio, resultantes da união de duas pessoas que não se casaram, mas poderiam fazê-lo, porquanto inexistente qualquer impedimento para tal. Os espúrios, por sua vez, eram os que decorriam da união de duas pessoas impedidas para o matrimônio.

Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos (fruto do relacionamento entre duas pessoas para as quais há impedimento legal para o casamento, decorrente de vínculo de parentesco) e, os adulterinos (resultantes da união entre duas pessoas, sendo uma ou ambas legalmente casadas com terceira pessoa). Estes filhos incestuosos ou adulterinos não poderiam ser reconhecidos”. LUCHESE, Mafalda. **Filhos: evolução até a plena igualdade jurídica**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_231.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

<sup>55</sup> Os filhos legítimos eram aqueles advindos do matrimônio de seus pais e os filhos ilegítimos eram aqueles cujos genitores não eram casados entre si. A lei previa que os filhos legítimos teriam direitos que não seriam dados aos filhos ilegítimos, como por exemplo, o direito de herança. Além disso, também havia certa discriminação no tocante aos filhos adotivos uma vez que a nada faziam jus. Artigo 377 e § 2º do artigo 1.650, ambos do Código Civil de 1916. BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002.

<sup>56</sup> Como já exposto supra, o Código Civil de 1916, em seu art. 358, proibia o reconhecimento de filhos adulterinos, bem como a respectiva investigação de paternidade. Posteriormente, a Lei nº 883, de 1949, passou a permitir o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, se dissolvida a sociedade conjugal (art. 1º), permitindo, ainda, ao filho ilegítimo pleitear alimentos em segredo de justiça (art. 4º). A lei 6.515, de

Quanto ao instituto da adoção, no artigo 1.609 do Código Civil de 1916 tínhamos um tratamento diferenciado em relação à prole adotiva no tocante a alguns direitos, como por exemplo, no campo sucessório os filhos adotivos tinham direito a receber somente metade do valor que os filhos naturais faziam jus. Vale dizer, sob a ótica da adoção simples o legislador criou a regra de que se houvesse concorrência entre filhos naturais e adotivos, os naturais iriam receber mais. Essa circunstância decorria do fato de o Código Civil de 1916 sobrepor os vínculos de consanguinidade aos vínculos afetivos, situação que só mudou com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>57</sup>.

Ademais, no tocante à filiação, o Código Civil de 1916 previa que a morte dos pais adotivos impedia a adoção e, havia previsão expressa nesse Código de que a titularidade do poder familiar era exclusiva do pai, sendo que o seu exercício era admitido excepcionalmente pela figura materna<sup>58</sup>. Outrossim, até meados de 1949, um homem que tivesse um filho fora do casamento estava impedido juridicamente de reconhecê-lo como sua prole, salvo se sua esposa permitisse. Nessa época priorizava-se a proteção da família a qualquer custo, tanto que ao juiz era permitido indeferir um acordo de divórcio consensual, dada a importância da manutenção da família à felicidade das pessoas (art. 34, da Lei nº 6.515 de 1977, mais conhecida como Lei do Divórcio).

---

26-12-1977, acrescentou à Lei 883 o parágrafo único, que foi transformado em § 1º pela Lei 7.250, de 14-11-1984, sendo que esta última também acrescentou o § 2º, dispondo:

“§ 1º. Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

§ 2º. Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”.

A Lei 6.515/77 também introduziu o art. 2º à Lei 883, passando o direito à herança a ser reconhecido, em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação. Assim, com fundamento no art. 4º da Lei 883/49, ingressava-se com pedido de alimentos, em que a paternidade era reconhecida incidentalmente; entretanto, reconhecia-se apenas a obrigação alimentar, mas não o direito de incluir-se a filiação, continuando o filho sem o nome do pai. LUCHESE, Mafalda. **Filhos: evolução até a plena igualdade jurídica**. Disponível em:

<[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_231.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

<sup>57</sup> O tratamento isonômico dado pela Carta Magna aos filhos adotivos e naturais implicou na mudança de algumas regras do direito sucessório, como a revogação do artigo 377 e do § 2º, do artigo 1.605, do Código Civil de 1916, os quais determinavam, ora a total exclusão do adotado da sucessão aos bens do adotante, ora a permissão para suceder somente a metade dos bens aos quais teria direito qualquer filho consanguíneo do adotante. NILA, Safira; MATOS, Andressa da Costa; OLIVEIRA, Emellin Layana Santos de. **Adoção e direito das sucessões**: Art. 1.799, I, do Código Civil de 2002 e princípio da isonomia da filiação. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11400/adocao-e-direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 07 maio 2014.

<sup>58</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

Por causa das mudanças de rápida urbanização e industrialização que o Brasil começou a sofrer em meados do Século XX, os ideais primitivos de família começaram a mudar, tanto que houve a emancipação feminina em aspectos econômicos e profissionais<sup>59</sup>. Segundo Paulo Lôbo, esses foram os principais fatores que levaram ao desaparecimento da família patriarcal e fizeram com que houvesse uma mudança de paradigma da família<sup>60</sup>.

No campo legislativo, algumas leis foram importantes para ratificar o entendimento de que o conceito de família estava evoluindo. Nesse sentido leciona Paulo Lôbo:

Ao longo do século XX, até à Constituição de 1988, houve a progressiva redução do “*quantum despótico*” no direito de família brasileiro, ou das desigualdades que ele consagrava. A família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que feneciam seus sustentáculos, a saber, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade. No campo legislativo, três grandes diplomas legais transformaram esse paradigma: a) a Lei n. 883/49, que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; b) a Lei n. 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz; c) a Lei n. 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade de reconstituírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, rompendo de uma vez a resistente reação da Igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais<sup>61</sup>.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na história do Direito de Família brasileiro porque estabeleceu que a família pudesse se constituir com a união estável e não somente com o casamento, reconheceu a igualdade entre marido e mulher na relação conjugal, equiparou os filhos advindos ou não do matrimônio estabelecendo os mesmos direitos para ambos, dentre outras coisas<sup>62</sup>.

Hodiernamente, com o advento da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente ampliou-se a proteção dada às crianças e aos adolescentes, concederam-se mais direitos a eles e, conseqüentemente, ampliaram-se as possibilidades filiatórias. Com isso, hoje em dia é possível que a filiação decorra de critérios

---

<sup>59</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

<sup>60</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

<sup>61</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

<sup>62</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 12.

biológicos e científicos, há a possibilidade de filiação pelo critério socioafetivo e já é possível, inclusive, a adoção de criança por casal homoafetivo (Resp. 889.852/RS)<sup>63</sup>.

Nesse sentido, Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º afirma que todos os filhos devem receber o mesmo tratamento, independentemente de sua origem. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Novo Código Civil assevera em seu artigo 1.596 que “os filhos,

---

<sup>63</sup> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma Cível. **Recurso Especial** nº 889852/RS, 2006/0209137-4. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJE - 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>64</sup>.

O Código Civil de 2002 eliminou as dificuldades que o Código Antigo trazia no reconhecimento dos filhos, tanto que agora os filhos havidos fora do casamento podem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, a qualquer momento (artigo 1.607)<sup>65</sup>. No mais, devida tamanha proteção que a Constituição Federal defere às crianças, o Novo Código Civil assegurou a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos, situação que nem mesmo pode ocorrer mediante testamento (artigos 1.609 e 1.610)<sup>66</sup>.

Quanto ao poder familiar disciplina o Código Civil de 2002 que este é um *munus* que os pais devem exercer enquanto os filhos são menores (artigo 1.630) e que será exercido por ambos os pais, ou na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (artigo 1.631)<sup>67</sup>. Além disso, quando os genitores discordarem de algo no tocante à sua prole, devem recorrer ao Poder Judiciário a fim de que o juiz dê a melhor solução para desacordo (artigo 1.631).

Outrossim, o artigo 1.634 do Código Civil de 2002 estabelece as obrigações que os genitores possuem no tocante aos seus filhos e, se os pais descumprirem esses deveres, eles poderão ter o poder familiar suspenso ou extinto (artigos 1.635 e 1.638 do Novo Código Civil)<sup>68</sup>. Dispõe o artigo 1.634 do Código Civil de 2002 que:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

<sup>64</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>65</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>66</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>67</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>68</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição<sup>69</sup>.

No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a adoção da teoria da proteção integral<sup>70</sup>, ratificou a igualdade dos cônjuges, conferiu a ambos a regência da pessoa dos filhos menores e mudou a terminologia de *pátrio poder* para *poder familiar*<sup>71</sup>. Quanto à evolução do poder familiar leciona Paulo Lôbo:

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni juris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do quantum despótico, restringindo esses poderes domésticos. No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital<sup>72</sup>.

A expressão “pátrio poder” transmitia a ideia da prevalência da figura masculina acerca das decisões dos interesses dos filhos<sup>73</sup>. Como isso era contrário ao princípio da igualdade, que se encontra na Constituição Federal de 1988, foi necessário haver uma mudança para a terminologia “poder familiar” com a finalidade de incumbir a ambos os genitores o exercício simultâneo e conjunto, da incumbência legal imposta pelo próprio Estado, de criação dos filhos<sup>74</sup>. Além disto, a mudança da nomenclatura foi relevante porque

<sup>69</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>70</sup> A doutrina da proteção integral está expressa no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e é baseada na total proteção a crianças e adolescentes haja vista que estes são vulneráveis e merecem toda a proteção do Estado. Para Josiane Rose Petry Verosene “Ao Estado compete à implantação de programas de assistência integral, visando à saúde da criança e do adolescente, com atendimento especializado aos portadores de deficiência, através de treinamento para o trabalho e da convivência social, e a facilitação do acesso aos bens e serviços públicos coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; deverá ainda o Poder Público aplicar um percentual dos recursos públicos para os cuidados com a saúde na assistência materno-infantil – art. 227, §1º, I e II”. LIMA, Roberta Oliveira; VIEIRA, Ricardo Stanzola. **A doutrina da proteção integral à criança e adolescente e a proteção socioambiental**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=11205&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11205&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso: 08 mar. 2014.

<sup>71</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 12.

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>73</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

<sup>74</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

se instalou, na sociedade brasileira, a ideia de que os filhos são sujeitos de direito e não objetos<sup>75</sup>.

Atualmente, pode-se conceituar o poder familiar como sendo um *munus* (encargo) exercido pelos pais e que é supervisionado pelo Estado, tendo como finalidade primordial o interesse dos filhos.<sup>76</sup> Esse poder consiste num conjunto de direitos e deveres, como por exemplo, assistência, guarda, criação e educação do filho menor<sup>77</sup>. Segundo Waldyr Grisard Filho “o poder familiar é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”<sup>78</sup>.

Compreende-se, portanto, que o poder familiar não pode ser conceituado como um dever, mas sim como um *munus*, vale dizer, uma obrigação que só surge em virtude da parentalidade<sup>79</sup>. Acrescenta-se ainda que esse poder contém regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro haja vista que o Estado deve fiscalizar como ele está sendo exercido. Tal fiscalização do instituto familiar por parte do Estado e também da sociedade recebe tutela não somente nacional, como também internacional, situação que pode ser verificada no artigo XVI, 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o qual assevera que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Por causa disso, a Constituição Federal de 1988 elencou no seu artigo 227 um conjunto de deveres que os pais devem seguir para educarem seus filhos de maneira digna, a saber: direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito**: a evolução histórica de um pensamento. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11583](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583)>. Acesso: 23 fev. 2014.

<sup>76</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11.

<sup>77</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão** n.º 100240575010740011. Relator: Des. Nepocumeno Silva. DJE – 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5953022/100240575010740011-mg-1002405750107-4-001-1/inteiro-teor-12089262>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

<sup>78</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>80</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Por fim, com a inclusão em nosso ordenamento jurídico dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia entre homens e mulheres, priorizou-se a proteção das minorias e ao direito a diferença, fundamentos que justificam o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>81</sup>. Portanto, a família passou a ser meio e não fim, a sua finalidade passou a ser a proteção da pessoa humana, não interessando o tipo de família que ela integre.

## 1.2 Princípios norteadores do Direito de Família e aplicáveis ao Poder Familiar

Há vários princípios do Direito de Família que também estão presentes no instituto do poder familiar, abaixo estão os mais importantes.

### 1.2.1 Princípio da igualdade dos cônjuges

Desde a antiguidade, o gênero sempre foi um fator de discriminação<sup>82</sup>. Antigamente a mulher somente exercia os afazeres domésticos e era responsável pela educação dos filhos<sup>83</sup>. No entanto, com os movimentos feministas a mulher adquiriu um importante papel na sociedade e conseguiu a inserção no mercado de trabalho<sup>84</sup>.

O primeiro marco da inclusão da mulher na sociedade foi com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) que fez com que ela deixasse de depender do marido, não fosse inferior a ele, passasse a ser sua companheira, colaboradora, não necessitasse de sua autorização para trabalhar e, por fim, fez com que esta deixasse de ter incapacidade relativa, possuindo direitos sobre bens reservados, ou seja, aqueles adquiridos como fruto de seu exclusivo trabalho<sup>85</sup>.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual é considerada como uma Constituição democrática, houve previsão expressa em seu artigo 5º sobre a igualdade de todos perante a lei, e mais, a Carta Magna ainda ratificou tal entendimento no inciso I desse artigo uma vez que expressamente afirmou que homens e mulheres são iguais em direitos e

<sup>81</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 12.

<sup>82</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família**: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79.

<sup>83</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

<sup>84</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

<sup>85</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

obrigações<sup>86</sup>. Além disso, ao tratar sobre a família, a *Lex Mater* também falou sobre a importância de o homem e a mulher receberem o mesmo tratamento jurídico para educarem seus filhos, deliberando no § 5º do artigo 226 que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”<sup>87</sup>.

Devido à expressa previsão na Constituição Federal de 1988 da vedação de discriminações entre homens e mulheres, o Código Civil de 1916 se mostrava inadequado para tratar dessas relações<sup>88</sup>. Prevendo isso, o Novo Código Civil buscou sustentar suas bases em princípios constitucionais e em seu artigo 1.567 elencou a igualdade entre o homem e a mulher dizendo que os consortes seriam responsáveis conjuntamente pela direção da sociedade conjugal, sempre no interesse deles e de sua prole<sup>89</sup>.

Entretanto, o princípio da isonomia do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata da igualdade material entre homens e mulheres<sup>90</sup>. Nas palavras de Rui Barbosa, a igualdade material significa “dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, igualando-os na medida de suas desigualdades”<sup>91</sup>. Permite-se, assim, a adoção de discriminações positivas, também chamadas de ações afirmativas (*affirmative actions*), dentro da disciplina familiar, como na previsão de licença maternidade ser maior que a licença paternidade<sup>92</sup>.

### 1.2.2 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

Os filhos nem sempre receberam tratamento isonômico no direito brasileiro. Mas, a partir do momento que a Constituição Cidadã (1988) entrou em vigor, esta colocou de

<sup>86</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

<sup>87</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 118.

<sup>88</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 121.

<sup>89</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

<sup>90</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

<sup>91</sup> GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **O princípio da igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias**. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre, 2009, p. 3. Disponível em: <[http://www.f aer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10\\_alvaro\\_de\\_azevedo\\_gonzaga\[1\].pdf](http://www.f aer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10_alvaro_de_azevedo_gonzaga[1].pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

<sup>92</sup> QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. **Ações afirmativas e trabalho da mulher: garantia de um direito ou estabelecimento de um privilégio?** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8854](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

maneira expressa em seu artigo 227, §6º, a vedação de discriminações entre os filhos, afirmando que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>93</sup>.

Isso significa que está proibido por parte do Estado e da sociedade fazer distinções entre filhos afetivos ou biológicos e não se pode mais classificar os filhos em legítimos e ilegítimos, por causa do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos<sup>94</sup>. Nesse sentido, lecionam Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

A partir dessas ideias, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal. Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repelidos do sistema jurídico<sup>95</sup>.

Ante o exposto é correto afirmar que devido à vedação que a Constituição Federal de 1988 instituiu sobre a discriminação entre os filhos, atualmente a questão da filiação está construída sobre três pilares constitucionais, quais sejam a plena igualdade entre filhos, a desvinculação da prole do estado civil dos genitores e a doutrina da proteção integral<sup>96</sup>.

### 1.2.3 Princípio da convivência familiar

A Constituição Federal de 1988 introduziu no *caput* do seu artigo 227 o direito a convivência familiar, o qual independentemente da modalidade de família é garantido a todas as pessoas<sup>97</sup>. Essa convivência é um direito que pais e filhos possuem, no entanto, é um direito assegurado com prioridade pelo Estado atinente às crianças e aos adolescentes<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

<sup>94</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

<sup>95</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 133.

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 325.

<sup>97</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

<sup>98</sup> LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2007.

Esse princípio possui relevância porque demonstra que a criança, como ser vulnerável e em desenvolvimento, necessita conviver em um ambiente familiar adequado para que possua uma vida digna, saudável e receba ensinamentos de valores morais, éticos, políticos, culturais, espirituais, dentre outros, necessários para sua formação. Por conseguinte, denota-se que a família é uma entidade que deve receber tutela do Estado, pois é a primeira a formar o caráter do cidadão<sup>99</sup>.

#### 1.2.4 Princípio do superior interesse da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988 fez com que a *ratio* do Direito de Família fosse o afeto<sup>100</sup>. Atualmente, a família deixou de ter as finalidades de reprodução e preservação do patrimônio e passou a se estabelecer na solidariedade e valorização de seus membros<sup>101</sup>. Portanto, deve haver uma proteção dos mais vulneráveis nessa relação familiar, que são os idosos, doentes, crianças e adolescentes<sup>102</sup>.

De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, os filhos menores gozam, no seio da família, de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento<sup>103</sup>. Isso significa que os pais possuem o dever de cuidado, educação e vigilância no tocante a seus filhos e o descumprimento dessas obrigações pode levar à destituição do poder familiar<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar:** direito da criança e do adolescente. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 8, n. 1, jul. 2011, p. 18. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

<sup>100</sup> LEAL JÚNIOR, João Carlos; PIRES, Natália Taves; HAMDAN, Janaina Lumy; FILHO, Julio César de Freitas. **Breve abordagem sobre os princípios regentes do novo direito de família no cenário jurídico brasileiro.** Diritto Brasiliano, set. 2008. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/26591-breve-abordagem-sobre-os-princ-pios-regentes-do-novo-direito-de-fam-ilia-no-cen-rio-jur-dico-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>101</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família:** as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79-100.

<sup>102</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada:** de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 56.

<sup>103</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>104</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família:** as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

O fundamento do princípio do superior interesse da criança e do adolescente decorre das diferenças psicológicas e físicas das crianças para os adultos que as tornam incapacitadas para cuidar de assuntos de interesse pessoal, sendo dependentes daqueles<sup>105</sup>.

Nesse sentido, é correto afirmar que não existem critérios específicos para se definir o melhor interesse da criança, pois isso é averiguado caso a caso e em cada faixa etária do menor mudam-se as suas necessidades<sup>106</sup>. Entretanto, constata-se que o superior interesse da criança é estar frequentemente na presença de seus familiares haja vista que, se encontrando nesta situação, o menor conseguirá obter um pleno desenvolvimento físico e psicológico.

Para Waldyr Grisard Filho, o melhor interesse da criança é “um conjunto de bens necessários para assegurar o desenvolvimento integral e proteção da pessoa em desenvolvimento, no que resultar de maior benefício para ele”<sup>107</sup>. Nesse sentido, os artigos n.º 1.584 e n.º 1.586 do Código Civil de 2002 buscam concretizar o princípio do superior interesse da criança afirmando que os pais devem sempre buscar materializar o melhor interesse para sua prole, devendo o juiz intervir nesses casos somente quando houver necessidade<sup>108</sup>.

### 1.2.5 Princípio da afetividade

Consoante entendimento de Paulo Lôbo, a família dos dias atuais recuperou o conceito de família das sociedades primitivas que é de um grupo de pessoas ligadas entre si por questões de afetividade<sup>109</sup>. Portanto, constata-se que as mudanças em torno do conceito de família fizeram com que atualmente ela tivesse como *ratio* o afeto e a solidariedade familiar.

Essa mudança que o afeto causou no conceito de família foi importante, sobretudo para conceituar a paternidade. Nesse sentido assevera Maria Berenice Dias que “a definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida

<sup>105</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei n.º 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 57.

<sup>106</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei n.º 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 60.

<sup>107</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 80.

<sup>108</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77.

<sup>109</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege”<sup>110</sup>.

Sobre o princípio da afetividade discorrem Cristiano Farias e Nelson Rosenvald afirmando que:

O afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural desconfiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade da pessoa humana, assegurada constitucionalmente. E mais: o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, *preservando a imprescindível dignidade de todos*. Em síntese, é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos<sup>111</sup>.

Posto isso, observa-se que a dignidade da pessoa é intimamente relacionada com o princípio da afetividade uma vez que para que o indivíduo tenha uma vida digna e feliz está sempre em busca de dar e receber afeto<sup>112</sup>. Portanto, a afetividade deve receber tutela jurídica haja vista que uma vez violada, conseqüentemente o princípio da dignidade da pessoa humana estará sendo violado, direta ou indiretamente<sup>113</sup>.

### 1.2.6 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar somente foi incorporado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, antes disso ele era considerado apenas como um dever moral<sup>114</sup>. Este princípio se encontra no artigo 3º,

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice. **Paternidade homoparental**. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?42,11>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

<sup>111</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 153-154.

<sup>112</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

<sup>113</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

<sup>114</sup> SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400)>. Acesso em: 07 mar. 2014.

inciso I, da Carta Magna, o qual dispõe que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>115</sup>.

Tal princípio é de extrema relevância haja vista que os membros de uma família devem ser solidários uns para com os outros a fim de que a família possa ser equilibrada e conviver constantemente em harmonia<sup>116</sup>. Nesse sentido, marido e mulher devem ser solidários um com o outro, irmãos devem ser solidários entre si e, principalmente, pais e filhos devem ser solidários uns com os outros.

A solidariedade familiar entre pais e filhos faz com que os genitores amparem moralmente e materialmente sua prole até que esta atinja a idade adulta<sup>117</sup>. Por causa disso, a Declaração Internacional sobre os Direitos da Criança assegurou o princípio da solidariedade entre o rol dos princípios que devem ser observados pelas famílias e pelo Estado. E, isso foi incorporado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual salienta:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.  
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:  
a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;  
b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;  
c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;  
d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude<sup>118</sup>.

Assim, depreende-se que o princípio da solidariedade familiar revela grande importância uma vez que fez com que o individualismo e egocentrismo os quais estavam presentes nas relações familiares deixassem de existir, dando lugar aos valores afetivos para que os membros de uma família tratassem uns aos outros com respeito e fraternidade<sup>119</sup>.

### 1.3 Efeitos

<sup>115</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

<sup>116</sup> SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400)>. Acesso em: 07 maio 2014.

<sup>117</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

<sup>118</sup> BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

<sup>119</sup> SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400)>. Acesso em: 07 mar. 2014.

O poder familiar é regido por normas de direito público e possui como características a irrenunciabilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, intransmissibilidade e temporariedade<sup>120</sup>.

A irrenunciabilidade denota a proibição dos pais de deixar de cuidar dos filhos, isto é, os genitores estão impossibilitados de subtrair-se do dever de proteção de sua prole<sup>121</sup>. A única exceção é a colocação da criança em família substituta por concordância de ambos os pais feita em juízo<sup>122</sup>.

A intransmissibilidade significa que o poder familiar, o qual é decorrente da filiação, não pode ser transmitido a terceiros porque é personalíssimo dos genitores<sup>123</sup>. A imprescritibilidade mostra que mesmo que o poder familiar não seja exercido por seus titulares não pode ser suprimido pelo desuso<sup>124</sup>. O caráter temporário do poder familiar decorre da sua existência ser limitada à condição de menoridade dos filhos ou ausência de emancipação<sup>125</sup>.

A característica da indisponibilidade significa que tanto os pais como os filhos não podem dispor do poder familiar, uma vez que este é de extrema importância para o saudável desenvolvimento das crianças. Sobre este atributo assevera Roberto João Elias:

Na lição de Walter Moraes, é pelo *status familiae* que se confere ao indivíduo a garantia de assistência direta, apoio pessoal-social de que ninguém pode prescindir, a não ser momentaneamente. É condição existencial, oriunda da intrínseca fragilidade e insuficiência do homem, pois este, em certos momentos da vida, não pode sobreviver sem a assistência de seus semelhantes e é certo que não há ninguém que possa viver à margem desta ordem tutelar, o que vale dizer, não há quem possa privar-se de um estado de família. Logo, o bem essencial, não se transfere e só se extingue pela morte<sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 14.

<sup>121</sup> ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

<sup>122</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 14-15.

<sup>123</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

<sup>124</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15.

<sup>125</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16.

<sup>126</sup> ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31.

Inalienável e indisponível concretizam a ideia de que o poder familiar não pode ser transferido a outrem pelos genitores de forma gratuita ou onerosa<sup>127</sup>. Por fim, a característica da indivisibilidade significa que apesar desse poder ser indivisível, o seu exercício não é, ou seja, no caso de pais separados as responsabilidades procedentes desse poder podem ser repartidas<sup>128</sup>.

Além disso, no tocante ao exercício do poder familiar é necessário verificar que somente os pais se encontram no pólo ativo desse poder, isto é, apesar de outros membros da família poderem exercer significativas influências na vida da criança, somente seus pais possuem o poder familiar<sup>129</sup>. No mesmo sentido infere-se do ordenamento jurídico brasileiro que o poder familiar não se mantém em face de filhos maiores de 18 anos e capazes. Assim entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Habeas Corpus. Internação involuntária em clínica psiquiátrica. Ato de particular. Ausência de provas e/ ou indícios de perturbação mental. Constrangimento ilegal delineado. Binômio poder-dever familiar. Dever de cuidado e proteção. Limites. Extinção do poder familiar. Filha maior e civilmente capaz. Direitos de personalidade afetados.

– É incabível a internação forçada de pessoa maior e capaz sem que haja justificativa proporcional e razoável para a constrição da paciente.

– Ainda que se reconheça o legítimo dever de cuidado e proteção dos pais em relação aos filhos, a internação compulsória de filha maior e capaz, em clínica para tratamento psiquiátrico, sem que haja efetivamente diagnóstico nesse sentido, configura constrangimento ilegal. Ordem concedida<sup>130</sup>.

Nesse sentido, quanto à extinção do poder familiar dispõe o artigo 1.635 do Código Civil que “extingue-se o poder familiar pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção; por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”<sup>131</sup>. Com base nisso estabelece o artigo 1.636 do Novo Código Civil que “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto

<sup>127</sup> CARRION, F. Q. M. **A intervenção do Estado no poder familiar**. Rio Grande do Sul, s.d., p.p. 18/19. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/fabiane\\_carrion.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/fabiane_carrion.pdf)>. Acesso: 15 maio 2014.

<sup>128</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 324.

<sup>129</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 289.

<sup>130</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **HC 35.301/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 13 set. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19400167/habeas-corpus-hc-35301-rj-2004-0063013-3/inteiro-teor-19400168>>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>131</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014.

aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”<sup>132</sup>.

Os direitos e deveres dos pais decorrentes do poder familiar estão disciplinados no Código Civil em seu artigo 1.634, a saber:

Artigo 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I. Dirigir-lhes a criação e educação;
- II. Tê-los em sua companhia e guarda;
- III. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV. Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V. Representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição<sup>133</sup>.

Dentre o rol exemplificativo de deveres que os pais possuem no tocante aos seus filhos, o que se destaca é o dever de dirigir-lhes a criação e educação. Tal fato decorre do zelo que os genitores devem ter em proporcionar para os filhos uma boa formação moral e uma educação de qualidade a fim de que estes possam se tornar úteis para si mesmos, para sua família e, principalmente, para a sociedade<sup>134</sup>. Além disso, quanto a esse dever de educação faz-se necessário frisar que a inobservância desse encargo por parte dos pais poderá gerar como consequência a imposição de uma sanção pelo Estado que se revela na suspensão ou, até mesmo, na destituição do poder familiar<sup>135</sup>.

Por fim, faz-se necessário frisar que o poder familiar não pode ser confundido com o instituto da guarda, uma vez que um independe da existência do outro. Tal fato se dá por ser o poder familiar um *munus* que somente pode ser exercido pelos pais, ao passo que a guarda pode ser exercida pelos pais ou por um terceiro<sup>136</sup>. Portanto, conforme a jurisprudência

<sup>132</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>133</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>134</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6. p. 363.

<sup>135</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 44.

<sup>136</sup> ROMERA, MARIO. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 08 maio 2014.

dominante “a guarda não é a essência, mas tão-somente a natureza do pátrio poder”, hoje denominado poder familiar (a exemplo da APELAÇÃO CÍVEL N.º 075.981.0/0-00<sup>137</sup>)<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. **Apelação Cível** n.º 75.981-0/0-00. Relator: Des. Nuevo Campos. DJE - 29 jan. 2001. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZ1S2yxg69IJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_infancia\\_juventude/legislacao\\_eca/eca\\_comentado\\_new/titulo\\_II\\_dos\\_direitos\\_fundamentais/capitulo\\_III\\_do\\_direito\\_a\\_convivencia\\_familiar\\_e\\_comunitaria/secaoIII\\_da\\_familia\\_substituta/subsecaoII\\_da\\_guarda/7598100.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZ1S2yxg69IJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_eca/eca_comentado_new/titulo_II_dos_direitos_fundamentais/capitulo_III_do_direito_a_convivencia_familiar_e_comunitaria/secaoIII_da_familia_substituta/subsecaoII_da_guarda/7598100.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso: 20 maio 2014.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL n.º 75.981-0/0-00, da Comarca de Fernandópolis, em que é Apelante M.A.D.S.S., sendo Apelado Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Fernandópolis:

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Álvaro Lazzarini (Presidente sem voto), Hermes Pinotti e Gentil Leite.

São Paulo, 29 de janeiro de 2001.

Nuevo Campos

Relator

APELAÇÃO CÍVEL N.º 075.981.0/0-00

Comarca: Fernandópolis-SP

Apelante: M.A.d.S.S.

Apelado: Ministério Público.

Voto: 978.

Guarda – Indeferimento da pretensão da progenitora, sob o fundamento de que, na realidade, não se pretende o exercício da guarda, mas proporcionar assistência médica – Recurso da Requerente – Pugna pelo deferimento – O inconformismo procede – Ficou demonstrado que a menor e sua genitora biológica, menor púbere e sem atividade remunerada, encontram-se sob a responsabilidade exclusiva da Requerente, que é, respectivamente, progenitora e genitora daquelas – Em atenção ao princípio da proteção da proteção integral, impõe-se a regularização de tal situação de fato – Apelo provido.

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por M.A.d.S.S. contra r. decisão monocrática, que não acolheu sua pretensão deduzida na inicial de obter a guarda de sua neta M.E.d.S.S., filha de C.d.S.S.

Aduziu, em suma, que não pretendia, tão somente, proporcionar assistência médica à menor, mas efetivamente, assumir sua guarda, uma vez que a genitora biológica pretende estudar em outra cidade.

Foram apresentadas contrarrazões.

Opinou a Doutora Procuradora de Justiça pelo improvidamento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

O apelo procede.

Pelo que se verifica dos autos, tento a genitora biológica, menor púbere sem atividade remunerada, como sua filha M.E.d.S.S., encontram-se sob a integral responsabilidade da requerente, que é, respectivamente, genitora e progenitora daquelas.

Nesse sentido, é a conclusão do estudo social levado a efeito durante a instrumentação do presente expediente, cujo laudo encontra-se às fls. 9/11.

Não há como se negar, portanto, que a requerente, embora conte com o concurso da genitora biológica da menor, já exerce a guarda de fato da neta.

Assim sendo, em atenção ao princípio da doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a regularização de tal situação de fato, nos termos da primeira parte do parágrafo primeiro do art. 33 do ECA, para que o exercício da guarda se dê em sua plenitude, com efetividade, nos termos do *caput* da norma legal supra referida.

Por derradeiro, insta consignar que o deferimento da guarda não implica em reconhecimento de violação aos deveres inerentes ao pátrio poder e que, na esteira do magistério do eminente jurista Yussef Sahid Cahali, em contrário ao artigo 33 do ECA, *a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder; em outros termos, a guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas não se exaure nele nem com ele se confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda* (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – comentários jurídicos e sociais,

## 2 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

O Direito de Família vem sofrendo constantes alterações pela legislação e jurisprudência. Isso se deve em razão da Constituição Federal de 1988 ter adotado o princípio da igualdade entre homem e mulher e em função da busca dos genitores de estarem presentes constantemente na vida de seus filhos – para que estes apresentem um desenvolvimento saudável – de modo a exercer plenamente o poder familiar.

O instituto da guarda compartilhada decorreu de relevante inovação inserida pela Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Essa modalidade de guarda é atualmente a mais indicada pelos juristas e psicólogos, porque assegura aos genitores a responsabilidade conjunta na educação e criação dos filhos e, além disso, faz com que o menor se sinta mais seguro do ponto de vista emocional, algo que é fundamental para a sua formação. Neste capítulo, iniciaremos a abordagem do estudo da guarda, com enfoque na compartilhada.

### 2.1 A Guarda

O Direito de Família, desde o advento da Constituição Federal de 1988, vem se preocupando com o “casal parental”, que é a família formada por pais e filhos quando os genitores, apesar de não se relacionarem afetivamente, precisam se unir para continuar a educar seus filhos<sup>139</sup>. Segundo Jones Figueirêdo Alves:

Diante do significativo aumento de divórcios litigiosos, com a disputa acirrada de custódia dos filhos, sem soluções pronunciadas a contento, urge que o direito de família intervenha, decisivamente, a fazer cumprir princípios e valores que devem reger a co-parentalidade e o seu regular e eficiente exercício<sup>140</sup>.

---

coordenada por Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, Malheiros, 2000, São Paulo, pág. 130).

Face ao exposto, dá-se provimento ao apelo.

NUEVO CAMPOS

Relator

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. **Apelação Cível** n.º 75.981-0/0-00. Relator: Des. Nuevo Campos. DJE - 29 jan. 2001. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZ1S2yXg69IJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_infancia\\_juventude/legislacao\\_eca/eca\\_comentado\\_new/titulo\\_II\\_dos\\_direitos\\_fundamentais/capitulo\\_III\\_do\\_direito\\_a\\_convivencia\\_familiar\\_e\\_comunitaria/secaoIII\\_da\\_familia\\_substituta/subsecaoII\\_da\\_guarda/7598100.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZ1S2yXg69IJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_eca/eca_comentado_new/titulo_II_dos_direitos_fundamentais/capitulo_III_do_direito_a_convivencia_familiar_e_comunitaria/secaoIII_da_familia_substituta/subsecaoII_da_guarda/7598100.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>138</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>139</sup> ALVES, Jones Figueirêdo. **O casal parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/942/O+casal+parental>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

<sup>140</sup> ALVES, Jones Figueirêdo. **O casal parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/942/O+casal+parental>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

Por causa disso, buscando proteger a figura dos filhos diante de uma separação dos pais, o Direito de Família criou o instituto da guarda que é essencial para que a criança mantenha uma boa convivência familiar e para garantir o seu bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social<sup>141</sup>. No entanto, a guarda, visando proteger o superior interesse da criança e do adolescente, pode ser concedida a um terceiro quando não houver possibilidade dos genitores cuidarem da criança.

### 2.1.1 Conceito e Regulamentação

A princípio, a guarda é decorrente do poder familiar e, nesse caso, configura-se como um direito que os pais possuem de terem seus filhos junto de si para criá-los e vigiá-los (guarda legal)<sup>142</sup>. Nesse sentido, Ricardo Algarve Gregorio conceitua a guarda como sendo “o instituto jurídico composto de direitos e deveres recíprocos existentes entre o guardião e o protegido, cujo objetivo principal é a proteção dos interesses deste último<sup>143</sup>”. No tocante à etimologia da palavra guarda leciona Waldyr Grisard Filho:

O vocábulo guarda, como informa De Plácido e Silva, é “derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir *proteção, observância, vigilância ou administração*”, especificando que guarda dos filhos “é locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E *guarda*, nesse sentido, tanto significa *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”<sup>144</sup>.

A guarda dos filhos é de ambos os pais quando eles estão em uma relação afetiva. No entanto, com o rompimento da sociedade conjugal surge a problemática sobre quem exercerá a guarda dos filhos. Nesse caso, os pais podem chegar a um consenso sobre quem deterá essa guarda ou, se isso não for possível, o juiz será o responsável por decretá-la<sup>145</sup>.

Consoante o entendimento de Mario Romera:

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou de adolescente (ECA, art. 33, § 1º, início), mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar

<sup>141</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 73.

<sup>142</sup> MADALENO, Rolf. A lei da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 316.

<sup>143</sup> GREGORIO, Ricardo Algarve. **Guarda de filhos**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. p. 62.

<sup>144</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58-59.

<sup>145</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 189.

vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor – criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta, como se fosse uma família natural, de maneira duradoura (ECA, art. 33, § 1º, início), ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (ECA, art. 33, § 1º, fim) ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (ECA, art. 33, § 2º)<sup>146</sup>.

As inovações feitas no Código Civil fizeram com que a culpa do término do relacionamento do casal não interferisse na questão da guarda de sua prole<sup>147</sup>. Atualmente, em decorrência do princípio do melhor interesse da criança, os interesses dos filhos foram colocados em prevalência, isto é, o cônjuge guardião de seus filhos será o que apresentar melhores condições para educá-los, como evidenciado no §2º do art. 1.583 do Código Civil de 2002<sup>148</sup>:

§ 2º. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação<sup>149</sup>.

Entretanto, apesar dos pais possuírem o direito natural de ter a guarda de seus filhos, se o magistrado verificar que nenhum deles apresenta condições de criá-los, deferirá a guarda à pessoa idônea com quem as crianças revelem afinidade e afetividade, sendo de preferência pessoa da família<sup>150</sup>. Portanto, nas situações em que os genitores estiverem ausentes ou não possuírem condições de educar e criar seus filhos, essa guarda será atribuída a um terceiro (guarda judicial)<sup>151</sup>. Ademais, quando plausível o menor ser ouvido, levar-se-á em conta sua vontade manifestada com relação à figura do seu guardião<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> ROMERA, Mario. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

<sup>147</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.313.

<sup>148</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

<sup>149</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>150</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.313.

<sup>151</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº. 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19.

<sup>152</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.314.

Quando os pais se encontram casados ou em união estável, ambos detêm a guarda dos filhos e também o poder familiar<sup>153</sup>. Contudo, quando há uma ruptura da relação conjugal surge a indagação sobre quem será o responsável pela guarda dos filhos. Nesse caso, o juiz poderá homologar um acordo feito pelos consortes sobre a guarda dos filhos ou fixará em sentença qual será o genitor que deterá a guarda das crianças, sendo que para decidir de tal forma o magistrado observará qual dos genitores apresenta melhores condições de cuidar dos filhos (artigo 1.583, parágrafo primeiro, do Código Civil de 2002)<sup>154</sup>.

O guardião fica responsável pela assistência material, afetiva e educacional da criança até ela completar 18 anos, ou seja, o guardião torna-se seu responsável legal. Porém, a medida não assegura direitos hereditários ou sucessórios, a menos que estejam definidos em testamentos<sup>155</sup>. A guarda é revogável (pode ser modificada) e o guardião pode renunciar à guarda, mas a situação deverá ser submetida ao juiz para que sejam assegurados os direitos da criança ou adolescente.

Ressalta-se que há circunstâncias em que um terceiro, parente ou não, terá preferência para exercer a guarda de uma criança. Essas situações são aquelas nas quais se verifica que infantes estão tendo sua integridade física ou psicológica ameaçada e que, conseqüentemente, constata-se que seus direitos estão sendo transgredidos<sup>156</sup>. Todavia, apesar dos pais não possuírem a guarda de seus filhos, não irão perder o poder familiar uma vez que este é indelegável<sup>157</sup>. Conforme a dicção da Cartilha do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

A guarda é a medida legal que os cuidadores adquirem a partir da convivência com uma criança ou adolescente que não pode ficar com seus pais. A guarda permite a continuidade dos vínculos familiares, não altera a filiação, tampouco o registro civil, e pode ser mudada a qualquer momento por decisão judicial. O guardião fica responsável pela assistência material, afetiva e educacional da criança até ela completar 18 anos, ou seja, o guardião torna-se seu responsável legal. Porém, a medida não assegura direitos hereditários ou sucessórios, a menos que estejam definidos em testamentos. A guarda é revogável (pode ser modificada) e o guardião

<sup>153</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>154</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.71-104.

<sup>155</sup> BRASIL. **Cartilha da vara da infância e juventude do Tribunal do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-dodf/adocaoGuarda.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2104.

<sup>156</sup> BRASIL. **Cartilha da vara da infância e juventude do Tribunal do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-dodf/adocaoGuarda.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2104.

<sup>157</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

pode renunciar à guarda, mas a situação deverá ser submetida ao juiz para que sejam assegurados os direitos da criança ou adolescente<sup>158</sup>.

Diante de uma separação ou divórcio entre o casal não há perda tampouco suspensão do poder familiar para o genitor que não detiver a guarda de seu filho. Nesse sentido assevera o artigo 1.632 do Código Civil de 2002 “a separação judicial, o divórcio e a dissolução de 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”<sup>159</sup>.

Nas relações litigiosas entre os genitores alguns critérios podem ser ponderados pelo magistrado para determinar a guarda dos filhos, a exemplo do princípio do superior interesse da criança; idade e sexo do menor; se a criança possui irmão(s); a opinião da criança e do adolescente e o comportamento dos pais<sup>160</sup>.

Levando-se em consideração os aspectos abordados sobre a guarda faz-se necessário ressaltar a diferença entre ela e a tutela uma vez que apesar de serem institutos parecidos, possuem consideráveis diferenças. Quanto à tutela frisa-se que esta somente será aplicada nos casos em que existirem menores de 18 anos que não estejam sob a autoridade dos pais. A legislação assegura que o tutor será investido nos poderes necessários à proteção, assistência ou representação do infante quando falecidos seus pais, forem julgados ausentes ou decaídos do poder familiar<sup>161</sup>. No tocante as diferenças de tutela e guarda afirma Waldyr Grisard Filho:

Enquanto o poder familiar é exercido sem controle do Estado, a tutela é fiscalizada pelo juiz. A tutela é temporária, servindo o tutor por dois anos, prorrogáveis. No poder familiar o genitor tem o usufruto sobre os bens do filho, o que não ocorre na tutela. No poder familiar a venda de bens do menor exige autorização judicial, enquanto na tutela, além da autorização, a venda só pode ser feita em hasta pública. Somente com autorização do juiz o tutor pode emancipar o menor. A tutela é unipessoal, ao passo que o poder familiar é exercido conjuntamente pelos pais. A tutela é incompatível com o poder familiar e só pode ser deferida se deste decair o genitor. O poder familiar decorre do fato da filiação. A tutela decorre da lei<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> BRASIL. **Cartilha da vara da infância e juventude do Tribunal do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-dodf/adocaoGuarda.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>159</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

<sup>160</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 74.

<sup>161</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

<sup>162</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 100.

Além disso, cabe advertir acerca dos direitos e deveres do guardião. Dentre os deveres, podemos citar que o guardião deverá criar, educar e zelar pelo bem-estar da criança ou do adolescente sem interrupção<sup>163</sup>. Vale dizer, o guardião deverá prestar assistência material, moral e educacional ao infante (artigo 33, 1ª parte, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e artigos 1.566, IV e 1.589, ambos do Código Civil), conferindo a ele, inclusive, benefícios previdenciários (artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>164</sup>.

No tocante às prerrogativas que o guardião possui podemos citar o direito de residir com a criança ou adolescente e o direito de ser obedecido por eles, isto é, ao passo que o guardião deve privar por uma boa convivência com o infante, este também possui a obrigação de fazer o mesmo<sup>165</sup>. Ademais, o instituto da guarda confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e isso é o que dispõe o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”<sup>166</sup>.

### 2.1.2 Espécies

Enquanto os genitores da criança conviverem em uma relação afetiva, ambos serão responsáveis por exercer conjuntamente a guarda de sua prole<sup>167</sup>. Contudo, a partir do momento em que o convívio entre eles for desfeito surgirá a opção para eles da escolha de diversas modalidades de guarda e será aplicada aquela espécie que melhor atingir o superior interesse da criança<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 82.

<sup>164</sup> ROMERA, Mario. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

<sup>165</sup> ROMERA, Mario. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

<sup>166</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>167</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

<sup>168</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

Ademais, a guarda também será aplicada quando os genitores, possuindo ou não relação afetiva, não oferecerem condições para cuidar do infante. Nesse caso, um terceiro será o guardião da criança<sup>169</sup>.

### 2.1.2.1 Guarda atrelada à família natural

Sempre que houver a ruptura de uma relação matrimonial, deve ser dada preferência para os genitores da criança para obterem a guarda de seus filhos<sup>170</sup>. Isto significa que a guarda deferida a um terceiro é uma exceção<sup>171</sup>.

Esse tipo de guarda é decorrente do poder familiar e consiste, de acordo com o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na convivência constante e duradoura dos pais e dos filhos<sup>172</sup>.

A família natural é protegida e tutelada pelo Estado tanto que o reconhecimento dos filhos pelos pais pode preceder o nascimento da criança ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes (parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>173</sup>. No mais, a legislação dispõe, inclusive, acerca do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento dispendo no artigo 26, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente que “os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público qualquer que seja a origem da filiação”<sup>174</sup>.

Essa modalidade de guarda é um direito-dever do genitor e lhe assegura as funções parentais como alimentação, vestuário, vigilância, educação e afetividade de seu filho<sup>175</sup>.

---

<sup>169</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>170</sup> MADALENO, Rolf. A lei da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 317.

<sup>171</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>172</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 89.

<sup>173</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>174</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>175</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

### 2.1.2.2 Guarda e família substituta

Se o magistrado verificar a impossibilidade de responsabilizar um dos pais da criança por sua guarda, esta deverá ser posta em família substituta. Essa decisão deverá ser motivada e alguns requisitos como afinidade e afetividade que o terceiro possua com a criança devem ser verificados<sup>176</sup>. Consoante a dicção do parágrafo quinto do artigo 1.583 do Código Civil “se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”<sup>177</sup>.

Nesse sentido, dispõe o parágrafo terceiro do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”<sup>178</sup>.

A família substituta deve ser capaz de suprir as necessidades materiais, educacionais e afetivas da criança. Além disso, um parente, um terceiro desconhecido ou, até mesmo, uma instituição podem ser responsabilizados pela guarda desse infante<sup>179</sup>.

No tocante à colocação em família substituta de grupo de irmãos, assegura o parágrafo quarto do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais”<sup>180</sup>.

Ressalta-se, por fim, que somente excepcionalmente a criança será colocada em família substituta e isso será feito mediante guarda, tutela ou adoção (artigo 28, do Estatuto da

---

<sup>176</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>177</sup> BRASIL, **Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>178</sup> BRASIL, **Lei n º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>179</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

<sup>180</sup> BRASIL, **Lei n º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Criança e do Adolescente)<sup>181</sup>. Essas situações de colocação do infante em família substituta ocorrem nos casos em que se verifica que seus direitos e garantias não estejam sendo prestados por sua família natural, a exemplo de quando a criança esteja sofrendo maus-tratos e abandono. Porém, apesar de os genitores nesses casos perderem a guarda dos filhos, isso não significa que eles perderão os direitos e deveres decorrentes do poder familiar porque podem visitar os filhos e, inclusive, serem obrigados a fornecer alimentos para sua prole (parágrafo quarto do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>182</sup>.

### 2.1.2.3 Guarda fática

Nos casos de divórcio esporadicamente é possível que o casal entre em acordo acerca do genitor que será responsável pela guarda da prole. A falta de homologação desse acordo pelo Poder Judiciário faz com que essa guarda seja fática (está no mundo dos fatos, mas não no mundo jurídico)<sup>183</sup>.

Posteriormente quando o casal procura a Justiça para resolver alguns problemas ou, até mesmo para se divorciar, o juiz homologará esse acordo de guarda. Na maioria das vezes o magistrado mantém o acordo feito pelo casal porque se isso fosse desfeito poderia causar uma insegurança para a criança ou adolescente. Entretanto, se ficar comprovado que esse acordo não é o melhor para a criança, ele poderá ser desfeito e a guarda passará a ser de outra pessoa<sup>184</sup>.

### 2.1.2.4 Guarda provisória e guarda definitiva

Há situações de emergência nas quais se a parte comprovar *fumus boni iuris* e *periculum in mora*<sup>185</sup>, poderá ajuizar ação cautelar e pedir a guarda de seu filho. Essa guarda aferida pela ação cautelar é denominada de guarda provisória<sup>186</sup>.

---

<sup>181</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>182</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>183</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>184</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>185</sup> Nas lições de Elpidio Donizetti “o requisito do *fumus boni iuris*, ou seja, da fumaça do bom direito, relaciona-se com a probabilidade da existência do direito afirmado pelo requerente da medida. Ao propor uma ação, o autor tem de fundamentá-la de modo a levar o juiz à conclusão de ser ele o titular do direito material

No entanto, faz-se necessário ressaltar que há uma diferença entre ajuizar uma ação cautelar e pedir a antecipação de tutela em um processo de guarda, apesar de ambos os institutos adiantarem os efeitos pretendidos pelas partes. A antecipação de tutela possui extrema relevância no Direito de Família uma vez que é um ramo do direito em que se exige celeridade na prestação jurisdicional<sup>187</sup>. Nesse sentido afirma Luiz Fernando Afonso Rodrigues:

No Direito de Família, a aplicação da tutela de urgência ganha contorno e cores muito mais vivas ante os valores que envolvem os litígios de família, sempre envoltos em questões que clamam por rápida solução, como a guarda e criação dos filhos, os alimentos, a culpa no desenlace, a integridade física e moral, a preservação e divisão dos bens, aquestos, patronímico, etc., enfim, a tudo somado a fragilidade psíquica e sensibilidade dos componentes da família, que veem o sonho das juras de amor se desfazer<sup>188</sup>.

Em razão do princípio da inércia da jurisdição, a antecipação da tutela deve ser pedida pela parte nos próprios autos da ação e equivale ao pedido da ação, satisfazendo provisoriamente o direito pleiteado. Além disso, os requisitos para a concessão da antecipação de tutela são a existência da prova inequívoca bem como da verossimilhança da alegação e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, do Código de Processo Civil)<sup>189</sup>.

Além da guarda provisória existe também a guarda definitiva é aquela decretada em sentença pelo magistrado quando este homologa a dissolução do vínculo conjugal. Todavia, afirmar que a guarda é definitiva é um erro, pois esta pode ser revista a qualquer tempo, se o interesse da criança não estiver sendo preservado<sup>190</sup>. Nesse sentido, assegura o artigo 35 do

---

postulado”. Em seguida afirma ainda o autor “o segundo requisito da tutela cautelar, o *periculum in mora* (perigo na demora), pode ser definido como o fundado receio de que o direito afirmado pelo requerente, cuja existência é apenas provável, sofra dano irreparável ou de difícil reparação. Saliente-se que não basta a mera alegação, sendo indispensável que o autor aponte fato concreto e objetivo que leve o juiz a concluir pelo perigo de lesão”.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1.120.

<sup>186</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>187</sup> SEGUNDO, Clodoval Bento de Albuquerque. **Tutela antecipada e as ações de família: mecanismo de celeridade em face da morosidade processual**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12882&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12882&revista_caderno=14)>. Acesso em: 30 maio 2014.

<sup>188</sup> RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de urgência no direito de família**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>189</sup> BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>190</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90.

Estatuto da Criança e do Adolescente que “a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”<sup>191</sup>.

### 2.1.2.5 Guarda exclusiva

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil, “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Nessa situação, o genitor guardião possui a guarda jurídica e material, isto é, ele é o responsável juridicamente pela educação de seus filhos e por decidir as questões de seus interesses. Não excluindo, porém, o direito de visita do genitor não guardião<sup>192</sup>.

No tocante à guarda exclusiva dispõe o parágrafo segundo do artigo 1.583 do Código Civil:

§2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação<sup>193</sup>.

Entretanto, podemos citar algumas desvantagens dessa modalidade de guarda, a exemplo dela não conferir uma igualdade de direito aos pais da criança no âmbito pessoal, familiar e social uma vez que o genitor não guardião exerce uma função meramente secundária no processo de desenvolvimento dos filhos<sup>194</sup>.

### 2.1.2.6 Guarda alternada

A guarda alternada consiste na criação do infante por seus pais de forma que a criança passe um período de tempo com seu pai e outro período de tempo com sua mãe<sup>195</sup>. Vale dizer, na guarda alternada, a criança ou o adolescente residirá ora com seu pai ora com

<sup>191</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>192</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 24.

<sup>193</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>194</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p.54.

<sup>195</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

sua mãe sendo que o período de tempo que ficará com cada um deles é previamente estabelecido e igualmente acordado entre seus genitores<sup>196</sup>. Ambos possuem direitos e deveres com relação à criança e tomam decisões sobre seus interesses<sup>197</sup>. Sobre o tema assevera Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

A guarda é atribuída a ambos os pais, alternadamente. Os filhos passam um período sob a guarda do pai e outro sob a guarda da mãe, o que implica, necessariamente, uma alternância da guarda física. Tem como fundamento proporcionar a convivência com ambos os pais, na mudança de residências. É legalmente admitida no direito brasileiro com base no art. 1.586 do Código Civil<sup>198</sup>.

Nessa modalidade de guarda cada genitor toma as decisões que quiser a respeito de seu filho quando está com a guarda dele e outro genitor não pode opinar uma vez que este faz o mesmo quando possui exclusivamente a guarda da criança<sup>199</sup>. Portanto, a guarda alternada é como se fosse a guarda exclusiva, sendo que aqui ela é exercida de maneira alternada pelos genitores do infante<sup>200</sup>.

Uma das vantagens da guarda alternada é que a criança poderá conviver constantemente com seus genitores e isso trará um benefício afetivo para ela<sup>201</sup>. No entanto, esse tipo de guarda tem sido alvo de constantes críticas pela doutrina e jurisprudência por gerar uma instabilidade nas relações afetivas do infante uma vez que ora ele passa pela criação de seu pai e ora pela criação de sua mãe<sup>202</sup>. Isso pode gerar danos psicológicos para a criança porque a cada período ela tem uma nova rotina, residência, amigos, regras e mudanças que as podem deixar confusa e insegura<sup>203</sup>.

Críticos, a exemplo de Ana Carolina Silveira Akel e Fernanda Rocha Lourenço Levy, apontam que essa modalidade de guarda é uma afronta ao princípio de continuidade, o

---

<sup>196</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

<sup>197</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>198</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

<sup>199</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

<sup>200</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

<sup>201</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

<sup>202</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

<sup>203</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.71-104.

qual sempre deve ser aplicado haja vista que respeita o superior interesse da criança<sup>204</sup>. A doutrinadora Fernanda Rocha Lourenço Levy entende que a guarda alternada trata-se “do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”<sup>205</sup>.

Outrossim, leciona Ana Carolina Silveira Akel que dentre os prejuízos da guarda alternada pode-se citar que a criança “pode perder o referencial de lar, o que é prejudicial para o seu bom desenvolvimento psicoemocional. A alternância entre as residências materna e paterna pode ser desestabilizadora para a prole, levando à perda da habitualidade, continuidade e rotina, seus vínculos e afazeres cotidianos”<sup>206</sup>. Consoante o entendimento da psicanalista Françoise Dolto:

Quando pequeno, o filho não pode suportar a custódia alternada sem permanecer débil na sua estrutura até, eventualmente se dissociar ao sabor da sensibilidade de cada um. A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança<sup>207</sup>.

Assim, verifica-se que a guarda alternada deve ser evitada pelos casais uma vez que é prejudicial tanto para os pais quanto para os filhos. No tocante aos filhos, conforme já exposto, a guarda alternada gera instabilidade emocional porque as referências de autoridade e regras de conduta mudam a cada vez que a criança vai residir com um de seus genitores<sup>208</sup>. E, quanto aos pais essa modalidade de guarda é desvantajosa porque faz com que eles não

---

<sup>204</sup> RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.** Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 08 maio 2014.

<sup>205</sup> RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.** Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 08 maio 2014.

<sup>206</sup> RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.** Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 08 maio 2014.

<sup>207</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada:** de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

<sup>208</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1251000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>>. Acesso em: 09 maio 2014.

participem de maneira igualitária na criação de seus filhos uma vez que a cada vez que a criança está com um dos genitores, o outro fica privado de criar seu filho<sup>209</sup>.

### 2.1.2.7 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada é a divisão igualitária de responsabilidade entre os genitores na tomada de decisões importantes para os filhos que não adquiriram maioridade ou não foram emancipados<sup>210</sup>. Nessa modalidade de guarda todas as decisões no tocante aos filhos são tomadas conjuntamente por ambos os genitores, fazendo com que eles participem ativamente da vida de sua prole. Segundo Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas a guarda compartilhada é:

É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança<sup>211</sup>.

Referido instituto será aprofundado nos tópicos seguintes. Porém, aqui, faz-se necessário ressaltar a diferença entre guarda alternada e guarda compartilhada. Essa distinção é feita não somente pela doutrina, mas também pela jurisprudência conforme podemos ver no voto do Desembargador Relator Elípidio José Duque que afirma “a diferença entre guarda alternada e a compartilhada é ontológica. Enquanto a guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa à participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa o menor a possuir duas casas”<sup>212</sup>.

Na guarda alternada, há uma rotatividade dos pais nos cuidados dos filhos e quando um dos genitores estiver exercendo a guarda no período em que lhe foi reservado, ao outro genitor cabe somente o direito de visita do filho<sup>213</sup>. Já na guarda compartilhada, os pais irão

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1251000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>210</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

<sup>211</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 28.

<sup>212</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Segunda Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 0908481-21.2006.8.08.0000. Relator: Des. Elípidio José Duque. DJE, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>213</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

deter a guarda da criança o tempo inteiro e todas as questões acerca ao filho do casal serão resolvidas em conjunto por eles. Sobre o tema da guarda compartilhada leciona Ana Carolina Silveira Akel:

Pode-se dizer que com essa nova forma de exercício de guarda dar-se-á a permanência dos laços que uniam pais e filhos anteriormente ao desenlace conjugal. Diferentemente do que ocorre na guarda alternada, a referência de lar habitual não deixa de existir, isso porque na guarda compartilhada o menor saberá qual é o seu lar habitual (ou de seu pai ou de sua mãe), mas terá outro lar, eventual, onde poderá dormir, estudar e fazer suas lições de casa, divertir-se com seus outros brinquedos e fazer novos amigos, sem a perda da referência certa de qual é a sua verdadeira casa<sup>214</sup>.

Assim, a guarda compartilhada surgiu como uma solução para os empecilhos concernentes ao exercício da parentalidade após os divórcios de casais haja vista que esse instituto visou aprimorar as relações afetivas entre pais e filhos priorizando o bem estar deles<sup>215</sup>.

## 2.2 A Guarda Compartilhada no Brasil

Neste tópico iniciaremos a abordagem do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro mostrando sua origem, conceito, regulamentação, requisitos dentre outras coisas. Ressalta-se que a guarda compartilhada vem sendo a mais adotada pela jurisprudência brasileira uma vez que é a modalidade de guarda que mais protege os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, além de priorizar pela adoção da teoria da proteção integral<sup>216</sup>.

### 2.2.1 Origem

A guarda compartilhada, apesar de ter sido instituída em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.698 de 2008, já era aplicada anteriormente pela jurisprudência brasileira porque era a modalidade de guarda que mais respeitava os direitos fundamentais das

---

<sup>214</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: uma nova realidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 45.

<sup>215</sup> GROENINGA, GISELLE CÂMARA. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 156.

<sup>216</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 50.

crianças e dos adolescentes dispostos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988<sup>217</sup>. Contudo, faz-se necessário frisar que a guarda compartilhada não é um instituto tão recente como a maioria pensa. Na verdade, tal modalidade de guarda já vem sendo aplicada no mundo há algum tempo e a respeito disso informa Eduardo de Oliveira Leite que o instituto da guarda compartilhada surgiu no *Common Law* (Direito Inglês). O autor salienta:

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola da jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor de guarda conjunta quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No celebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa<sup>218</sup>.

No Direito Inglês, os Tribunais visualizaram uma injustiça causada pela guarda unilateral haja vista que haveria uma desigualdade de tratamento para os genitores e para os filhos se a guarda da criança fosse imposta somente ao pai ou somente à mãe. Por causa disso, imputou-se a ambos os genitores o dever de educação e cuidado perante os filhos, surgindo então, a guarda conjunta (*joint custody*)<sup>219</sup>.

Nesse contexto faz-se necessário ressaltar alguns fundamentos que nortearam o surgimento da guarda compartilhada. Primeiramente, o ingresso da mulher no mercado de trabalho fez com que o homem recebesse mais funções domésticas e, conseqüentemente, ele se aproximou mais dos filhos<sup>220</sup>. Então, a jurisprudência internacional começou a averiguar que o melhor interesse para a criança nem sempre seria ficar somente com a guarda de sua mãe quando ocorresse uma separação entre seus pais. Assim, surgiram teorias sociológicas, psicológicas e jurídicas acerca da guarda compartilhada ser o ideal para o melhor interesse da

---

<sup>217</sup> RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>218</sup> ANDRADE, Layanna Maria Santiago. **Guarda compartilhada: exclusiva viabilidade transacional**. Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/22588>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>219</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada: uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos**. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>220</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada: uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos**. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

criança uma vez que tal modalidade de guarda era a que mais mantinha os laços decorrentes da relação familiar<sup>221</sup>.

Essa modalidade de guarda, conforme acima explanado, se originou na Inglaterra na década de 1960 e foi incorporada por diversos países do mundo, a exemplo da França em 1987 com a Lei Malhuret, e da Alemanha<sup>222</sup>. No entanto, foi somente nos Estados Unidos que a guarda compartilhada ganhou significativa importância por causa das inúmeras vantagens aferidas em pesquisas realizadas<sup>223</sup>. De acordo com Luiz Felipe Lyrio Peres:

Nos Estados Unidos não existe uma regra para definir qual o 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 a criança, aonde se tem o entendimento de 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 está o motivo para o grande número de deferimento da guarda compartilhada, uma vez que os ex-cônjuges com receio de perderem a guarda permitem harmoniosamente que seu filho tenha contato com ambos.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é conhecida como *joint custody* ou *shared parenting*, em que esta se subdivide em guarda compartilhada ou 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 percebeu-se que esse sistema não satisfiz 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 passou-se também a ser adotado a *joint physical custody*, com intuito de suprir essa carência<sup>224</sup>.

Em todos esses países a guarda compartilhada foi adotada por ser a modalidade de guarda que mais privilegiava o superior interesse da criança e do adolescente. Por causa disso, outras nações – a exemplo do Canadá e de Portugal –, começaram a perceber a importância de tal instituto e começaram a implementá-la em seus ordenamentos jurídicos<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada:** uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>222</sup> MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a *mens legis*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p.128.

<sup>223</sup> MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a *mens legis*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 128.

<sup>224</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>225</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada:** uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

A inclusão da guarda compartilhada no ordenamento português foi interessante, uma vez que a legislação desse país proibia expressamente qualquer modalidade de guarda que não fosse a unilateral, porém devido à importância que as pesquisas mostravam sobre a guarda compartilhada, a Lei n. 84/95, a qual alterou o Código Civil Português, previu que após uma separação os genitores poderiam acordar sobre o exercício em comum do poder parental, isto é, poderiam decidir em conjunto as questões relacionadas à prole<sup>226</sup>. Atualmente, o Direito Português, por meio da Lei nº 59/1999, continua prevendo a guarda compartilhada, contudo deve haver um acordo entre os pais sobre isso senão o magistrado decretará a guarda exclusiva<sup>227</sup>.

No Brasil, a guarda compartilhada foi positivada com o advento da Lei nº 11.698/2008, embora antes disso já fosse prevista<sup>228</sup>. Esse instituto não é limitado apenas a casais que possuem dissolução de união estável, separação ou divórcio, pois pode ser aplicado inclusive a todos os genitores que nunca mantiveram um relacionamento familiar<sup>229</sup>.

Essa modalidade de guarda surgiu com a finalidade de fazer com que depois da ruptura do matrimônio os pais não perdessem o contato tampouco o vínculo afetivo com seus filhos<sup>230</sup>. Ademais, a necessidade de que os filhos tenham da presença dos pais para seu completo desenvolvimento conjugada com o desejo de ambos os genitores compartilharem a criação dos filhos foi um dos motivos que levou à inovação desse instituto<sup>231</sup>. Nesse sentido e no tocante ao aspecto psicológico da guarda compartilhada o psicanalista Sérgio Eduardo Nick afirma:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (“joint custody”, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma

<sup>226</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145.

<sup>227</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada**: uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>228</sup> ANDRADE, Layanna Maria Santiago. **Guarda compartilhada**: exclusividade viabilidade transacional. Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/22588>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>229</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 208.

<sup>230</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

<sup>231</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 104.

paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (“sole custody”, em inglês)<sup>232</sup>.

Portanto, a guarda compartilhada, a qual surgiu com a finalidade de evitar os problemas decorrentes da guarda exclusiva, possui como objetivo fazer com que os entes familiares tenham diminuídos os sofrimentos causados pela ruptura da sociedade conjugal<sup>233</sup>. Esse objetivo é conquistado quando os pais conseguem colocar as necessidades dos filhos em primeiro plano, abstenho-se de todas as incompatibilidades e frustrações decorrentes do matrimônio<sup>234</sup>.

### 2.2.2 Conceito e Regulamentação no Brasil

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda na qual a criança é amplamente assistida por seus genitores, os quais participam ativamente de sua vida, tomando decisões conjuntas sobre o melhor interesse desta<sup>235</sup>. Nesse instituto, os genitores possuem igualdade de direitos e deveres com relação a seus filhos e devem evitar desentendimentos para que isso não os prejudique<sup>236</sup>. Leciona Maria Berenice Dias acerca do conceito dessa modalidade de guarda:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária<sup>237</sup>.

Na guarda conjunta, a criança ou o adolescente possui uma residência fixa com um dos guardiões, que normalmente é um de seus pais<sup>238</sup>. Neste caso, o guardião que não reside

<sup>232</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

<sup>233</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 71.

<sup>234</sup> RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>235</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 28.

<sup>236</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29.

<sup>237</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 401.

<sup>238</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 218.

no mesmo domicílio que a criança possui direito de conviver com ela e, além disso, possui todos os direitos e deveres decorrentes do poder familiar se for seu genitor<sup>239</sup>. Outrossim, apesar do genitor que residir com o filho deter sua guarda física, ambos os pais deterão a guarda jurídica e psicológica da prole<sup>240</sup>.

Entretanto, a guarda compartilhada pode ser deferida a outras pessoas que não sejam os pais da criança. Seguindo essa linha de raciocínio entende o Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1.147.138 – SP:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa coabitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido<sup>241</sup>.

Verifica-se, portanto, que a guarda compartilhada é um instituto que merece relevância porque é a modalidade de guarda que mais vai de encontro com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, e porque é a que mais se amolda à doutrina da proteção integral haja vista que sempre prioriza o superior interesse da criança<sup>242</sup>. Nesse sentido o acórdão abaixo também demonstra a relação da guarda compartilhada com a aplicação do princípio do superior interesse da criança:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA AJUIZADA PELO GENITOR. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA DA COMPANHEIRA DA MÃE BIOLÓGICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. 1 - Ação de guarda compartilhada c/c regulamentação de convivência ajuizada pelo genitor (pai biológico). Irresignação da parte ré (mãe biológica) em face do indeferimento do pedido de inclusão no polo passivo de sua companheira (mãe socioafetiva). 2- Relevância da paternidade/maternidade socioafetiva e sua preponderância à biológica, como fruto das relações sociais civis

<sup>239</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 30.

<sup>240</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 30.

<sup>241</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial** nº 1.147.138/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. DJE – 27 maio 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>242</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada**: uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

contemporâneas e ao novo conceito de família, consagrando o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, a que deu destaque a Carta Social de 1988. 3 - Consoante a norma do art. 1.593 do CC/02, o parentesco pode ser natural ou civil, caso resulte de consanguinidade “ou de outra origem”, abrangendo esta última a paternidade socioafetiva, que encontra abrigo no art. 227, §6º da CFRB/88. 4 - Menor concebido através de inseminação artificial com o material genético do Autor e da Ré, ambos homossexuais. 5 - À época da inseminação a ré já vivia em união estável há alguns anos com sua companheira, fato que o próprio Agravado reconhece e está comprovado por escritura pública. 6 - Inegável o interesse da companheira na ação de guarda proposta pelo genitor (art. 1854, inciso I do Código Civil). 7- Mera ausência de vínculo biológico não tem o condão de afastar o direito da mãe socioafetiva de exercer a defesa de seus interesses. 8 - Decisão que surtirá efeitos tanto para a mãe biológica como para a socioafetiva. Litisconsórcio passivo necessário (art. 47, do CPC) em razão da natureza da relação jurídica em tela, considerando que a mãe socioafetiva, a toda evidência, será afetada em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional na ação de guarda ajuizada pelo genitor. 9 - Harmonização da estrutura familiar criada pelas partes constituída de um pai e duas mães, predominando tanto os laços biológicos como os afetivos. 10 - Solução que tutela com mais amplitude os direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor. 11-Reforma da decisão. 12-Provimento do recurso<sup>243</sup>.

Três outros aspectos relevantes no tocante à guarda compartilhada são a questão da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos, as despesas e o direito de visitas que pode abranger outros membros da família<sup>244</sup>. No tocante à responsabilidade civil dos genitores pelos atos ilícitos praticados pelos filhos tem-se que a guarda compartilhada segue a regra geral do artigo 932, I, do Código Civil de 2002, que dispõe que os pais conjuntamente serão os responsáveis<sup>245</sup>.

Quanto ao aspecto das despesas, teoricamente, na guarda compartilhada não há pensão alimentícia porque os dispêndios relativos à criança (escola, alimentação, lazer, saúde, dentre outros) são divididos igualmente pelos genitores<sup>246</sup>. Porém, normalmente, na guarda compartilhada a criança permanece residindo com um dos pais e, nesse caso, o genitor que habita com o filho terá mais encargos, situação que deverá refletir no valor dos alimentos devidos<sup>247</sup>. Além disso, nos casos em que a criança estiver, por períodos extensos, na presença

<sup>243</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 0054488-46.2013.8.19.0000. Relatora: Desª. Teresa de Andrade Castro Neves. DJE – 16 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprimejurisprudencia.php?ordem=1377,1374,1350,1359,1327,1354,1312,1311,1291,1301>>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>244</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 218.

<sup>245</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariiedade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 292.

<sup>246</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.

<sup>247</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariiedade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 294.

do genitor com quem não reside, esse intervalo deve ser avaliado e abatido na quantia a ser paga de pensão alimentícia naquele mês.

Ressalva-se que a questão referente às despesas das crianças poderá ser devidamente ajustada pelo magistrado. No mais, qualquer desentendimento entre os genitores no tocante à sua prole poderá ser resolvido judicialmente<sup>248</sup>.

Concernente à visitação da criança, o enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, estabeleceu que “o direito de visitas pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo o seu melhor interesse”<sup>249</sup>. Com isso, pode-se afirmar que não é somente o genitor não residente com a criança que possui o direito de visitá-la, mas também todo familiar ou conhecido que possua vínculo afetivo com ela<sup>250</sup>.

### 2.2.3 Aspectos psicológicos do instituto da guarda compartilhada

Os pesquisadores Irving e Benjamin realizaram um estudo em 1991 no Canadá envolvendo pessoas que possuíam a guarda compartilhada de seus filhos e outras que detinham a guarda exclusiva de sua prole<sup>251</sup>. Foram entrevistados 201 casais que tinham a guarda conjunta de seus filhos e 194 mães que possuíam guarda única. No final da pesquisa constatou-se que a guarda compartilhada era benéfica tanto para os genitores quanto para sua prole. Ademais, devido aos ajustes e à convivência habitual entre pais e filhos aconteceram várias melhoras no decorrer do tempo no instituto da guarda compartilhada<sup>252</sup>.

No entanto, a pesquisa indicou que não eram todos os casos que a guarda compartilhada era benéfica, mas somente nos que apresentavam algumas das seguintes características: baixos níveis de conflito anteriores à separação, um exercício de paternidade/maternidade centrado na criança, concordância em relação ao término da

<sup>248</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.

<sup>249</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciados n.º 333**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 11 maio 2014.

<sup>250</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.

<sup>251</sup> DE MEDEIROS LAGO, Vivian; BANDEIRA, Denise Ruschel. **La Psicología y las Demandas Actuales del Derecho de Familia**. Psicología ciência e profissão. 2009. v. 29. n. 2., p. 290-305.

<sup>252</sup> DE MEDEIROS LAGO, Vivian; BANDEIRA, Denise Ruschel. **La Psicología y las Demandas Actuales del Derecho de Familia**. Psicología ciência e profissão. 2009. v. 29, n. 2. p. 290-305.

separação conjugal e à decisão da guarda compartilhada, e motivação de ambos os pais para aceitar e superar as exigências e complicações do dia a dia invariavelmente associadas ao exercício da guarda compartilhada<sup>253</sup>.

Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos pelos pesquisadores Shapiro e Lambert apontou que a guarda compartilhada é um modelo que gera melhor qualidade na relação paterno-filial e gera uma boa relação afetiva entre pais e filhos devido a habitual presença dos genitores na vida dos menores<sup>254</sup>.

Por sua vez, o pesquisador Leupniz constatou que os genitores que aderiram ao instituto da guarda compartilhada se sentiram menos sobrecarregados com as obrigações decorrentes do poder familiar, bem como evidenciaram menos sentimentos de injustiça, em geral associados ao exercício da guarda exclusiva<sup>255</sup>.

No decorrer do tempo, pesquisas jurídicas e psicológicas foram realizadas nos diversos modelos de guarda e chegou-se à conclusão de que nos institutos em que somente um dos genitores é responsável pela guarda e educação dos filhos, mesmo que ocorram visitas periódicas por parte do genitor não guardião, prioriza-se a relação dos ex-consortes e não a dos filhos decorrentes dessa relação. No entanto, essa situação não acontece quando os pais optam pela guarda compartilhada porque como ambos devem cooperar, partilhar decisões e disponibilizar mais tempo para criação e educação dos filhos, a criança passa a ser visualizada como a detentora de mais necessidades e consegue uma melhor adaptação a essa nova realidade que detém<sup>256</sup>.

Dessa forma compreende-se que a guarda compartilhada atenua os conflitos de lealdade entre genitores e sua prole que normalmente ocorrem nas situações de divórcios<sup>257</sup>. Ao passo que na guarda exclusiva a criança se sente excluída do genitor não guardião, na

<sup>253</sup> DE MEDEIROS LAGO, Vivian; BANDEIRA, Denise Ruschel. **La Psicología y las Demandas Actuales del Derecho de Familia**. Psicologia ciência e profissão. 2009. v. 29. n. 2. p. 290-305.

<sup>254</sup> MELO, Cinthya Rebecca Santos; GAUDÊNCIO, Carmem Amorim; DE ANDRADE, Josemberg Moura. **Guarda compartilhada no contexto brasileiro**, p. 7. Disponível em: <<http://www.unicap.br/jubra/wp-content/uploads/2012/10/TRABALHO-16.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>255</sup> MELO, Cinthya Rebecca Santos; GAUDÊNCIO, Carmem Amorim; DE ANDRADE, Josemberg Moura. **Guarda compartilhada no contexto brasileiro**, p. 7. Disponível em: <<http://www.unicap.br/jubra/wp-content/uploads/2012/10/TRABALHO-16.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>256</sup> MELO, Cinthya Rebecca Santos; GAUDÊNCIO, Carmem Amorim; DE ANDRADE, Josemberg Moura. **Guarda compartilhada no contexto brasileiro**, p. 7. Disponível em: <<http://www.unicap.br/jubra/wp-content/uploads/2012/10/TRABALHO-16.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>257</sup> SECRETAS, Marlise B. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 275.

guarda compartilhada há um favorecimento de maior intimidade entre pais e filhos porque a possibilidade da criança ser educada por ambos os seus genitores faz com que esta se desenvolva melhor e tenha uma melhor autoestima<sup>258</sup>.

Nesse sentido, o psicólogo Dr. Evandro Luiz Silva em seu livro “Dois lares é melhor do que um” afirma:

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<sup>259</sup>.

Salienta ainda o autor que em certos casos a guarda exclusiva materna seria a mais indicada uma vez que a criança necessita de um referencial de lar porque se adaptar a dois lares seria muito complexo psicologicamente<sup>260</sup>. Além disso, psicólogo Dr. Evandro Luis Silva cita a autora Françoise Dolto quando esta explica, em seu livro “Quando os pais se separam”, dois casos em que a guarda compartilhada ficaria impossibilitada de acontecer da melhor maneira a atender o superior interesse da criança<sup>261</sup>. No primeiro caso a autora se refere a um pai que morava no Norte da França e a mãe ao Sul e por causa disso a criança passaria meio ano letivo com cada genitor. No segundo caso, o pai morava em uma cidade distante da qual a mãe morava e a criança alternaria metade da semana com cada genitor. Em ambos os casos a criança ficaria prejudicada porque teria dois colégios e não criaria vínculos afetivos<sup>262</sup>.

No mais, discorre o autor afirmando que no instituto da guarda compartilhada, mesmo quando há alternância de casas, tais comportamentos são minimizados ou não ocorrem, pois as crianças possuem condições psíquicas de se adaptarem a duas residências

---

<sup>258</sup> WEISS, Telma Kutnikas. Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 360.

<sup>259</sup> SILVA, Evandro Luiz. **Guarda compartilhada: a importância de ambos os pais na vida dos filhos**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91004-gc-aimportancia.htm>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>260</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/download/dissertacaoluisflyrioperes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>261</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/download/dissertacaoluisflyrioperes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>262</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/download/dissertacaoluisflyrioperes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

uma vez que a separação do casal coloca no centro os filhos e não os problemas que levaram a ruptura matrimonial<sup>263</sup>.

Nesse sentido, o autor prevê alguns benefícios que a guarda compartilhada pode trazer para as pessoas que a adotam, como por exemplo, a diminuição do estresse e maior produção (escola, trabalho etc.); diminuição da gravidez na adolescência; diminuição do suicídio em crianças e adolescentes; diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes; diminuição da evasão escolar; diminuição de problemas emocionais ou comportamentais; diminuição de prisões de menores; e menor custo num processo judicial (evita-se uma grande quantidade de perícias e diminui a morosidade do processo)<sup>264</sup>.

No entanto, apesar da guarda compartilhada ser a mais indicada nas relações paterno-filiais é necessário que alguns critérios sejam observados, como os de caráter físico-biológico, cognitivos, emocionais e sociais. De acordo com o pesquisador Rivera, as necessidades de caráter físico-biológico dizem respeito aos cuidados com integridade física, alimentação, higiene, sono, atividade física e proteção frente a riscos reais. As cognitivas englobam a estimulação sensorial, a exploração e compreensão da realidade física e social e a aquisição de um sistema de valores e normas. Por fim, as necessidades emocionais e sociais compreendem segurança emocional, identidade pessoal e autoestima, rede de relações sociais, estabelecimentos de limites de comportamento e educação e informação sexual<sup>265</sup>.

#### 2.2.4 Regime de visitas e guarda compartilhada

A separação de um casal gera consequências não só para eles, como também para a prole decorrente dessa união. Na maioria das vezes, gera insegurança para os filhos porque há uma mudança de rotina, regras e eles acabam se sentindo separados de uma parte da família<sup>266</sup>.

O direito de visitas nasce quando há uma definição sobre a pessoa que será responsável pela guarda dos infantes. Quando um dos genitores possui a guarda dos filhos, o

<sup>263</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/download/dissertacaoluisflyrioperes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>264</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/download/dissertacaoluisflyrioperes.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>265</sup> LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. **As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil**. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1677-04712008000200013&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1677-04712008000200013&script=sci_arttext&tlng=es)>. Acesso em: 12 maio 2014.

<sup>266</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 115.

outro poderá visitá-los. E, quando um terceiro, instituição ou pessoa física, fica responsável pela guarda dos menores, ambos os genitores possuem o direito de ver os filhos<sup>267</sup>.

O regime de visitas pode ser conceituado como a forma pela qual os genitores ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros regularmente estabelecidos, repartição de férias escolares e dias festivos<sup>268</sup>. Nesse sentido dispõe o parágrafo segundo do artigo 1.121 do Código de Processo Civil:

Artigo 1.121, § 2º, do Código de Processo Civil. Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos<sup>269</sup>.

Ademais, o direito de visitas surgiu com a finalidade de fazer com que os filhos advindos de uma relação, conjugal ou não, tivessem uma plena e adequada comunicação com o genitor que não convivem diariamente<sup>270</sup>. Para Waldyr Grisard Filho, “funda-se o direito de visita em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz”<sup>271</sup>.

Há três usuais modalidades de visitação em qualquer tipo de guarda: livre, de mínima regulamentação e extremamente regulamentada<sup>272</sup>. O sistema de regulamentação de visitas livre necessita haver do visitante e do visitado maior compreensão, tolerância e adaptação circunstancial. O sistema de extrema regulamentação de visitas pode ser prejudicial à relação paterno-filial e não deve ser aplicado a todas as idades. Atualmente a mais utilizada é a de mínima regulamentação.

No entanto, se for verificado posteriormente que o sistema de visitas que o genitor não guardião possui não é o mais adequado para regulamentar a sua relação paterno-filial é

<sup>267</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 115.

<sup>268</sup> LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei 11.698/2008**. Disponível em: <<http://saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2014.

<sup>269</sup> BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>270</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

<sup>271</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 118.

<sup>272</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

possível haver uma mudança de regime<sup>273</sup>. Isso ocorre porque o direito de visitas não é absoluto e está sujeito a limitações que podem levar a sua suspensão ou exclusão.

No tocante ao direito de visitas na guarda compartilhada assevera Paulo Lôbo:

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de "pais de fins de semana" ou de "mães de feriados", que privam os filhos de suas presenças cotidianas<sup>274</sup>.

Infere-se, portanto, que não há direito de visitas na guarda compartilhada. Essa nomenclatura “direito de visitas” é inadequada tendo em vista que um dos pais pode passar o dia todo com o filho e no final do dia o levar para a residência do outro genitor sem que isso constitua uma visita. Tal situação ocorre porque ambos os genitores possuem a guarda jurídica dos filhos na guarda compartilhada, isto é, ambos os pais possuem as mesmas obrigações e direitos com relação à prole<sup>275</sup>.

Entretanto, apesar de ambos os genitores possuírem a guarda jurídica dos filhos, o melhor para a criança é possuir uma residência fixa que pode ser na casa do pai, da mãe ou, até mesmo, de um terceiro<sup>276</sup>. Não seria o melhor para o infante possuir duas residências porque a rotina estimula um desenvolvimento saudável para as crianças<sup>277</sup>. Vale dizer, a convivência equilibrada da criança com ambos os genitores não significa que ela deve passar

<sup>273</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

<sup>274</sup> LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei 11.698/2008**. Disponível em: <<http://saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2014.

<sup>275</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda compartilhada**: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda\\_compartilhada\\_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda_compartilhada_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>276</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 183.

<sup>277</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda compartilhada**: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda\\_compartilhada\\_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda_compartilhada_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 15 maio 2014.

períodos de tempo iguais com os pais haja vista que a flexibilidade deve estar presente para garantir o melhor interesse da criança<sup>278</sup>.

### 2.2.5 Estudo de uma possível solução diante da impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada

A psicanalista Telma Kutnikas Weiss afirma que para que a criança se desenvolva de forma saudável e possua uma boa formação moral é necessário que esteja habitualmente na presença de uma figura materna e paterna<sup>279</sup>. Diante disso, surgiu a necessidade do direito de visitas vir a existir quando há a separação de um casal.

O direito de visitas possui como função fazer com que o genitor não guardião esteja presente na vida de seu filho acompanhando-o em suas atividades. Além disso, o pai que não detém a guarda de seu filho possui dever de fiscalizar como o genitor guardião está exercendo a guarda da criança<sup>280</sup>. Caso haja algum problema grave, a guarda poderá ser modificada e o genitor não guardião poderá vir a ser o detentor da guarda de seu filho<sup>281</sup>.

Ao exercer o direito de visitas, o genitor visitante deve procurar interagir com o visitado, compartilhar sua vida com a dele, inteirar-se dos seus problemas, dar-lhe a devida atenção, carinho e aconchego<sup>282</sup>.

Verifica-se, então, que o direito de visitas consegue realizar a sua finalidade que é a de manter o convívio familiar da criança. Logo, nos casos em que a guarda compartilhada deve ser evitada, como nos de conflito entre os pais da criança, deve ser aplicado o modelo de guarda unilateral naquela família e o direito de visitas deverá ser exercido pelo genitor não guardião. Vislumbra-se, portanto, que a guarda compartilhada, apesar de ser a modalidade de guarda mais indicada atualmente, não deve ser aplicada em todas as situações uma vez que os

<sup>278</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda compartilhada:** a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda\\_compartilhada\\_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda_compartilhada_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 15 maio 2014.

<sup>279</sup> WEISS, Telma Kutnikas. Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 360.

<sup>280</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

<sup>281</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

<sup>282</sup> FREITAS, Valéria Fagundes Garcia. **Direito de visitas:** relacionamento entre pais e filhos. Disponível em: <[http://www.unijales.edu.br/unijales/arquivos/20120507213318\\_242.pdf](http://www.unijales.edu.br/unijales/arquivos/20120507213318_242.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2014.

pais devem ser maduros o suficiente para adotarem esse instituto<sup>283</sup>. Nesse sentido, afirma Telma Kutnikas Weiss:

Importante salientar a maturidade que os pais têm que ter ao optarem por compartilhar a responsabilidade pelo filho. Eles terão que se perceber não mais como um casal, mas como genitores dos seus filhos. O amor de casal acabou, porém o amor aos filhos tem que ser preservado e cuidado<sup>284</sup>.

Além disso, verifica-se na Apelação Cível nº 70005760673 que esse também tem sido o entendimento da jurisprudência brasileira. Observe:

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido<sup>285</sup>.

Diante o exposto, é correto afirmar que nos casos em que se verifica judicialmente e psicologicamente que a imposição da guarda compartilhada para uma família é prejudicial, o direito de visitas deve ser visto como uma solução para o caso. Nota-se que esse também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. O menor se encontra desde maio de 2011 na guarda paterna, demonstrando que está bem vinculado e inserido no núcleo familiar paterno, como se vê no estudo social e laudo psicológico. À mãe está assegurado o direito de visitas, o que deve ser protegido e estimulado, pois o filho também tem com ela bom vínculo afetivo. Não é recomendável o deferimento da guarda compartilhada- de difícil sucesso na sua aplicação prática e somente viável quando fruto do consenso. O simples fato de se fazer desta pretensão uma disputa judicial vai contra o ânimo de composição e entendimento. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME<sup>286</sup>.

<sup>283</sup> WEISS, Telma Kutnikas. Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 361.

<sup>284</sup> WEISS, Telma Kutnikas. Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 361.

<sup>285</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70005760673**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJE – 13 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia,tjmg-civil-guarda-de-menor-guarda-compartilhada-relacao-conflituosa-entre-os-genitores-impossibilidade-risco-,31546.html>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

<sup>286</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70057996324**. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. DJE, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114429475/apelacao-civel-ac-70057996324-rs>. Acesso em: 02 jun. 2014.

Nesse sentido quando se visualizar que, em um caso concreto, um divórcio pode afetar uma criança devido à falta de harmonia e afeto entre os pais e dos seus genitores para com ela, podendo causar danos psicológicos que afetem seu desenvolvimento, a guarda a ser aplicada para aquela família deve ser a exclusiva e o genitor não guardião terá direito a visitar os filhos<sup>287</sup>.

### 2.2.6 Requisitos para a concessão da guarda compartilhada

O instituto da guarda como um todo necessita de alguns requisitos que serão analisados por profissionais (magistrados, psicólogos etc.) para ver qual a modalidade de guarda mais indicada para aquela situação em concreto. Alguns dos requisitos analisados são as condições dos genitores de prestar assistência material e moral; suas condições psíquicas, devendo ser investigadas as motivações conscientes e inconscientes, considerando sua história de vida, e os vínculos e afetos de cada genitor; residência fixa – única e não alternada – para que evite grandes alterações na vida e rotina da criança<sup>288</sup>.

A guarda compartilhada sempre deve observar o superior interesse da criança, logo o magistrado deve analisar três princípios fundamentais ao aplicar tal modalidade de guarda<sup>289</sup>. O primeiro é que a filiação, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar não terminam com a extinção do vínculo conjugal. O segundo princípio é que nos casos de desacordo, incompetência dos genitores ou quando o interesse da criança exigir, a guarda dos filhos será imposta pelo juiz. E, o terceiro princípio é que quando a guarda compartilhada estiver amparada pela lei, isto é, quando os pais estiverem de acordo sobre tal modalidade de guarda e houver benefício para os filhos, é modalidade de guarda lícita<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada:** uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>288</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada:** uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>289</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada:** uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>290</sup> COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada:** uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

Nesse sentido, para que a guarda compartilhada seja executada da melhor maneira possível e consiga estar de acordo com o princípio do superior interesse do menor, alguns requisitos são essenciais<sup>291</sup>.

O primeiro requisito é verificar se ambos os pais estão dispostos e são aptos a exercer a guarda dos filhos. Segundo Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, “é preciso que os pais tenham habilidade, capacidade legal, moral e intelectual e condições de desempenhar as atribuições do poder familiar”<sup>292</sup>.

O segundo pressuposto é que haja um relacionamento harmonioso entre os genitores do menor. Isso é fundamental porque o sucesso da guarda compartilhada está atrelado ao bom convívio dos pais porque faz com que a relação seja de respeito e seja sempre voltada ao melhor interesse dos filhos<sup>293</sup>.

Por fim, o terceiro requisito é que se a criança possuir residências diversas, o que não é necessário na guarda compartilhada, deve ser submetida às mesmas regras para que não sofra de instabilidade psicológica<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

<sup>292</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

<sup>293</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 73.

<sup>294</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

### 3 A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

O término de uma relação conjugal provoca severas mudanças na vida dos filhos, uma vez que de uma hora para outra eles veem sua rotina doméstica completamente diferente. Porém, essa dificuldade que surge na relação familiar pode ser amenizada se o princípio do superior interesse da criança for colocado em prática, isto é, os genitores devem buscar concomitantemente afastar os problemas que os levaram ao término do relacionamento e propiciar aos seus filhos um completo desenvolvimento psicológico e uma estabilidade emocional<sup>295</sup>.

Visando a atender o convívio familiar após uma ruptura matrimonial surgiu o instituto da guarda compartilhada, o qual é o mais utilizado atualmente pela doutrina e jurisprudência brasileira<sup>296</sup>. Essa modalidade de guarda é a que mais atende ao princípio do superior interesse da criança uma vez que observa todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Buscando aprofundar o assunto, esse capítulo abordará a doutrina da proteção integral, bem como as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada e a repercussão da imposição da guarda compartilhada em litígio processual diante do superior interesse da criança.

#### 3.1 Doutrina da Proteção Integral

O significado de infância sofreu profundas transformações no final do século XX em razão da criança ter sido considerada como sujeito de direito que merece proteção absoluta por parte do Estado e da sociedade por ainda estar em fase de desenvolvimento. Essas conquistas decorreram, em grande parte, da Doutrina da Proteção Integral, a qual será abordada em seguida.

##### 3.1.1 Origem da Doutrina da Proteção Integral

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 dispõe que a família, a sociedade e o Estado possuem um dever jurídico de fazer com que os direitos da criança e do

---

<sup>295</sup> VICENTE, Gabriela. **Guarda compartilhada**: a busca pelo melhor interesse do menor. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Gabriela%20Vicente.pdf>>. Página 68. Acesso em: 21 maio 2014.

<sup>296</sup> VICENTE, Gabriela. **Guarda compartilhada**: a busca pelo melhor interesse do menor. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Gabriela%20Vicente.pdf>>. Página 68. Acesso em: 21 maio 2014.

adolescente sejam observados<sup>297</sup>. Vale dizer, eles possuem um dever de cuidado, proteção e de observância dos direitos fundamentais dos infantes<sup>298</sup>. E, foi exatamente nesse artigo que o texto constitucional consagrou a Doutrina da Proteção Integral, a qual é um modelo legal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro que se fundamenta no fato de que as crianças são sujeitos de direito e não objeto de proteção.

Acerca dos direitos que as crianças e os adolescentes possuem é correto afirmar que eles têm os mesmos direitos que os adultos (vida, liberdade, dignidade etc.), além de outros específicos<sup>299</sup>, a exemplo do direito ao não trabalho para os menores de 16 anos, direito à inimizabilidade penal, direito à convivência familiar/comunitária dentre outros.

O direito da criança e do adolescente tem como fundamento a Doutrina da Proteção Integral<sup>300</sup>. Por essa doutrina, crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos, isto é, os infantes são pessoas, porém pessoas em desenvolvimento; e conseqüentemente, fazem jus a uma prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado<sup>301</sup>. Acerca do desenvolvimento internacional da doutrina da proteção integral, ensina Cristiana Campos Mamede Maia que:

Em 1948, após um período de guerra, majorou-se as discussões acerca dos direitos humanos, o que levou a ONU a publicar dois documentos de suma importância para o desenvolver do direito da criança: a Declaração Universal dos Direitos do homem, em 1948, e a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, que vieram a ser o ponto de partida para a doutrina da proteção integral, reconhecendo às crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais.  
[...]

A Declaração dos Direitos da Criança estabeleceu diversos princípios, podendo-se destacar, dentre eles, o princípio da proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual e o princípio a educação gratuita e compulsória<sup>302</sup>.

<sup>297</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>298</sup> MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei nº 8.069/90**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>299</sup> VELASQUEZ, Miguel Granato. **Direitos humanos de crianças e adolescentes**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id455.htm>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>300</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>301</sup> SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%2017\\_11\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf)>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>302</sup> MAIA, Cristiana Campos Mamede. **Proteção e direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protacao-integral-direitos-crianca-adolescente>>. Acesso em: 09 maio 2014.

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988 o ordenamento jurídico adotava o Direito do Menor, o qual se baseava na Doutrina da Situação Irregular. Essa doutrina, cuja fonte normativa era o Código de Menores de 1979, fundamentava-se no fato de que o menor era um objeto de proteção<sup>303</sup>, isto é, ele era aquela pessoa que estava abandonada ou que tinha praticado um ilícito. Portanto, a doutrina da situação irregular só se aplicava ao menor que se encontrava em uma situação de risco (situação irregular), e não à universalidade de crianças e adolescentes<sup>304</sup>.

Em 1988, a Doutrina Situação Irregular foi substituída pela Doutrina da Proteção Integral devido à relevância que os movimentos sociais de defesa da criança e do adolescente começaram a ter<sup>305</sup>. Nesse sentido, afirma Mário Luiz Ramidoff que:

Em que pese o fato de se ter politicamente adotado na Constituição da República de 1988 a doutrina da proteção integral antes mesmo da oficialização do conjunto de instrumentos legislativos internacionais – e dentre eles, em particular, a Convenção Internacional dos Direitos Humanos da Criança que é do ano de 1989 – percebe-se que intenso movimento popular brasileiro já havia ensejado (re)alinhamento democrático interno com as diversas dimensões humanitárias dos direitos mais comezinhos àquelas pessoas que se encontrassem na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade<sup>306</sup>.

Por meio da doutrina da proteção integral a criança não se encontra propriamente em uma situação irregular<sup>307</sup>. Vale dizer, quem se encontra em uma situação irregular é a família, a comunidade ou o Poder Público; e essa situação irregular deriva da inobservância dos direitos fundamentais do infante. Discorrendo acerca da doutrina da proteção integral leciona Paula Galbiatti Silveira que esta teoria almeja garantir e concretizar a dignidade da pessoa humana aos infantes por intermédio de instrumentos que os assegurem condições mínimas

---

<sup>303</sup> CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>304</sup> MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei nº 8.069/90**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>305</sup> CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>306</sup> RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 62.

<sup>307</sup> HOLANDA, Izabele Pessoa. **A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12051&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051&revista_caderno=12)>. Acesso em: 09 maio 2014.

existenciais e a efetivação de seus direitos fundamentais, sob pena de possíveis injustiças acontecerem e de haver prevalência de outros aspectos que não de interesse das crianças<sup>308</sup>.

No mais, a fim de que sejam executadas todas essas regras da doutrina da proteção integral deve-se observar o superior ou o melhor interesse da criança em qualquer decisão que lhe disser respeito<sup>309</sup>. Nesse sentido, o artigo 3º, da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU assegura que:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada<sup>310</sup>.

Por fim, destaca-se que a modalidade de guarda que estamos analisando na presente monografia, qual seja a guarda compartilhada, se coaduna com a Doutrina da Proteção Integral, uma vez que ao tratar o infante como sujeito de direitos, o coloca em prioridade absoluta frente à separação de seus genitores<sup>311</sup>. Nesse sentido, a guarda conjunta respeita e efetiva os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

### 3.1.2 Princípios da Doutrina da Proteção Integral

<sup>308</sup> SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos.** Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%2017\\_11\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf)>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>309</sup> MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei nº 8.069/90.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2014.

<sup>310</sup> BRASIL, **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os direitos das crianças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2014.

<sup>311</sup> MANZELLO, Andre. **Pai e a guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://andrecm.jusbrasil.com.br/artigos/115724808/pai-e-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

Dentre os princípios da doutrina da proteção integral, os mais importantes são: o princípio da prioridade absoluta, princípio do superior interesse da criança e o princípio da cooperação<sup>312</sup>.

Antes de adentrarmos na análise do princípio do superior interesse da criança faz-se necessário demonstra o motivo pelo qual esse princípio recebe diferentes denominações. Ao analisarmos o artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança percebemos que utilizou-se a expressão “melhor interesse”, enquanto que o artigo 9º da referida Convenção adotou a nomenclatura “interesse maior da criança” e, por fim, constatamos que o princípio VII da Declaração Universal dos Direitos da Criança empregou a expressão “interesse superior da criança”<sup>313</sup>.

Porém, apesar do legislador ter empregado diferentes nomenclaturas ao traduzir para a língua portuguesa a expressão *best interest*, todas as denominações utilizadas se referem ao mesmo princípio e possuem conteúdo idêntico<sup>314</sup>.

Em razão das crianças serem vulneráveis por não terem atingido completo desenvolvimento e pela sua imaturidade, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a importância de protegê-las com prioridade absoluta. Para tanto deve ser observado o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, o qual, apesar de não ter um conceito fechado, preconiza, de acordo com o princípio VII da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que “deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais”<sup>315</sup>.

O segundo princípio adotado pela Doutrina da Proteção Integral é princípio da prioridade absoluta que está consagrado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Observe:

---

<sup>312</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>313</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança, o adolescente:** aspectos históricos. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BMllwWNR9nIJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/aspectos\\_historicos\\_maregina.doc+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BMllwWNR9nIJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/aspectos_historicos_maregina.doc+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 22 ago. 2014.

<sup>314</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança, o adolescente:** aspectos históricos. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BMllwWNR9nIJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/aspectos\\_historicos\\_maregina.doc+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BMllwWNR9nIJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/aspectos_historicos_maregina.doc+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 22 ago. 2014.

<sup>315</sup> **Declaração universal dos direitos das crianças.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

Art. 227, da CF/88 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>316</sup>. (Grifos da autora)

Art. 4º, da Lei nº 8.069/90 - É dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade**, a **efetivação** dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária<sup>317</sup>. (Grifos da autora)

Nesse sentido, podemos afirmar que o princípio da prioridade absoluta significa que devido à criança ser vulnerável e não ter se desenvolvido completamente, ela necessita de uma prioridade absoluta de assistência por parte do Estado, da sociedade e de sua família<sup>318</sup>. A garantia de prioridade que a criança deve receber está explicada no parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), segundo o qual:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- e) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- f) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- g) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- h) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude<sup>319</sup>.

Por fim, o princípio da cooperação significa que é dever tanto da sociedade, como do Estado e da família proteger as crianças e os adolescentes da violação de seus direitos e garantias<sup>320</sup>. Sobre esse princípio leciona Francismar Lamenza:

Destaca-se a importância do conceito a delinear o trinômio família-sociedade-Estado como decisivo para a implementação e respeito aos direitos da criança e do adolescente, não havendo a exclusão de um deles quando da atuação do outro. Aí reside o ponto fulcral do princípio da cooperação estabelecido pelo artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>316</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>317</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>.

<sup>318</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>319</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>.

<sup>320</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

Poderá haver a soma de esforços entre os agentes para a consecução da finalidade de alcance de uma qualidade de vida satisfatória para crianças e adolescentes. Nunca se conceberá a exclusão. Nesse labor, há a colaboração de todos<sup>321</sup>.

Isso significa que não é apenas a família da criança responsável por concretizar os seus direitos fundamentais, ou seja, há uma concorrência entre a família, o Estado e a sociedade no tocante à responsabilidade de assistir os infantes em suas necessidades básicas. Vale dizer, todos são responsáveis por propiciar às crianças um ambiente sadio e livre de qualquer nocividade uma vez que elas contam com prioridade absoluta de proteção por serem pessoas em desenvolvimento<sup>322</sup>.

### 3.2 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada sofreu influências políticas, culturais, econômicas e sociais para ter aplicabilidade. Essa modalidade de guarda supre os interesses das crianças porque possui como objetivo manter o convívio familiar e proteger os direitos fundamentais dos infantes. Porém, assim como as outras modalidades de guarda, o instituto da guarda compartilhada possui vantagens e desvantagens que serão analisadas neste tópico.

#### 3.2.1 Vantagens da guarda compartilhada

Sempre que ocorrer o término de um relacionamento, seja casamento ou união estável, deve-se cogitar que a separação é somente do casal e não entre pais e filhos<sup>323</sup>. Com base nisso, foi instituída a guarda compartilhada, a qual visa sempre o melhor interesse da criança. Antes de adentrarmos nas vantagens da guarda compartilhada faz-se necessário citar um estudo realizado pelo Departamento de Serviços Humanos e Sociais do Governo dos Estados Unidos. De acordo com as pesquisas realizadas extrai-se que:

“O resultado deste modelo tradicional fica patente de forma irrefutável no acompanhamento estatístico dos órgãos responsáveis do Governo americano: Mais de ¼ das crianças americanas, aproximadamente 17 milhões, não vivem com seus pais. Meninas sem um pai em suas vidas têm 2 ½ vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos

<sup>321</sup> LAMENZA, Francismar. **A proteção das crianças e dos adolescentes portadores de deficiência.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1244](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1244)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

<sup>322</sup> LAMENZA, Francismar. **A proteção das crianças e dos adolescentes portadores de deficiência.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1244](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1244)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

<sup>323</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada:** de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

sem um pai em suas vidas têm 63% mais de chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm 2 vezes mais chance de abandonarem a escola, 2 vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente 4 vezes mais chances de necessitarem cuidados profissionais para problemas ou de comportamento<sup>324</sup>.”

Constata-se, portanto, que é fundamental a presença de ambos os genitores na vida de uma criança. Assim, em casos de ruptura matrimonial os genitores devem mostrar aos filhos que os vínculos de parentalidade serão mantidos a fim de minorar a preocupação que as crianças possuem de perder os pais após uma separação<sup>325</sup>.

No tocante às vantagens que a guarda compartilhada possui é correto afirmar que ela traz benefícios para os genitores, seus filhos menores ou não emancipados e para a Justiça<sup>326</sup>. Um dos benefícios dessa modalidade de guarda é o fato de que os genitores terão igualdade de direitos e deveres no tocante aos filhos. Isso é positivo porque faz com que a obrigação de educar os filhos não fique sobrecarregada em somente um dos pais<sup>327</sup>.

Além disso, essa modalidade de guarda é vantajosa para as crianças porque, como os pais estão presentes habitualmente em suas vidas, elas se sentem mais amadas, seguras e possuem a sensação de que os genitores se preocupam mais com elas, gerando como consequência uma estabilidade emocional<sup>328</sup>. Isso é relevante para o desenvolvimento psicológico dos menores porque na guarda exclusiva as crianças se sentem constantemente ansiosas com o fato de que terão que residir com somente um dos pais e diminuirão contato com seu outro genitor, situação que não acontece na guarda compartilhada<sup>329</sup>. Nesse sentido, de acordo com Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

O psicólogo Robert Bauserman, Ph.D., do AIDS Administration/Department of Health and Mental Hygiene, em Baltimore, Maryland, conduziu um estudo entre 1982 e 1999, divulgado pelo *Journal of Family Psychology*, publicado pela *American Psychological Association (APA)*, no qual examinou 1.846 crianças em sistema de guarda exclusiva e 814 em guarda compartilhada, com e sem alternância de residências. Em seu estudo percebeu que crianças que viviam sob o arranjo de

<sup>324</sup> MANZELLO, Andre. **Pai e a guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://andrecm.jusbrasil.com.br/artigos/115724808/pai-e-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: jul. 2014.

<sup>325</sup> MANZELLO, Andre. **Pai e a guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://andrecm.jusbrasil.com.br/artigos/115724808/pai-e-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

<sup>326</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 87.

<sup>327</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 89.

<sup>328</sup> ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 106-107.

<sup>329</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 88.

guarda compartilhada teriam apresentado menos problemas emocionais e de comportamento, maior autoestima, melhor desempenho na escola e no relacionamento familiar do que as crianças em sistema de guarda exclusiva. As crianças teriam demonstrado estar tão bem ajustadas quanto uma criança nas mesmas condições em uma família intacta. Para Bauserman, isto poderia talvez ter ocorrido pelo contato constante com os pais. Ele concluiu que não seria preciso compartilhar a guarda física, bastaria que a criança dispusesse de um tempo substancial com os genitores. O estudo ainda demonstrou que os casais apresentaram menos conflito no arranjo de guarda compartilhada em relação à guarda exclusiva<sup>330</sup>.

Nesse instituto, os genitores possuem um contínuo acesso à vida de seus filhos, podendo vê-los crescer, partilhar dos momentos mais importantes de suas vidas e contribuir conjuntamente para sua educação<sup>331</sup>. Ademais, os pais possuem as mesmas condições para prestar auxílio moral e afetivo para com sua prole<sup>332</sup>. Esse direito é salutar para os infantes porque faz com que eles não rompam os vínculos afetivos com seus genitores e evita que sintam rancores pelo fato de terem rompido o vínculo matrimonial<sup>333</sup>. Nesse sentido leciona David Zimerman:

Também é bastante beneficiado o cônjuge que não é o guardião das crianças menores, porquanto ele sai do papel de mero “visitante” e de mero provedor, para sentir-se plenamente como pai (ou mãe) com os mesmos direitos e deveres do outro cônjuge, assim podendo opinar sobre a escolha da escola, os costumes referentes à liberdade e aos limites necessários que devem ser ministrados aos filhos, etc. Outra vantagem é que um convívio mais próximo com ambos os pais (que embora estejam separados, não estão num clima fortemente beligerante) pode servir para as crianças como um excelente modelo de que o divórcio deles não é necessariamente uma tragédia e que isso pode acontecer de uma forma natural, sem que a segurança de cada um dos filhos menores, no amor de cada um dos pais por eles, fique abaladas<sup>334</sup>.

Por fim, a guarda compartilhada faz com que haja uma despesa igualitária dos gastos dos filhos por parte dos pais, o que é um grande benefício para a Justiça porque se evitam brigas decorrentes de pensão alimentícia – possibilita que os genitores deixem de lado o egoísmo e busquem, em harmonia e respeito, o melhor para seus filhos<sup>335</sup>.

<sup>330</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 87.

<sup>331</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71-104.

<sup>332</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233.

<sup>333</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 234.

<sup>334</sup> ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 106-107.

<sup>335</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 91.

### 3.2.2 Desvantagens da guarda compartilhada

Apesar da guarda compartilhada gerar benefícios para os pais e para a criança, o juiz deve analisar antes de sentenciar sobre o *animus* do casal em ter ou não esse tipo de guarda. Isso ocorre porque para que a guarda compartilhada funcione corretamente é necessário que o casal possua uma boa vivência e respeito mútuo, caso contrário, se os genitores estiverem em constantes litígios, isso trará prejuízos emocionais para a criança e poderá desgastar ainda mais a relação que possuem<sup>336</sup>. Nesse sentido assevera Waldyr Grisard Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas<sup>337</sup>.

Outra desvantagem da guarda compartilhada é que, quando os genitores não conseguem se entender e se respeitar, pode haver o surgimento da alienação parental. De acordo com o artigo 2º da Lei n. 12.318/2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este<sup>338</sup>.

A alienação parental pode surgir quando um dos genitores, se sentido abandonado com o término da relação matrimonial, começa a denegrir a imagem de seu companheiro para o filho do casal. Esse comportamento pode fazer com que a criança fique depressiva ou com um grave desequilíbrio psicológico<sup>339</sup>. Então, em casos onde é possível se visualizar uma alienação parental, fazer com que os genitores detenham a guarda compartilhada da prole pode resultar em severos prejuízos para a criança.

<sup>336</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 237.

<sup>337</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 237.

<sup>338</sup> BRASIL, **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

<sup>339</sup> ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 106-107.

Ademais, outra desvantagem da guarda compartilhada é que alguns genitores se utilizam desse instituto como forma de diminuir o valor que pagariam nas pensões alimentícias, pois nessa modalidade de guarda ambos os pais são responsáveis por dividir as despesas dos filhos<sup>340</sup>.

Acerca dos problemas que a guarda compartilhada pode gerar leciona José Carlos Teixeira Giorgis:

A expressão guarda compartilhada é paradoxo interno, pois presume um condomínio de sentimentos do casal que só ocorre quando juntos no mesmo ninho. [...] É necessário esclarecer que a guarda compartilhada não será o remédio milagroso para a cura dos distúrbios familiares; nem divisão de tempo ou de semana, para folgança dos pais; não é a intromissão lá e cá, principalmente quando se cuidam de entidades reconstituídas; não tem lugar quando há mágoas, litígio ou difícil relacionamento na parceria. (...) Esse cooperativismo familiar exige que continue a convivência harmoniosa dos pais separados; que haja um trânsito natural do filho entre dois lares; e transpareça a convergência de esforços para um processo educacional eficiente e prazeroso; que haja diálogo e entendimento cotidianos; e o filho se sinta querido e não alijado da companhia por desculpas ou banalidades; que preserve a permanente paternidade ou maternidade, sem invejas ou frustrações<sup>341</sup>.

Por fim, a guarda conjunta não é a melhor opção para situações em que um dos genitores da criança apresenta comportamento inidôneo, a exemplo, de ser usuário de substâncias entorpecentes<sup>342</sup>. Nessas situações, o convívio da criança com o genitor que apresenta esses problemas pode influenciar negativamente no seu desenvolvimento físico e psicológico<sup>343</sup>.

### 3.3 A imposição da guarda compartilhada face ao melhor interesse da criança: posição jurisprudencial e doutrinária

Neste tópico analisaremos como a doutrina e a jurisprudência se posicionam acerca da possibilidade de imposição da guarda compartilhada. Demonstraremos, ainda, como ocorreu a evolução de pensamento na jurisprudência acerca da guarda compartilhada.

<sup>340</sup> OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro de. **Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade**. Pai legal, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/monografias/742-guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-de-sua-aplicabilidade>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

<sup>341</sup> CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A guarda dos filhos na separação**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20%20A%20Guarda%20dos%20Filhos%20na%20Separa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

<sup>342</sup> OLIVEIRA, Daniela dos Santos. **Guarda compartilhada: visão legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais**. p. 33-37. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4285](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285)>. Acesso em: 08 ago. 2014.

<sup>343</sup> OLIVEIRA, Daniela dos Santos. **Guarda compartilhada: visão legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais**. p. 33-37. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4285](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285)>. Acesso em: 08 ago. 2014.

Em um primeiro momento (aproximadamente no ano de 2003) a custódia alternada era vista como prejudicial aos infantes porque segundo estudo psicológico “não há constância de moradia e a formação de hábitos deixa muito a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno”<sup>344</sup>. Isso pode ser constatado na decisão abaixo:

MENOR - Guarda - Pais separados - Custódia alternada semanalmente - Inconveniência - Permanência sob a guarda da mãe - Direito de visita do pai. É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita.<sup>345</sup>

Nessa época os magistrados consideravam impossível a guarda ser dividida por ambos os pais e a maioria deles era favorável à guarda ser somente da figura materna<sup>346</sup>. Isso também é constatado no acórdão AP. 48.974/0<sup>347</sup> - cujo voto do relator Desembargador Campos Oliveira foi o seguinte:

A rigor, não sei se os contendores são tão bons pais, como querem fazer crer, em razão da demonstração de egoísmo de que estão possuídos. A hipótese é simples, mas, em razão da falta de desprendimento deles [...] o que demonstra que não querem facilitar, mas complicar as coisas, procurando um ferir o outro. Fossem bons e sensatos os pais, a solução teria sido outra [...]. Bons pais são aqueles que, além de outros requisitos, põem o bem-estar dos filhos acima de seus anseios, suas mágoas e frustrações<sup>348</sup>.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 priorizou-se o bem-estar do menor e não dos pais<sup>349</sup>. Observou-se que era melhor para as crianças e adolescentes manterem contato

<sup>344</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 251.

<sup>345</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT 733/333).

<sup>346</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 251-252.

<sup>347</sup> MENOR – GUARDA – PAIS SEPARADOS – CUSTÓDIA ALTERNADA SEMANALMENTE – INCONVENIÊNCIA – PERMANÊNCIA DA GUARDA COM A MÃE – DIREITO DE VISITA AO PAI  
Ementa Oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visitas.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 48.974-0. Relator: Des. Campos Oliveira. DJE – 10 nov. 1996. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=L7uK4mJWtckC&pg=PA66&lpg=PA66&dq=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+48.974-0&source=bl&ots=pDF1oNgiVP&sig=y-uA\\_fDFZZpPYNb8\\_c-Ucgnv9c&hl=ptBR&sa=X&ei=3OUKVJ7FG42oogTfy4CgAg&ved=0CB8Q6AEwAA#v=onepage&q=Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%2048.974-0&f=false](http://books.google.com.br/books?id=L7uK4mJWtckC&pg=PA66&lpg=PA66&dq=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+48.974-0&source=bl&ots=pDF1oNgiVP&sig=y-uA_fDFZZpPYNb8_c-Ucgnv9c&hl=ptBR&sa=X&ei=3OUKVJ7FG42oogTfy4CgAg&ved=0CB8Q6AEwAA#v=onepage&q=Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%2048.974-0&f=false)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

<sup>348</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 251-252.

<sup>349</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

direto com seus genitores após a ruptura do matrimônio, pois isso favorecia o desenvolvimento físico e psicológico deles<sup>350</sup>. A partir disso a jurisprudência começou a aceitar a guarda compartilhada, mas com ressalvas. Os acórdãos abaixo demonstram essa transição de pensamento:

CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO DE GUARDA - INTERESSE DO MENOR - GENITORA - MANUTENÇÃO - ESTUDO PSICOSSOCIAL – PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA PELO GENITOR - EXISTÊNCIA DE LITÍGIO ENTRE GENITORES - NÃO CABIMENTO - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Em casos de guarda e responsabilidade deve-se atentar para o interesse do menor, buscando sempre o seu bem estar, mostrando-se correta a r. sentença monocrática que homologou o acordo entre as partes. 2. Para fins de concessão de guarda compartilhada, imprescindível aos pais terem diálogo e maturidade para conduzirem uma boa formação do filho, de modo a proporcionar uma base adequada de valores e princípios familiares, inerentes ao desenvolvimento humano. 3. Segundo a lei que criou a guarda compartilhada, a existência de litígio entre os genitores afasta a possibilidade de sua adoção. Logo, correta a decisão que fixou os parâmetros segundo a tradição da jurisprudência para casos semelhantes. Decisão: RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO<sup>351</sup>.

CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE GUARDA DE MENOR - GUARDA COMPARTILHADA - RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES - IMPOSSIBILIDADE - RISCO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE TUTELA O MELHOR INTERESSE DO INFANTE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTS. 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos<sup>352</sup>.

Como se percebe, a guarda compartilhada foi sendo inserida no ordenamento jurídico brasileiro de forma a beneficiar a vida dos filhos e, até mesmo, a dos pais, entretanto só era admitida quando a relação dos genitores não fosse litigiosa<sup>353</sup>. Confira-se, a propósito, os julgamentos abaixo:

APELAÇÃO. GUARDA. MANUTENÇÃO EM PROL DA MÃE. ADEQUAÇÃO. Caso em que os laudos de avaliação social e psicológica não apontaram nenhuma

<sup>350</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 108.

<sup>351</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Quarta Turma Cível. **Apelação Cível nº 20070910207059APC**, 430.137.156. Relator: Des. Alfeu Machado. DJE – 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.mauriciolindoso.adv.br/jurisprudencia/tjdft/guarda>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>352</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0775.05.004678-5/001**. Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. DJE – 27 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cc2002.com.br/noticia.php?id=1477/tjmg-guarda-compartilhada-arts-1-583-e-1-584-do-cc-2002-redacao-dada-pela-lei-federal-n-11-698-2008-relacao-conflituosa-entre-os-genitores-impossibilidade-a-guarda-compartilhada-nao-pode-ser-exercida-quando-os-guardioes-possuem-uma-relacao-conflituosa-sob-o-risco-de-se-comprometer-o-bem-estar-dos-menores-e-perpetuar-o-litigio-parental>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>353</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 252.

inconveniência em manter a guarda com a mãe. Ao contrário, os laudos apontaram que o menor está sendo bem atendido pela genitora, em todas as suas necessidades. Ademais, ainda que referida em lei como preferencial, a guarda compartilhada só deve ser deferida quando houver suficiente harmonia e consenso entre os genitores, acerca do exercício conjunto dos poderes familiares. Precedentes jurisprudenciais. No caso, havendo divergência e litígio entre os genitores, e inclusive residindo eles em cidades distintas, não há como concluir que a guarda compartilhada seja a forma de atender ao interesse prevalente do menor. Negaram Provimto<sup>354</sup>.

**GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.** 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à filha desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a filha, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. Se o réu alega que não pode pagar os alimentos fixados, cabia a ele demonstrar a sua impossibilidade, comprovando cabalmente a sua real capacidade econômica, consoante a Conclusão nº 37 do Centro de Estudos do TJRS, mas desse ônus não se desincumbiu, pois sinais exteriores de riqueza desmentem suas alegações. 8. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 9. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso desprovido<sup>355</sup>.

Posteriormente (aproximadamente no ano de 2010), as decisões jurisprudenciais passaram a ser no sentido da prevalência da guarda compartilhada, independentemente de haver ou não litígio entre os genitores porque era nessa modalidade de guarda que mais se visualizava a aplicação do princípio do superior interesse do menor. Nessa esteira de raciocínio, o julgado abaixo explicita o seguinte:

Apelação Cível - Direito de Família - Instituto da Guarda - Princípio do Melhor Interesse do Menor - Guarda Compartilhada - Inexistência de Motivos que Justifiquem a Modificação da Guarda Deferida. O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais, ou outros pretendentes guardiões, que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus. O princípio do melhor interesse do menor decorre da primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e da

<sup>354</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70043681204**. Relator: Des. Rui Portanova. DJE – 24 ago. 2011. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20374103/apelacao-civel-ac-70043681204-rs/inteiro-teor-20374104>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>355</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70006449912**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJE – 20 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

valorização da criança, em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. A guarda compartilhada deve prevalecer sobre a unilateral, ainda que não haja consenso entre os genitores, visto que se deve focar no melhor interesse do menor, e não se centrar na existência de litígio<sup>356</sup>.

Recentemente, no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu uma decisão no Resp 1.251.000-MG (2011/0084897-5) afirmando que a guarda compartilhada deve ser sempre priorizada. Observe o acórdão do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido<sup>357</sup>.

Nas palavras da relatora Ministra Nancy Andrighi:

<sup>356</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 1.0240.10.001634-6/001. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. DJE – 12 set. 2012. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118279112/apela-o-c-vel-ac-10024111214060001-mg/inteiro-teor-118279161>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>357</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1251000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/certidao-de-julgamento-21086253>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

O consenso, como pré-requisito para a implementação da guarda compartilhada, é um dos elementos que se encontram em zona gris, pois o desejável é que ambos os genitores se empenhem na consecução dessa nova forma de se ver as relações entre pais e filhos, pós-separação.

Esse esforço é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois necessitam, os ex-cônjuges, tratarem desde as linhas mestras da educação e cuidado dos filhos comuns até pequenos problemas do cotidiano da prole.

Contudo, a separação ou o divórcio usualmente coincidem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, fatores que, por óbvio, conspiram para apagar qualquer rastro de consensualidade entre o casal.

[...]

A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses.

[...]

A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta<sup>358</sup>.

Com base no voto da referida Ministra, observa-se que quando há uma incomplacência de um ou de ambos os pais a guarda compartilhada é mais difícil de ser aplicada, entretanto, mesmo assim, o procedimento deve ser buscado, em suas palavras, “a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial”<sup>359</sup>.

Seguindo o raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, alguns Tribunais também entendem que a guarda compartilhada pode ser imposta quando os genitores não estejam em consenso para beneficiar a criança. Nesse sentido demonstram os acórdãos abaixo:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR - PRETENSÃO REQUERIDA PELO PAI - ESTUDO PSICOSSOCIAL A FAVOR DA GUARDA COMPARTILHADA - PEDIDO DE DELIMITAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO - POSSIBILIDADE - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE SUBMISSÃO DA GENITORA A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO NOS TERMOS DO ART. 129, III, DO ECA - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES PELO AUTOR - INOCORRÊNCIA - APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. -

<sup>358</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1251000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/certidao-de-julgamento-21086253>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>359</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1251000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/certidao-de-julgamento-21086253>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

É dever dos pais a guarda de seus filhos, conferindo-lhes assistência afetiva, moral e material, proporcionando-lhe educação e desenvolvimento saudável e, quando dissolvida a união mantida pelos pais, há de se considerar o interesse da prole para a definição do exercício desse elevado mister familiar. - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda da infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. - Evidenciadas as dificuldades de relacionamento entre os pais, mormente em razão do comportamento da genitora, é cabível a determinação de ofício, que a genitora se submeta a um acompanhamento psicológico, nos termos do art. 129, III, do ECA<sup>360</sup>.

ACÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI - MENORES EM COMPANHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA POSSIBILIDADE. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. Provimento parcial do recurso<sup>361</sup>.

Como guarda é um instituto que não é definitivo, pode ser mudada a qualquer momento quando se verificar que a criança não está tendo suas necessidades satisfeitas da melhor forma. Conseqüentemente, se a princípio for colocada a guarda compartilhada para reger uma determinada família, ela pode ser trocada por outro tipo quando não atender a seus objetivos e estiver prejudicando o menor. Nesse sentido:

TJRS-APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivamente em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de visita. Apelo provido<sup>362</sup>.

Portanto, nota-se que, no âmbito jurisprudencial, a possibilidade de imposição da guarda compartilhada ainda não é majoritária, mas já existem importantes precedentes que fundamentam tal possibilidade.

---

<sup>360</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Segunda Câmara Cível. **Apelação** nº 2011214256. Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho. DJE – 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21920282/apelacao-civel-ac-2011214256-se-tjse/inteiro-teor-21920283>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>361</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. **Apelação** nº 0001352-19.2004.8.19.0011. Relator: Des. José Geraldo Antonio – DJE, 11 ago. 2010. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16067587/apelacao-apl-13521920048190011-rj-0001352-1920048190011-tjrj>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>362</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 70005127527. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. DJE, 18 dez. 2003. Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100489564/guarda-compartilhada-nao-pode-ser-imposta-judicialmente>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Doutrinariamente também existe essa divergência de pensamento no que diz respeito à possibilidade de imposição da guarda conjunta para uma família. Assim, deste ponto em diante iremos mostrar como a doutrina lida com essas diferentes acepções.

A guarda compartilhada possui extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, pois demonstra que o término de uma relação não precisa causar discórdia entre os cônjuges e entre eles e sua prole<sup>363</sup>. Além do mais, essa modalidade de guarda é benéfica porque favorece a continuidade da relação afetiva de pais e filhos o que faz com que as crianças consigam se desenvolver melhor emocionalmente<sup>364</sup>. Acerca dos prejuízos que a ausência de um dos genitores pode gerar na vida dos filhos assevera Andre Manzello:

A formação da personalidade humana e, conseqüentemente, a efetivação da dignidade da pessoa humana, passa pelo relacionamento humano-afetivo entre os indivíduos, em sua primeira infância – crianças – e seus pais. A falta dessa relação afetiva poderá ocasionar problemas de identificação e de relacionamento humano no futuro dessa criança, o que consubstancia um prejuízo à personalidade humana sem possibilidade de reconfiguração, haja vista o fato dos psicanalistas não conseguirem reconstruir a estrutura afetiva do paciente<sup>365</sup>.

Entretanto, colocar a guarda compartilhada como solucionadora de todos os casos é um problema porque ela pode vir a piorar constantemente a relação de um pai com o filho<sup>366</sup>. Isso se dá porque em casos de conflitos entre os ex-cônjuges ou até mesmo entre os pais e filhos, impor um tipo de relação pode ser prejudicial à criança e pode fazer com que os laços afetivos que ainda restam sejam destruídos.

Nesse sentido, a família, que é o lugar onde o ser humano nasce inserido e desenvolve sua personalidade, atualmente vem sofrendo muitas mudanças por parte de seus integrantes; tanto é assim que diariamente acompanhamos na mídia situações de violência doméstica entre marido e mulher, e pais e filhos<sup>367</sup>. Os conflitos entre genitores e prole ocorrem com maior frequência na fase da adolescência uma vez que os jovens, em busca de independência e autonomia, se rebelam mais contra os pais e estes, por sua vez, ao se sentirem

<sup>363</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

<sup>364</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109.

<sup>365</sup> MANZELLO, Andre. **Pai e a guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://andrecm.jusbrasil.com.br/artigos/115724808/pai-e-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

<sup>366</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 72.

<sup>367</sup> MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. **Intervenções do psicólogo forense em situação de violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Disponível em: <<http://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/intervencoes-do-psicologo-forense-em-situacao-de-violencia-domestica-contra-a-crianca-e-o-adolescente>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

desrespeitados, tendem a exceder na autoridade e acabam se tornando mais agressivos. Acerca do tema leciona Alex Barbosa Sobreira de Miranda:

A família, como lugar de proteção e cuidado, é, em muitos casos, um mito. Muitas crianças e adolescentes sofrem ali suas primeiras experiências de violência: a negligência, os maus-tratos, a violência psicológica, a agressão física, o abuso sexual.

[...]

A violência em família pode acarretar uma enorme gama de consequências para a criança, e esses efeitos variam do físico – ferimentos externos ou internos – ao psíquico – distúrbios mais ou menos graves que podem envolver agressividade, ansiedade ou depressão<sup>368</sup>.

Portanto, em casos de discórdias familiares o certo seria colocar a criança com o genitor que possui melhor afinidade, sendo que o genitor não guardião possuirá direito de visitá-la. E, se com o passar do tempo for averiguado que as visitas melhoraram o relacionamento entre pais e filhos, aí sim a guarda compartilhada poderia ser atribuída.

Além disso, outro obstáculo que alguns estudiosos, a exemplo de Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas e Ana Carolina Silveira Akel, apontam acerca da guarda compartilhada é que esta modalidade de guarda não é a mais indicada para crianças de faixa etária pequena porque implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante<sup>369</sup>. Nesse sentido afirma Eliana Riberti Nazareth:

Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe, ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-descodificação da realidade só possível em crianças mais velhas<sup>370</sup>.

No mais, pode ser que a princípio a guarda compartilhada seja a melhor opção para a criança, mas posteriormente essa situação mude<sup>371</sup>. Alguns exemplos disso seriam quando os pais dela contraíssem novas núpcias, quando seus genitores tivessem uma mudança de

<sup>368</sup> MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. **Intervenções do psicólogo forense em situação de violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Disponível em: <<http://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/intervencoes-do-psicologo-forense-em-situacao-de-violencia-domestica-contra-a-crianca-e-o-adolescente>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>369</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70005760673**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJE – 13 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/23597891/pg-235-diario-de-justica-do-estado-de-rondonia-djro-de-03-12-2010>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>370</sup> NAZARETH, Eliana Riberti. IN: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 178.

<sup>371</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº. 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

perspectiva no tocante a essa modalidade de guarda e quando houver uma mudança de residência dos genitores<sup>372</sup>. Nesses casos, deve-se investigar se isso trará prejuízos à formação da criança e se afrontaria o princípio do superior interesse do menor.

Verifica-se, portanto, que a guarda compartilhada, apesar de ser a modalidade de guarda que é mais benéfica aos infantes por preservar seus direitos fundamentais e efetivar o melhor interesse deles, nem sempre deve ser aplicada, principalmente quando há litígio entre os pais. O correto seria analisar o caso concreto e optar pela modalidade de guarda que mais se coaduna com aquela família específica.

Nesse sentido, o magistrado deve analisar alguns critérios para concessão da guarda, tais como a idade das crianças, o vínculo entre irmãos caso existam, a vontade manifestada pelo infante, comportamento dos genitores e o melhor interesse para a criança<sup>373</sup>. Ressalta-se que é importante que o juiz analise a idade do menor para sentenciar porque nos casos em que a criança possui tenra idade prioriza-se que este fique sob os cuidados maternos haja vista que desta depende para sobreviver e porque com ela criou maiores vínculos afetivos. Assim dispõe o Tribunal de Justiça de São Paulo:

MENOR - Guarda - Criança de tenra idade - Separação judicial dos pais - Menor há muito tempo sob a guarda do pai - Inexistência de indícios de que tal situação não mais convém à criança - Manutenção do status quo a serviço da proteção psicológica do 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 no sentido de garantir-lhes, tanto quanto possível, tranquilidade e bem estar, devendo prevalecer seus interesses sobre os de seus pais<sup>374</sup>.

Contudo, em caso de litígio entre os pais não se deve descartar imediatamente a guarda compartilhada. Vale dizer, os genitores, a fim de conseguirem aplicar a guarda compartilhada da maneira que melhor atenda ao interesse dos filhos, devem buscar

<sup>372</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei n.º 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 75.

<sup>373</sup> MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Aspectos gerais da guarda compartilhada**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

<sup>374</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento** n.º 201.724-1/SP, Relator: Des. Marco César. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 17 fev. 1994. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123589737/agravo-de-instrumento-ai-20172416520148260000-sp-2017241-6520148260000>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

reestruturações e conciliações, mesmo que para tanto contem com a ajuda de profissionais como psicólogos, mediadores etc.<sup>375</sup>. Nesse mesmo sentido leciona Waldyr Grisard Filho que:

Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente<sup>376</sup>.

Na mediação um terceiro, normalmente escolhido pelas partes, se coloca entre elas a fim de ajudá-las a resolver um conflito por autocomposição. Algumas características da mediação são a sua voluntariedade (liberdade das partes), confidencialidade (privacidade), participação de um terceiro imparcial, informalidade (oralidade), reaproximação das partes, autonomia das decisões (autocomposição) e não-competitividade<sup>377</sup>.

A mediação familiar, a qual pode ser feita por uma única pessoa ou por uma multiplicidade de pessoas especializadas, almeja fazer com que o ex-consortes descubram os motivos que os levaram ao divórcio e, com isso, solucionar alguns problemas, a exemplo da partilha do patrimônio do casal e a questão do bem-estar dos filhos<sup>378</sup>. Nas lições de Águida Arruda Barbosa, a mediação familiar é:

A intervenção de uma equipe multiprofissional, nos conflitos de família, que dispõe de técnicas de especialização interdisciplinar, para entender o sofrimento, conter a angústia, acompanhar a decisão e ajudar na organização da separação, por meio de uma integração do saber<sup>379</sup>.

Entretanto, não são todas as situações que propiciam ao casal buscar a mediação como forma de solucionar os problemas advindos da separação tanto que Águida Arruda Barbosa explicita dois limites à mediação. Antes de tudo é necessário que o casal esteja

<sup>375</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1251000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/certidao-de-julgamento-21086253>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

<sup>376</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 205.

<sup>377</sup> SERRÃO, Marília Gonçalves Martins. **Mediação: o papel e as características do mediador**. Disponível em: <<http://www.inteligentesite.com.br/modelos/modelo51/subconteudo.asp?ID=226&IDSUBLINK=3016>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>378</sup> OLIVEIRA, Gilberto; CHAVES, Jorgevandro; PRADO, Mário Lucas; OTREMBA, Sérgio. **A utilização da mediação e da guarda compartilhada nos conflitos familiares visando ao melhor interesse do menor**. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/10/19042010092118.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>379</sup> OLIVEIRA, Gilberto; CHAVES, Jorgevandro; PRADO, Mário Lucas; OTREMBA, Sérgio. **A utilização da mediação e da guarda compartilhada nos conflitos familiares visando ao melhor interesse do menor**. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/10/19042010092118.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

disposto a querer fazer a mediação e depois é importante que nenhum dos genitores possua uma patologia psíquica em razão de isso requerer um tratamento especializado<sup>380</sup>.

Além disso, apesar da guarda ser um direito indisponível, já que relativo à criança e ao adolescente, ela não é um direito intransigível, isto é, não admite transação e sua validade fica condicionada à homologação judicial. No tocante a aplicação da guarda compartilhada com o auxílio da mediação, leciona Paulo Lôbo:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho (...). O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com a sua contribuição. Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza<sup>381</sup>.

Diante o exposto, constata-se que os genitores, visualizando que a guarda compartilhada é a que melhor atenderá aos seus interesses e de seus filhos, devem buscar ter uma relação harmoniosa para concretizar todos os objetivos desta modalidade de guarda. Todavia, havendo dissenso entre os ex-consortes, outra modalidade de guarda deverá ser aplicada para aquela família e o direito de visitas surgirá como uma alternativa à manutenção do convívio familiar que é tão relevante para o desenvolvimento moral e material dos filhos. Nesse cenário, a mediação surge como alternativa viável para se tentar superar o litígio entre os pais e privilegiar a guarda compartilhada. Porém, como já ressaltado, permanecendo o litígio, parece mais segura a aplicação da guarda unilateral com a garantia do direito de visitas.

---

<sup>380</sup> OLIVEIRA, Gilberto; CHAVES, Jorgevandro; PRADO, Mário Lucas; OTREMBA, Sérgio. **A utilização da mediação e da guarda compartilhada nos conflitos familiares visando ao melhor interesse do menor.** Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/10/19042010092118.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>381</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 177.

## CONCLUSÃO

A família é considerada como um grupo social elementar uma vez que é nela que o ser humano, na maioria das vezes, nasce inserido e desenvolve a sua personalidade, seu caráter e aprende os valores necessários para ser considerado um bom cidadão. Nesse sentido, à luz do princípio da função social, a família deve ser eudemonista porque deve ser o local em que seus membros realizam-se individualmente enquanto pessoas.

Com base nisso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seu artigo 226 rompeu com a visão tradicional de que a família somente poderia ser matrimonializada e inseriu a ideia da possibilidade de outras formas de arranjos familiares. Essa mudança de pensamento se deu em razão do afeto ter se tornado a *ratio* do Direito de Família.

Em uma família, os pais são detentores do poder familiar, que é um *munus* decorrente da parentalidade, vale dizer, é um conjunto de direitos e deveres que os genitores possuem com relação aos seus filhos com a finalidade de fazer com que estes atinjam um completo desenvolvimento físico e psicológico. Esses deveres de educação, assistência, guarda e criação dos filhos, serão fiscalizados pelo Estado em razão da Constituição ter inserido em seu artigo 227 que as crianças devem possuir prioridade absoluta de tratamento e proteção.

Ressalva-se, porém, que o poder familiar é diferente da guarda porque enquanto aquele só pode ser exercido pelos genitores da criança, esta pode ser deferida aos genitores, uma instituição ou a um terceiro. A guarda pode ser conceituada como um instituto jurídico composto de direitos e deveres que devem ser cumpridos tanto pelo guardião como pelo protegido; e, dentre os deveres do guardião estão o de prestar assistência material e moral para a criança.

O instituto da guarda visa preservar a convivência familiar entre genitores e sua prole diante de uma separação do casal. No entanto, não são todas as modalidades de guarda que efetivamente cumprem essa função, a exemplo da guarda exclusiva, dado que nessa modalidade de guarda somente um dos genitores é o responsável por tomar todas as decisões referentes ao filho, enquanto que o outro progenitor apenas pode visitar a criança e fiscalizar a guarda única que é exercida por seu ex-consorte.

Visando modificar essa situação para aplicar da melhor maneira possível o princípio do superior interesse da criança, surgiu a guarda compartilhada, a qual é um instituto que tem como fundamento proporcionar ao infante um contato habitual com ambos seus genitores na medida em que os pais possuem igualdade de direitos e deveres no tocante aos filhos. Vale dizer, a guarda conjunta, ao ocasionar que os genitores tenham as mesmas responsabilidades com relação aos filhos, é a melhor forma de conservar o exercício do poder familiar após a ruptura de uma relação afetiva entre o casal.

Ao fazer com que os genitores possuam uma igualdade de responsabilidade, a guarda compartilhada aproxima os filhos de maneira igualitária com os pais, fazendo com que haja uma democratização de sentimentos. E, esse objetivo é conquistado quando os pais conseguem colocar as necessidades dos filhos em primeiro plano, abstendo-se de todas as incompatibilidades e frustrações decorrentes do matrimônio.

Verifica-se, portanto, que a guarda compartilhada é a modalidade de guarda que mais vai ao encontro da Doutrina da Proteção Integral haja vista que observa os direitos fundamentais dos infantes e concretiza o princípio do superior interesse da criança e do adolescente. No entanto, apesar dos benefícios que a guarda compartilhada possibilita – os quais foram detalhados no decorrer desta Monografia – há uma séria de desvantagens que ela pode causar se for imposta para uma família.

Nesse sentido, é correto afirmar que não são todas as situações que o magistrado pode impor a guarda compartilhada diante de um desacordo entre os genitores porque, se isso for feito, traumas psicológicos poderão surgir para aqueles pais e, principalmente, para os filhos. Portanto, somente quando o juiz verificar uma maturidade e uma boa relação de convivência entre os genitores que ele poderá tentar colocar a guarda compartilhada para aquela família.

Além disso, nos casos em que se constatar que um dos genitores possui comportamento inidôneo não seria correto impor a guarda compartilhada porque se um dos pais não consegue “cuidar de si mesmo”, quem dirá de uma criança. Nesses casos o melhor seria colocar a criança sob os cuidados do genitor que apresenta melhores condições para prover-lhe assistência e deixar para o outro progenitor o direito de visitá-la.

Há ainda que se mencionar que em casos de problemas domésticos entre pais e filhos supor que a guarda compartilhada seria a solução para esses distúrbios é equivocado porque ao invés de aproximar mais essas pessoas, o inverso poderá ocorrer, ou seja, poderá haver um afastamento ainda maior entre pais e filhos. Isso porque se o Direito de Família é fundado no afeto, o qual somente ocorre se houver vontade das partes, não adianta o Estado impor uma situação para uma família sendo que ela deve, por vontade própria, buscar o amor que nela havia antes.

Portanto, nos casos em que a guarda compartilhada deve ser evitada, como nos de conflito entre os pais da criança, deve ser aplicado o modelo de guarda única naquela família e o direito de visitas deverá ser exercido pelo genitor não guardião. Nesse sentido, é correto afirmar que o direito de visitas é uma solução para a impossibilidade da aplicação do instituto da guarda compartilhada porque preserva a convivência familiar de pais e filhos.

Diante disso o melhor seria que o magistrado avaliasse caso a caso a situação de um divórcio e escolher, juntamente com as pessoas que compõem aquela família, a modalidade de guarda que mais se amolda com aquela realidade. Nessa situação o juiz deve analisar sempre o melhor interesse da criança e caso constate uma melhora de relacionamento familiar, poderá reverter a guarda exclusiva em guarda compartilhada.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: uma nova realidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ALVES, Jones Figueirêdo. **O casal parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/942/O+casal+parental>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

ANDRADE, Layanna Maria Santiago. **Guarda compartilhada**: exclusiva viabilidade transacional. Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/22588>>. Acesso em: 09 maio 2014.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança, o adolescente**: aspectos históricos. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BMllwWNR9nIJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/aspectos\\_historicos\\_maregina.doc+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BMllwWNR9nIJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/aspectos_historicos_maregina.doc+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 22 ago. 2014.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda compartilhada**: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda\\_compartilhada\\_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rx2ERTznSScJ:www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda_compartilhada_mariaregina.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 15 maio 2014.

BAPTISTA, Cabaça. **Conceito de família na Mesopotâmia e no quadro do código de Hammurabi**. Disponível em: <<http://cabacabaptista.blogspot.com.br/2012/05/conceito-de-familia-na-mesopotamia-no.html>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943.

BIANCO, Tatiani. **Os direitos sucessórios na união estável**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_89/MonoDisTeses/TatianiBianco\\_Rev89.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_89/MonoDisTeses/TatianiBianco_Rev89.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

BRASIL. **Cartilha da vara da infância e juventude do Tribunal do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-dodf/adocaoGuarda.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

BRASIL, **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os direitos das crianças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2014.

BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 07 maio 2014.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL, **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Quarta Turma Cível. **Apelação Cível nº 20070910207059APC**, 430.137.156. Relator: Des. Alfeu Machado. DJE – 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.mauriciolindoso.adv.br/jurisprudencia/tjdft/guarda>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Segunda Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0908481-21.2006.8.08.0000**. Relator: Des. Elípidio José Duque. DJE, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 09 maio 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível nº 48.974-0**. Relator: Des. Campos Oliveira. DJE – 10 nov. 1996. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=L7uK4mJWtckC&pg=PA66&lpg=PA66&dq=Apela%C3%A7%C3%A3o+C3%ADvel+n%C2%BA+48.9740&source=bl&ots=pDF1oNgiVP&s>>

ig=yuA\_fFDFZZpPYNb8\_cUcgnv9c&hl=ptBR&sa=X&ei=3OUKVJ7FG42oogTfy4CgAg&ved=0CB8Q6AEwAA#v=onepage&q=Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%2048.974-0&f=false>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão** n.º 100.240.575.010.740.011. Relator: Des. Nepocumeno Silva. DJE – 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5953022/100240575010740011-mg-1002405750107-4-001-1/inteiro-teor-12089262>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível** n.º 1.0775.05.004678-5/001. Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. DJE – 27 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cc2002.com.br/noticia.php?id=1477/tjmg-guarda-compartilhada-arts-1-583-e-1-584-do-cc-2002-redacao-dada-pela-lei-federal-n-11-698-2008-relacao-conflituosa-entre-os-genitores-impossibilidade-a-guarda-compartilhada-nao-pode-ser-exercida-quando-os-guardioes-possuem-uma-relacao-conflituosa-sob-o-risco-de-se-comprometer-o-bem-estar-dos-menores-e-perpetuar-o-litigio-parental>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. **Apelação Cível** n.º 1.0240.10.001634-6/001. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. DJE – 12 set. 2012. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118279112/apela-o-c-vel-ac-10024111214060001-mg/inteiro-teor-118279161>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. **Apelação** n.º 0001352-19.2004.8.19.0011. Relator: Des. José Geraldo Antonio – DJE, 11 ago. 2010. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16067587/apelacao-apl-13521920048190011-rj-0001352-1920048190011-tjrj>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** n.º 0054488-46.2013.8.19.0000. Relatora: Des<sup>a</sup>. Teresa de Andrade Castro Neves. DJE – 16 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprimejurisprudencia.php?ordem=1377,1374,1350,1359,1327,1354,1312,1311,1291,1301>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível** n.º 70.005.760.673. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJE – 13 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia,tjmg-civil-guarda-de-menor-guarda-compartilhada-relacao-conflituosa-entre-os-genitores-impossibilidade-risco-,31546.html>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** n.º 70006449912. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJE – 20 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível** n.º 70.005.127.527. Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. DJE, 18 dez. 2003. Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100489564/guarda-compartilhada-nao-pode-ser-imposta-judicialmente>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 70043681204. Relator: Des. Rui Portanova. DJE – 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20374103/apelacao-civel-ac-70043681204-rs/inteiro-teor-20374104>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Agravo de Instrumento** nº 70052006368. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJE – 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112456978/agravo-de-instrumento-ai-70052006368-rs>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 70.057.996.324. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. DJE, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114429475/apelacao-civel-ac-70057996324-rs>. Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento** n.º 201.724-1/SP, Relator: Des. Marco César. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 17 fev. 1994. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123589737/agravo-de-instrumento-ai-20172416520148260000-sp-2017241-6520148260000>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. **Apelação Cível** n.º 75.981-0/0-00. Relator: Des. Nuevo Campos. DJE - 29 jan. 2001. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZ1S2yxg69IJ:www.mpsp.mp.br/pportal/page/portal/cao\\_infancia\\_juventude/legislacao\\_eca/eca\\_comentado\\_new/titulo\\_II\\_dos\\_direitos\\_fundamentais/capitulo\\_III\\_do\\_direito\\_a\\_convivencia\\_familiar\\_e\\_comunitaria/secaoIII\\_da\\_familia\\_substituta/subsecaoII\\_da\\_guarda/7598100.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZ1S2yxg69IJ:www.mpsp.mp.br/pportal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_eca/eca_comentado_new/titulo_II_dos_direitos_fundamentais/capitulo_III_do_direito_a_convivencia_familiar_e_comunitaria/secaoIII_da_familia_substituta/subsecaoII_da_guarda/7598100.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Segunda Câmara Cível. **Apelação** nº 2011214256. Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho. DJE – 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21920282/apelacao-civel-ac-2011214256-se-tjse/inteiro-teor-21920283>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **HC** 35.301/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 13 set. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19400167/habeas-corpus-hc-35301-rj-2004-0063013-3/inteiro-teor-19400168>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial** nº 1.147.138/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. DJE – 27 maio 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial** nº 889852/RS, 2006/0209137-4. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJE - 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial** nº 1.251.000/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJE – 31 ago. 2011. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>>. Acesso em: 09 maio 2014.

BRITO, Marília Barbosa de. **Estudos da família no Brasil colonial**. Disponível em: <<http://www.pe.anpuh.org/resources/pe/anais/encontro5/01imaginario/Artigo%20de%20Mar%20EDlia%20Barbosa%20de%20Brito.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

CARRION, F. Q. M. **A intervenção do estado no poder familiar**. Rio Grande do Sul, s.d., p.p. 18/19. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/fabiane\\_carrion.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/fabiane_carrion.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2014.

CÉSAR, Frank Figueiredo. **A importância da sociologia jurídica no direito de família aplicada à mediação**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/import%C3%A2ncia-da-sociologia-jur%C3%ADdica-no-direito-de-fam%C3%ADlia-aplicada-%C3%A0-media%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A guarda dos filhos na separação**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20%20A%20Guarda%20dos%20Filhos%20na%20Separa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda compartilhada: uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos**. Disponível em: <<http://elizararodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 09 maio 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciados n.º 333**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 11 maio 2014.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda compartilhada. Visão em razão dos princípios fundamentais**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 09 maio 2014.

DE MEDEIROS LAGO, Vivian; BANDEIRA, Denise Ruschel. **La Psicología y las Demandas Actuales del Derecho de Familia**. *Psicologia ciência e profissão*. v. 29, n. 2. p. 290-305.

**Declaração universal dos direitos das crianças.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **As famílias e seus direitos.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/252/As+fam%C3%ADias+e+seus+direitos>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Paternidade homoparental.** Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?42,11>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8315&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8315&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita.** São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias.** 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6.

FERMINO, Lívia Maria Teixeira. **A família natural e sua proteção legal.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/215/215>> . Acesso em: 13 mar. 2014.

FREITAS, Valéria Fagundes Garcia. **Direito de visitas: relacionamento entre pais e filhos.** Disponível em: <[http://www.unijales.edu.br/unijales/arquivos/20120507213318\\_242.pdf](http://www.unijales.edu.br/unijales/arquivos/20120507213318_242.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2014.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **Evolução histórica envolvendo o direito de família.** Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=10108](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2005.v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **O princípio da igualdade:** é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre, 2009, p. 3. Disponível em: <[http://www.f aer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/110\\_alvaro\\_de\\_azevedo\\_gonzaga\[1\].pdf](http://www.f aer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/110_alvaro_de_azevedo_gonzaga[1].pdf)> Acesso em: 08 mar. 2014.

GREGORIO, RICARDO ALGARVE. **Guarda de filhos.** Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GROENINGA, GISELLE CÂMARA. **Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

HOLANDA, Izabele Pessoa. **A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12051&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051&revista_caderno=12)>. Acesso em: 09 maio 2014.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. **As práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil.** Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S167704712008000200013&script=sci\\_arttext&tln g=es](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S167704712008000200013&script=sci_arttext&tln g=es)>. Acesso em: 12 maio 2014.

LAMENZA, Francismar. **A proteção das crianças e dos adolescentes portadores de deficiência.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1244](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1244)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; PIRES, Natália Taves; HAMDAN, Janaina Lumy; FILHO, Julio César de Freitas. **Breve abordagem sobre os princípios regentes do novo direito de família no cenário jurídico brasileiro.** Diritto Brasiliano, set. 2008. Disponível em:

<<http://www.diritto.it/docs/26591-breve-abordagem-sobre-os-princ-pios-regentes-do-novo-direito-de-fam-lia-no-cen-rio-jur-dico-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIMA, Roberta Oliveira; VIEIRA, Ricardo Stanziola. **A doutrina da proteção integral à criança e adolescente e a proteção socioambiental**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=11205&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11205&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08 mar. 2014.

LIMA, Roseana Mathias Alves de. **O conceito de família e os benefícios legais concedidos aos seus integrantes no âmbito do estatuto dos servidores públicos federais**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6379](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6379)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2007.

LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei 11.698/2008**. Disponível em: <<http://saddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <[http://www.amagis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30](http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30)>. Acesso: 20 fev. 2014.

LUCCHESI, Mafalda. **Filhos: evolução até a plena igualdade jurídica**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_231.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

MADALENO, Rolf. A lei da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MAIA, Cristiana Campos Mamede. **Proteção e direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protecao-integral-direitos-crianca-adolescente>>. Acesso em: 09 maio 2014.

MANZELLO, Andre. **Pai e a guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://andrecm.jusbrasil.com.br/artigos/115724808/pai-e-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

MELO, Gerlanne Luiza Santos de. **Convivência familiar:** direito da criança e do adolescente. Caderno de estudos ciência e empresa, Teresina, Ano 8, n. 1, jul. 2011, p. 18. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Convivencia%20Gerlanne%20Familiar%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

MELO, Cinthya Rebecca Santos; GAUDÊNCIO, Carmem Amorim; DE ANDRADE, Josemberg Moura. **Guarda compartilhada no contexto brasileiro**, p. 7. Disponível em: <<http://www.unicap.br/jubra/wp-content/uploads/2012/10/TRABALHO-16.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei nº 8.069/90.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2014.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. **Intervenções do psicólogo forense em situação de violência doméstica contra a criança e o adolescente.** Disponível em: <<http://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/intervencoes-do-psicologo-forense-em-situacao-de-violencia-domestica-contra-a-crianca-e-o-adolescente>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a *mens legis*. IN: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; Delgado, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Aspectos gerais sobre a guarda compartilhada.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_ .artigos\\_leitura&artigo\\_id=8523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_ .artigos_leitura&artigo_id=8523)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

NILA, Safira; MATOS, Andressa da Costa; OLIVEIRA, Emellin Layana Santos de. **Adoção e direito das sucessões:** Art. 1.799, I, do Código Civil de 2002 e princípio da isonomia da filiação. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11400/adocao-e-direito-das-sucessoes>>. Acesso em: 07 maio 2014.

NOGUEIRA, Adalício Coelho. **Introdução ao direito romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1971.

OLIVEIRA, Daniela dos Santos. **Guarda compartilhada:** visão legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais. p. 33-37. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4285](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285)>. Acesso em: 08 ago. 2014.

OLIVEIRA, Gilberto; CHAVES, Jorgevandro; PRADO, Mário Lucas; OTREMBA, Sérgio. **A utilização da mediação e da guarda compartilhada nos conflitos familiares visando ao**

**melhor interesse do menor.** Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/10/19042010092118.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro de. **Guarda compartilhada:** vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade. *Pai legal*, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/monografias/742-guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-de-sua-aplicabilidade>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família:** estruturação jurídica e psíquica. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família:** a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB: MG – Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil.** Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nova revolução na constituição de famílias.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/892/Nova+revolu%C3%A7%C3%A3o+na+constitui%C3%A7%C3%A3o+de+fam%C3%ADlias>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 15 maio 2014.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/download/dissertacaoluisflyrioperes.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. **Ações afirmativas e trabalho da mulher:** garantia de um direito ou estabelecimento de um privilégio? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8854](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854)>. Acesso em: 09 mar. 2014.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada:** de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente:** por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de urgência no direito de família.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.** Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada?ref=home>>. Acesso em: 08 maio 2014.

ROMERA, Mario. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 08 maio 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia.** Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

SECRETAS, Marlise B. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

SEGUNDO, Clodoval Bento de Albuquerque. **Tutela antecipada e as ações de família: mecanismo de celeridade em face da morosidade processual.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12882&revista\\_caderno=14](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12882&revista_caderno=14)>. Acesso em: 30 maio 2014.

SERRÃO, Marília Gonçalves Martins. **Mediação: o papel e as características do mediador.** Disponível em: <<http://www.inteligentesite.com.br/modelos/modelo51/subconteudo.asp?ID=226&IDSUBLINK=3016>>. Acesso em: 12 set. 2014.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda compartilhada: a importância de ambos os pais na vida dos filhos.** Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91004-gc-aimportancia.htm>>. Acesso em: 10 maio 2014.

SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos.** Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20doutrina%2017\\_11\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf)>. Acesso em: 09 maio 2014.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas; COSTA, Livia Ronconi. **A família e a Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/770/A+fam%C3%ADlia+e+a+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+1988>>. Acesso em: 08 maio 2014.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8400](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400)>. Acesso em: 07 mar. 2014.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **Os filhos da família em litígio judicial: uma abordagem crítica.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/541/Os+filhos+da+fam%C3%ADlia+em+lit%C3%ADgio+judicial%3A+uma+abordagem+cr%C3%ADtica>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VELASQUEZ, Miguel Granato. **Direitos humanos de crianças e adolescentes.** Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id455.htm>>. Acesso em: 09 maio 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VICENTE, Gabriela. **Guarda compartilhada: a busca pelo melhor interesse do menor.** Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Gabriela%20Vicente.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2014.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 09 maio 2014.

VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11583](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583)>. Acesso em: 23 fev. 2014.

WEISS, Telma Kutnikas. **Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.