

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**WELLINGTON RICARDO FERREIRA LIMA**

**AS NOVAS LEIS SOBRE GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL E A  
APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO  
FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**BRASÍLIA/DF  
JUNHO 2016**

**WELLINGTON RICARDO FERREIRA LIMA**

**AS NOVAS LEIS SOBRE GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL E A  
APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO  
FEDERAL E TERRITÓRIOS**

Trabalho de Graduação apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Cristian Fetter Mold

**BRASÍLIA/DF**

**JUNHO 2016**

**WELLINGTON RICARDO FERREIRA LIMA**

**AS NOVAS LEIS SOBRE GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL E A  
APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO  
FEDERAL E TERRITÓRIOS**

Trabalho de Graduação apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito

Brasília, 20 de junho de 2016

---

Prof. Cristian Fetter Mold  
Professor Orientador

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

## AS NOVAS LEIS SOBRE GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Wellington Ricardo Ferreira Lima

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O poder familiar no Direito Brasileiro. 2. Guarda. 2.1 Tipos de guarda. 3. Repercussão da Nova Lei de Guarda Compartilhada: a obrigatoriedade ou não da Guarda Compartilhada. 3.1 A possível imprecisão conceitual diante do cotejo entre as duas leis que definem a guarda. 4. Jurisprudência anterior e posterior à Nova Lei 13.058/2014 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho buscou por meio da análise das novas Leis da Guarda Compartilhada no Brasil, Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014, verificar quais seriam os tipos de guarda estabelecidos pelo legislador. Para tanto, voltamos para o entendimento que a doutrina pátria esclarece sobre o tema e como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios têm pautado suas decisões. Buscou-se para tanto, apresentar a evolução dos institutos do poder familiar no Brasil, a guarda de menores e suas modalidades, a repercussão no entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação à “obrigatoriedade” da imposição da Guarda Compartilhada como se extrai do comando legislativo, e ainda a possível imprecisão conceitual entre Guarda Compartilhada e a Guarda Alternada.

Palavras-chave: Poder Familiar; Guarda; Guarda Compartilhada; Guarda Alternada.

**ABSTRACT:** This study sought through the analysis of the new Law of Joint Guard in Brazil, Law No. 11,698 / 2008 and No. 13,058 / 2014, which would verify the types of custody established by the legislature. For that, we turn to the understanding that the homeland doctrine sheds light on the subject and as the Court of Justice of the Federal District and Territories have guided their decisions. we sought to do so, present the evolution of the family power institutes in Brazil , custody of children and their modalities , the impact on doctrinal and jurisprudential understanding regarding the "obligation" of the imposition of Shared Guard as it draws the legislative command, and also the possible conceptual imprecision between Shared Guard and the alternating Guard.

Keywords: Family Power; Guard; Shared Custody Alternating Guard.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema as novas Leis sobre a Guarda no Brasil, Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014 (Leis da Guarda Compartilhada) e a definição do que é a guarda compartilhada, a guarda unilateral e a guarda alternada. O trabalho visa, à luz da interpretação doutrinária e da jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, verificar quais seriam os tipos de guarda que realmente estão estabelecidas nas leis, assim como sua apresentação pela doutrina e por meio das decisões do colendo Tribunal.

A guarda compartilhada até 2008 não possuía regulamentação e foi introduzida em nossa codificação por intermédio da redação da Lei nº 11.698/2008, que, por sua vez, alterou a redação e adicionou alguns parágrafos nos artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nosso Código Civil.

Dada alteração, introduziu a guarda compartilhada nos seguintes termos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou **compartilhada**.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por **guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns**. (grifo nosso)

Com esta disposição restaram instituídos o compartilhamento e a responsabilização conjunta de direitos e deveres dos pais em relação à prole.

Posteriormente houve, no entanto, outra modificação em relação ao instituto, a qual se originou do projeto de lei 117/2003, que se tornaria a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, conhecida como “Nova Lei da Guarda Compartilhada”, que afirma estabelecer em seu artigo primeiro o “significado” da expressão “guarda compartilhada” dispondo sobre sua aplicação, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC/2002.

De tal maneira, a nova lei da Guarda Compartilhada, sob o prisma do melhor interesse dos filhos, aparentemente veio impor como regra o compartilhamento da guarda, ainda que contendo suas ressalvas, regulando o “convívio de forma equilibrada com a mãe e com o pai” e podendo ser deferida “mesmo quando não houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho”.

Embora, aparentemente, tenha se operado uma mudança no significado da expressão, trazida pela alteração legislativa, o presente trabalho, busca por meio da

interpretação de doutrinadores brasileiros e pelas primeiras decisões oriundas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios demonstrar haver certa inconsistência na aplicação dos conceitos de “guarda compartilhada”.

Busca-se também tratar da polêmica que gira em torno da agora suposta obrigação do juiz em impor a guarda compartilhada mesmo não havendo consenso entre as partes.

O estudo visa, ainda, contribuir para uma melhor interpretação da lei, para que se busque sempre assegurar a política desenvolvida pelo legislador intitulada de “Proteção da Pessoa dos Filhos”, tema este de relevante importância para a sociedade brasileira, pois visa esclarecer qual foi, ou quais foram o instituto, ou institutos, criados pela lei, possibilitando aos envolvidos uma melhor compreensão de quais são os direitos de guarda e convívio assegurados pelas novas leis.

O enfoque doutrinário e acadêmico que se coloca frente ao tema, se dá devido à grande quantidade de opiniões, muitas das vezes contrárias, relacionadas ao verdadeiro instituto – ou institutos – que se deve – ou devem – extrair do comando legal e pela infinidade de ações que tramitam referentes à questão no judiciário pátrio.

Não poderíamos alcançar a guarda compartilhada sem antes, para uma melhor compreensão, tratar de alguns institutos como o poder familiar, guarda e suas modalidades, a análise de como a doutrina vem encarando a evolução do instituto e de como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vêm aplicando o mesmo.

Estaríamos efetivamente diante de um compartilhamento ou de uma alternância? As duas figuras encontram amparo no atual texto legal?

E a imposição da guarda compartilhada, é aprioristicamente benéfica ou prejudicial?

É por meio do presente estudo que se busca verificar, se o que as novas leis da Guarda Compartilhada tratam, é na verdade, da guarda compartilhada, da guarda alternada, ou ainda, se é possível extrair da letra da lei os dois institutos?

A metodologia utilizada foi a dogmática/instrumental, voltada a análise de decisões jurisprudenciais, em especial, às do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conjuntamente com o entendimento doutrinário a respeito do tema. Analisamos um número de dez acórdãos com datas anteriores e posteriores a promulgação da Lei 13.058/2014, utilizando-se como termo de busca as palavras,

“guarda compartilhada”, “guarda”, “regulamentação de visitas”, “guarda unilateral” na tentativa de se obter um amplo panorama dos problemas enfrentados por nosso colendo Tribunal relacionados à questão. Todavia colacionamos, a título exemplificativo apenas cinco acórdãos de modo a reforçar o presente estudo.

Analisou-se ainda as alterações introduzidas no Código Civil de 2002 decorrentes da edição das Leis 11.698/2002 e 13.058/2014.

Para tanto, na primeira parte do presente artigo faremos uma breve exposição acerca do instituto do poder familiar.

Na segunda parte, trataremos acerca do instituto da guarda e de suas modalidades.

Na terceira parte, abordaremos acerca da repercussão da nova lei no que diz respeito à obrigatoriedade, ou não, da imposição da guarda compartilhada e sua possível imprecisão conceitual diante do cotejo entre as duas leis que definem a guarda compartilhada.

## 1. PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

O termo “Poder Familiar” nos dias de hoje equivale ao antigo “pátrio poder” (*pater potestas*) do Direito Romano, de um tempo em que o poder das decisões era conferido ao chefe de família ou da sociedade conjugal, figura esta sempre representada pelo homem. Conforme nos lembra Maria Berenice Dias, o vocábulo “pátrio poder” guarda relação com uma sociedade machista e patriarcal, pois só mencionava o poder que era conferido ao pai <sup>1</sup>. O instituto precisou passar por diversas modificações trazidas ao longo do tempo, como por exemplo, pela modificação dos artigos do Código Civil de 1916 trazidas pelo Estatuto da Mulher Casada que segue:

Art. 233. **O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher**, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pag. 412.

III - o direito de fixar o domicílio da família **ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;**

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277. <sup>2</sup> (grifo nosso)

Ainda no sentido da reforma, a Constituição de 1988 em seus artigos 5,<sup>o</sup> I e 266 §5<sup>o</sup> passou a dar tratamento igualitário no tocante aos direitos e deveres relacionados à sociedade conjugal, assim como, ao efetivo exercício de ambos os genitores ao poder familiar dos filhos comuns. Por sua vez o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) trouxe uma amplitude ao instituto conforme nos leciona Maria Berenice Dias ao transmudá-lo de um sentido de domínio para se tornar um sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles. <sup>3</sup>

Nestes termos, trazemos o conceito de poder familiar conforme Maria Helena Diniz o define:

Poder familiar é o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. <sup>4</sup>

O poder familiar surge a partir do momento em que a família é constituída, sendo fruto do entendimento de que os filhos não devem ser deixados à própria sorte no meio natural, surgindo assim a obrigação de seus progenitores de protegê-los e de ensiná-los a sobreviver no mundo moderno.

O Princípio Constitucional da Isonomia deve ser aplicado quando se trata dos titulares do poder familiar, ou seja, não existe uma diferenciação para o exercício do poder familiar, sendo uma responsabilidade de ambos os pais. Como ensina Pablo Stolze Gagliano:

[...]vale observar, na perspectiva constitucional do princípio da isonomia, não haver superioridade ou prevalência do homem, em detrimento da mulher, não importando, também, o estado civil de quem exerce a autoridade parental[...] <sup>5</sup>

<sup>2</sup> BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 413.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 514.

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.596.

Desse modo, o poder familiar tem por característica ser, irrenunciável, intransferível e imprescritível.

A irrenunciabilidade significa dizer que, por se tratar de um poder de cunho eminentemente de interesse público e social seu titular não poderá dele desistir. O STJ já se posicionou sobre esta característica nos seguintes termos:

[...]o pátrio poder é irrenunciável ou indelegável, por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores(...) Em outras palavras, por se tratar de ônus, o pátrio poder não pode ser objeto de renúncia.[...]<sup>6</sup>

O fato do poder familiar ser intransferível é uma consequência da irrenunciabilidade que significa que os pais não podem abrir mão das responsabilidades a eles estabelecidas, transferindo a terceiros, sem a devida justa causa, por ser personalíssimo. Carlos Roberto Gonçalves leciona sobre o poder familiar que:

É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado.<sup>7</sup>

É notória a exceção prevista no Art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seguintes termos:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.<sup>8</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece uma única exceção quanto à característica do poder familiar ser intransferível, sendo admitida a passagem do poder familiar aos pais adotantes nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo (geralmente em

---

<sup>6</sup> STJ - **REsp. 158.920**. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4º Turma. DJU 24.05.1999.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 396.

<sup>8</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.

pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz.<sup>9</sup>

A característica da imprescritibilidade se deve ao fato do poder familiar seu um direito subjetivo, isto é, o seu titular não deixa de tê-lo se deixar de exercê-lo, sendo as hipóteses de sua perda reduzidas e especificadas em lei, nos seguintes termos:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:  
I - pela morte dos pais ou do filho;  
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;  
III - pela maioridade;  
IV - pela adoção;  
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.<sup>10</sup>

Ao tratar da titularidade do poder familiar, o Código Civil de 1916 estabelecia que o pátrio poder seria exercido unicamente pelo marido, nos seguintes termos: “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

Tal posicionamento retrata o quanto arcaica era a sociedade brasileira no início do século XX, os ventos da modernidade trouxeram inovações sobre essa titularidade, iniciando-se com a Lei 4.121/1962, o chamado Estatuto da Mulher Casada, estabelecendo uma titularidade conjunta do marido e da mulher na regência da vida dos filhos menores e de seus bens. Conforme a nova redação extraída do art. 380 que segue:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.  
Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Mesmo com a importante inovação implementada pelo Estatuto da Mulher Casada, dando à mulher uma maior importância na condução da vida de seus filhos, ela ainda era colocada em segundo plano diante de uma divergência com seu cônjuge, necessitando recorrer ao judiciário para resolver esse litígio.

Finalmente, a grande disparidade entre os sexos na questão do poder familiar, foi minimizada com o advento da Constituição de 1988, mais precisamente

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 396.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

no seu art. 226, §5º que estabelecia que: “Os direitos e deveres referente a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”<sup>11</sup>. Esse foi o mesmo posicionamento adotado no Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 21:

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

O Código Civil de 2002, em seu Art. 1.631, respeitando o Princípio Constitucional da Isonomia, reconheceu de uma vez por todas a possibilidade do exercício do poder familiar por ambos os progenitores, sendo eles casados ou em união estável, conforme a leitura do Art. 1.631 do Código Civil, que segue: “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais...”.

Vale lembrar que pelo previsto no Art. 1.632, finda a relação, quanto ao poder familiar, este, não se altera, pois a relação que acaba é a conjugal e não a de parentesco, desse modo, exercendo ambos os pais em igualdade o poder familiar, alterando-se somente quanto ao direito dos pais de terem a todo o momento a companhia de seus filhos, surgindo uma nova forma de poder familiar.

Ainda nesse sentido, entendemos importante salientar que este amparo legal se dá mesmo que essa união nunca tenha ocorrido, de modo que, ambos exercem em igualdade o poder familiar em relação ao filho em comum mesmo não estando sob o mesmo teto.

Na divergência entre os genitores quanto o exercício do poder familiar, a previsão legal se encontra no parágrafo único do Art. 1.631, qual seja, a possibilidade de se recorrer ao judiciário para a resolução do desacordo.

Já na hipótese de filhos havidos fora do casamento ou da união estável, estes só se submeteriam ao poder familiar após o efetivo reconhecimento, ocasião em que o parentesco se afirmaria, visto que em tal situação, o filho por não ser reconhecido por um de seus progenitores, como por exemplo, pelo pai, o poder familiar será exercido única e exclusivamente pela mãe.

O exercício unilateral do poder familiar ocorre geralmente quando estamos diante da falta ou um impedimento por parte de um dos genitores. Essa previsão se

---

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição Federal, 1988.

extrai da segunda parte do Art. 1.631 que diz: “[...] na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”, e ainda, diante das hipóteses que trataremos mais à frente, como a suspensão, perda e extinção do poder familiar.

Entendemos importante salientar que poderá ocorrer ainda em determinados casos, quando da impossibilidade ou ausência dos pais, da figura de um terceiro que passará a exercer algumas das prerrogativas do poder familiar, como por exemplo, na situação transitória de guarda que se dará excepcionalmente no período antecedente à adoção ou tutela, como forma de assegurar os cuidados e interesses do menor conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, neste diploma o instituto da guarda possui outra acepção, outro sentido, usado conforme já mencionado, em situações excepcionais e provisórias antes da adoção.

Conforme já mencionado no presente estudo, cabe, à pessoa dos pais ou de quem detenha a guarda, a manutenção e a direção da educação dos filhos, mantendo-os sobre seu manto de proteção e sustento, no intuito de lhes prover as necessidades para seu pleno desenvolvimento e criação que se materializa, por meio de um complexo de direitos e deveres que lhes é atribuído por lei.

E é neste sentido que o legislador, ao se debruçar sobre a matéria, buscou delinear o conteúdo do poder familiar por meio do ordenamento pátrio, no intuito de viabilizar estes comandos, voltando-se aos detentores do poder familiar, lhes indicando, de certa forma, o modo de se portarem em relação à pessoa dos filhos menores e ao usufruto e administração dos bens destes.

Em atenção à pessoa dos filhos menores, o legislador, buscou dar uma efetiva proteção principalmente quanto à pessoa destes, regulando a matéria de diversos modos como podemos verificar, em especial, da leitura que faz do Art. 1.634 do nosso Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

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

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

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

- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Entendemos que o dispositivo retrata o cuidado dispensado à pessoa dos filhos menores e que deve ser lido conjuntamente com as demais normas existentes em nosso ordenamento como, por exemplo, às emanadas pela Constituição Federal de 1988, pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e ainda às disposições de nossa codificação penal.

Em especial, quando se diz no inciso I do Art. 1.634, que aos pais lhes compete dirigir-lhes a criação e a educação, devemos lê-lo conjuntamente com a Constituição Federal de 1988, em seus Artigos 229 e 227 conforme seguem:

**Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (grifo nosso)

E ainda:

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

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos, 4, 19, 21, 22, 53 e 55 retratam o mesmo conteúdo:

**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.**

**Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.**

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

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, [...]”

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Os artigos demonstram que o cuidado que se deve dispensar não se resume ao simples fato de ter o menor sob seu teto, estes vão muito além, na verdade, se deve, além de assegurar todos os direitos fundamentais relacionados à vida, capacitá-los para viver com integridade física e moral para prepará-los ao convívio em no mundo em que vivemos de forma digna.

Segundo lição de Sílvio de Salvo Venosa “compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade”<sup>12</sup>, de modo que, se descumprirem esse dever legal poderão responder pelos crimes de abandono material, moral e intelectual<sup>13</sup>, conforme se extrai do disposto nos seguintes artigos do Código Penal aqui colacionados, Arts. 244 e 246:

#### Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ...

... não lhes proporcionando os recursos necessários...

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.<sup>14</sup>

E ainda:

#### Abandono intelectual

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.”

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.[...]”<sup>15</sup>

No tangente ao descumprimento de tais deveres, poderão ainda os pais, além de perder o poder familiar - assunto que trataremos à frente no presente trabalho - responder civilmente pelo dano moral causado ao menor relativo aos direitos de personalidade.

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 328.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 328.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

O artigo 1.634 do Código Civil sofreu algumas alterações e acréscimo com o advento da nova lei da guarda compartilhada, a Lei 13.058/14, e em especial no tocante ao exercício da guarda e do poder familiar, conforme veremos em alguns de seus incisos abaixo.

O inciso I, o comando é direcionado a criação e educação.

O inciso II é claro e se refere ao exercício da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, assunto este, que trataremos em capítulo adiante.

Já o inciso III, versa sobre o consentimento ou a sua negativa no tocante ao casamento do filho menor. Aos pais cabe dar ou não este consentimento, e este deve se dar, direcionado para que o menor se case com aquela determinada pessoa que foi escolhida. Caso este consentimento lhe seja negado, injustificadamente, este poderá obter uma autorização judicial para tal.

Os incisos IV e V versam sobre o consentimento direcionado a viagem ao exterior e a mudança de sua residência permanente para outro município.

Já o inciso VI, trata a hipótese de nomeação de um tutor caso um dos pais lhe falte, no sentido de sobreviver ou se sobrevivo não possa exercer o poder familiar.

O inciso VII, fala da representação do menor por parte de seus pais, nos atos da vida civil até os 16 (dezesesseis) anos e da assistência após esta data, orientação esta também refletida no Art. 1.690 do Código Civil de 2002:

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

E ainda no mesmo sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 142:

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

O inciso VIII dispõe sobre o direito dos pais em relação a pessoa dos filhos de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. Tal prerrogativa se exerce por meio da ação de busca e apreensão, todavia, somente à análise do caso em apresso que dará a possível resolução.

No último inciso do referido artigo, o IX, a lei atribui aos pais o importante dever de exigir de seus filhos a obediência e respeito para a manutenção do núcleo familiar, visto que, em casos extremos de desarmonia e falta de respeito, podem estes, sofrer a suspensão ou a perda do poder familiar conforme lição de Sílvio de Salvo Venosa<sup>16</sup>. Já na parte final do inciso, versa sobre a possibilidade de os menores prestarem serviços compatíveis com sua condição para a manutenção da família e para saberem se conduzirem em suas vidas na sociedade, ressalvados o trabalho fora do lar até os 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos conforme legislação especial sobre a matéria disposta entre outros textos normativos nos incursos nos artigos 403 e 428 da Consolidação das Leis do Trabalho que seguem:

Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 2000)

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.<sup>17</sup>

Ainda neste mesmo sentido e visando o aperfeiçoamento do desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional do menor:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Podemos notar que o legislador dispensou igual cuidado ao tratar sobre as questões relacionadas ao usufruto e administração dos bens dos filhos menores.

Conforme já mencionamos, aos pais lhes impõe o dever legal de representar ou assistir seus filhos menores em determinados atos da vida civil, e no que toca aos bens, herdados, recebidos em doação ou até mesmo que podem ter sido adquiridos fruto do trabalho destes menores, o Código Civil em seu artigo 1.698 é claro, ao atribuir ao pai e a mãe enquanto no exercício do poder familiar, o usufruto e a administração destes bens.

---

<sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 330.

<sup>17</sup> BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

O usufruto normalmente está relacionado ou é exercido em conjunto com a administração do bem, pois quem está administrando normalmente percebe os frutos do patrimônio que está sob sua administração, todavia podemos nos deparar com a administração sem usufruto, e ainda, usufruto sem administração.

A administração que se refere à lei, no intuito de zelar pelo bem do menor, não autoriza a princípio a alienação do bem, que, para que isso ocorra se faz necessária uma autorização judicial que só se dará após análise do caso concreto. Tal administração a que nos referimos anteriormente se limita a atos como a locação, como a defesa de direitos sobre o bem, aos pagamentos de impostos que recaiam sobre estes ou a aplicação financeira.

Existem ainda as hipóteses de bens que poderão ser excluídos do usufruto dos pais, visto que o doador pode querer que tais rendimentos ou frutos seja acrescidos ao patrimônio do donatário, sendo este exemplo, apenas o inciso III do artigo 1.693 do nosso atual Código Civil que versa sobre algumas das hipótese de exclusão como segue:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

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

De acordo com o que aqui fora colocado, entendemos que o legislador buscou utilizar-se da representação dos pais, visto que os menores não possuem a capacidade ao menos plena para fazê-lo, mas, contudo, limitou o poder de atuação dos pais com o intuito de preservar os interesses e o patrimônio dos menores. A inteligência deste entendimento se mostra evidente quando da leitura do que está disposto no caput do artigo 1.691 e ainda, caso ocorra algum ato que se contrapõe ao mandamento legal, esse poderá ser declarado nulo de pleno direito por decisão judicial, conforme o parágrafo único do referido artigo, ambos do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por

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

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

I - os filhos;

II - os herdeiros;

III - o representante legal.

Passaremos a tratar sobre as hipóteses de suspensão, perda e extinção do poder familiar.

As hipóteses de suspensão se dão, diante de ocorrência de atos que venham prejudicar o menor. O Estado, tutelando sempre o interesse do menor, verificando a ocorrência de tais atos, por meio de ação judicial, poderá suspender temporariamente o exercício do poder familiar dos pais, em sua totalidade ou parte dele, e ainda com relação a todos os filhos ou somente em relação a apenas um deles, nomeando ao menor um curador especial. Tal suspensão ocorrerá por tempo determinado de modo a suprir à deficiência ou o risco decorrente de atos lesivos à prole, no intuito, conforme já mencionamos de proteção aos interesses dos filhos e à sua integridade física e moral.

Dentre as causas que irão determinar a suspensão do poder familiar podemos verificar dentre outras ocorrências, a hipótese de abuso de autoridade por parte do pai ou da mãe, a falta do exercício dos deveres relativos ao poder familiar, diante da dilapidação dos bens dos menores, na ocasião em que o pai ou a mãe vier a sofrer uma condenação criminal que ultrapasse a dois anos de prisão, e ainda diante de condutas características de alienação parental de modo a dificultar o convívio com o outro genitor.

É importante salientarmos que os atos acima elencados como são passíveis de serem restabelecidos, recompostos e voltarem a caminhar no sentido do melhor interesse do menor, o legislador os escolheu como possíveis causa de suspensão.

Tanto a suspensão como a perda que trataremos abaixo, retira dos pais o direito ou parte dos direitos referentes aos filhos, mas, todavia, o dever de alimentá-los continua.

A perda do poder familiar, como é uma sanção mais grave do que a suspensão, opera-se por sentença judicial<sup>18</sup> e ocorrerá quando o juiz se convencer de que tal medida se faz necessária. Esta medida, diferentemente da suspensão,

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.** v. 5, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 631.

atingirá todos os filhos e esta, poderá ser requerida em ação própria pelo cônjuge, por um parente do menor, pelo menor, pelo Ministério Público ou pela pessoa responsável pela guarda do menor. Como fundamento de se decretar tal perda o juiz analisará dentre outros, os incisos do artigo 1.638 do Código Civil de 2002 que, apesar de não ser um rol taxativo, traz algumas das hipóteses:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:  
I - castigar imoderadamente o filho;  
II - deixar o filho em abandono;  
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;  
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Entendemos necessário esclarecer que no inciso IV acima, se trata da perda do poder familiar diante da reiteração das faltas justificadoras da suspensão do poder familiar, e que, segundo lição de Maria Helena Diniz o dispositivo “possibilita ao juiz um elastério maior para poder aplicar pena mais severa do que a do artigo 1.637 ”<sup>19</sup>, a suspensão.

A extinção do poder familiar é retratada pelo Código Civil em seu artigo 1.635 a seguir:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:  
I - pela morte dos pais ou do filho;  
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;  
III - pela maioridade;  
IV - pela adoção;  
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Desse modo, verificando-se alguma das hipóteses acima colacionadas, o poder familiar deixa de existir.

Passaremos agora a falar sobre o instituto da guarda como um dos elementos do exercício do poder familiar, de grande importância para o presente artigo.

## 2. GUARDA

Trataremos nessa segunda parte do artigo sobre o instituto da “guarda”. Inicialmente sobre uma breve visão histórica e uma tentativa de conceituá-lo para posteriormente falarmos sobre as suas modalidades.

---

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 634.

Sob os ditames do Código Civil de 1916, na ocasião em que o casamento não era mais viável, este, não se dissolvia pelo divórcio, este poderia se encerrar por ocasião da morte, anulação ou nulidade ocorrendo o desquite. Nesse momento, buscava-se encontrar entre os cônjuges o que era tido por culpado da dissolução do casamento e a este não lhe poderia ser atribuída a guarda dos filhos, entregando-os como uma espécie de prêmio ou recompensa ao cônjuge “inocente”.<sup>20</sup> Ainda, na ocasião de ambos os pais serem considerados culpados, após verificação da não ocorrência de prejuízo em face dos menores, este poderiam permanecer com a mãe. Tal posicionamento em nada se coaduna com o melhor interesse dos filhos menores conforme já mencionado no presente trabalho, visto que, inicialmente se voltava para a conduta unicamente da pessoa dos genitores e da tentativa de manutenção do casamento e não do interesse e bem estar dos filhos.

Posteriormente, este panorama se modificou com o incremento constitucional do princípio da igualdade, que por sua vez, assegurou os mesmos direitos e deveres relacionados à sociedade conjugal de forma a alterar o modo como homem e mulher exerceriam o poder familiar.

O Código Civil de 2002 veio dar a praticidade que se buscava ao princípio da isonomia entre homens e mulheres, e a luz do que estamos a tratar no presente trabalho, em especial na substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar” conforme já mencionamos em momento anterior.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também foi de grande valia, ao dar uma prioridade à criança e ao adolescente no sentido de transformá-los em sujeitos de direitos e destacando os direitos fundamentais a eles relacionados.

Até este dado momento, em ocasião da ruptura conjugal, a lei impunha que a guarda deveria ser deferida em favor de apenas uma das partes, e isto, normalmente se dava em favor da mãe. Esta guarda era definida como guarda unipessoal, e ao outro (não detentor) lhe era definido o regime de visitação.

Deste modo, a guarda constitui-se do direito de ter a custódia física do menor junto a si, lhe fixando a residência, prestando assistência e sendo uma característica do poder familiar, este por sua vez, o poder familiar, é importante destacar, se mantém também a favor de quem não é o guardião.

Neste sentido Fernanda de Melo Meira leciona:

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 428.

A guarda tão apenas identifica quem tem o filho em sua companhia, diante da inexistência ou dissolução da sociedade afetiva dos pais, permanecendo intacta a autoridade parental e a guarda jurídica do artigo 1.589 do Código Civil, que é representada pelo direito de o pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poder visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.<sup>21</sup>

Vale lembrar que é comum a confusão entre poder familiar e guarda, apesar de estarem intimamente relacionados, tais institutos possuem significados distintos. A Guarda está ligada à proteção e vigília do filho menor, exercida por quem tem a sua custódia, enquanto o poder familiar, conforme tratado na primeira parte deste estudo, é o conjunto de direitos e deveres entre os genitores e seus filhos, enquanto menores. Diante disso, o fato de não ter a guarda não significa a perda do poder familiar que só é extinto de acordo com as circunstâncias estabelecidas na lei.

## 2.2. TIPOS DE GUARDA

A legislação civil brasileira elenca atualmente dois tipos de guarda: guarda unilateral e guarda compartilhada, mas tal fato não impede que discorramos sobre outras modalidades, até porque a doutrina em geral, não manifesta nenhum óbice. Neste sentido Rodrigo da Cunha Pereira ao tratar da guarda unilateral leciona: “Não há nenhuma proibição para esse tipo de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em função dos aspectos práticos para os pais, ela é pouco utilizada.”<sup>22</sup>

Nota-se, contudo, que se deve sempre observar o interesse maior da criança e a situação fática em concreto para se determinar o tipo de guarda. Em virtude disso, em geral, existem diversas modalidades de guarda tratadas pela nossa doutrina.

Na guarda unilateral, a proteção e a vigília da prole são exercidas por um só dos genitores ou alguém que o substitua, possuindo este não só a custódia física do

---

<sup>21</sup> MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direito fundamentais. In: **Manual de direito das famílias e das sucessões**. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). Belo Horizonte: Del Rey – Mandamentos, 2008, p. 291. apud . MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.432

<sup>22</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

menor mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole,<sup>23</sup> conforme lição de Conrado Paulino da Rosa.

À outra parte, não agraciada com a guarda física e poder de decisão, cabe a instituição por acordo entre as partes ou pelo juiz, da fixação do regime de visitas, de modo a viabilizar a convivência com o menor, e ainda por determinação legal, o dever de supervisionar, o que pode ser entendido como um-enfraquecimento de seu poder familiar.

A guarda alternada por sua vez é a modalidade em que existe a alternância da custódia física e legal do filho, por períodos determinados estabelecidos por um juiz, podendo essa alternância ocorrer em intervalos de 15 (quinze) dias, 6 (seis) meses ou até 1 (um) ano por exemplo.

Tratando sobre o assunto da guarda alternada Pablo Stolze ensina:

Modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro o direito de visitas. Exemplo de 1º de janeiro a 30 de abril, a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semana alternados; de 1º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos.<sup>24</sup>

Podemos depreender deste modo, que na guarda alternada teremos uma sequência de guardas unilaterais, em que o espaço de seu exercício quando atribuído a um dos “guardiões” dará ao outro o simples direito de visita e supervisão. O lapso temporal entre a fixação desta guarda e por sua vez, a inversão deste mesmo período se dará por decisão judicial.

Na guarda alternada, que não existe na legislação brasileira expressamente, ocorre claramente uma diferenciação do poder familiar de cada um dos genitores, por prazo determinado. Durante um determinado período de tempo, um genitor possui a guarda física e legal (“posse” do filho) e um poder familiar mais robusto, que em virtude disso, lhe garante o poder exclusivo de decisão sobre a vida de seu infante. Com relação ao outro genitor, ainda existe um poder familiar, mais este é

---

<sup>23</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. ed. digital. p. 44.

<sup>24</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 609.

mitigado, uma vez que só caberá a ele a possibilidade de fiscalizar as decisões tomadas e de visitas.

Esta modalidade de guarda atende na verdade aos interesses dos pais, uma vez que o infante tem sua vida decidida de acordo com a alternância periódica do interesse de seus genitores e não de acordo com os interesses que lhes sejam mais favoráveis.

Em consonância a esta crítica à guarda alternada posicionam-se Conrado Paulino da Rosa e Fernanda Rocha Lourenço:

Entendemos, inclusive, da mesma forma alertada desde há muito tempo por Fernanda Rocha Lourenço, que a guarda alternada é o reflexo de egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objeto de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.<sup>25</sup>

Ainda nesse sentido leciona Fábio Ulhoa Coelho que “não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países”<sup>26</sup>.

Em relação ao tipo de guarda que conhecemos por guarda nidal, nidação ou aninhamento, temos como já mencionado, como um tipo não usual em nosso ordenamento, devido seu alto custo, pois demanda a existência – além das residências do pai e da mãe - de um terceiro lar habitado pelo filho, no qual os pais alternariam a residência segundo determinação do juiz, entendimento que se extrai da leitura de Pablo Stolze nos seguintes termos:

Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia da mesma. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial.<sup>27</sup>

Este tipo nos parece oferecer, quanto ao desgaste do deslocamento exercido pelo menor, uma comodidade visto que a criança sempre terá seus objetos e seu

<sup>25</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p.60.

<sup>26</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil**: Curso de direito de civil, família e sucessões. v. 5 . 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176

<sup>27</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 609.

ambiente sempre preservado. Todavia em relação aos custos é sem dúvida uma modalidade de difícil aceitação e implementação.

A guarda compartilhada ou conjunta foi introduzida em nosso ordenamento por meio de alterações legislativas que modificaram artigos do nosso Código Civil, em especial por meio das leis 11.698/2008 e 13.058/2014.

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 introduziu a guarda compartilhada em nosso ordenamento, por meio da alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, que até então não tinha previsão.

Neste novo modelo de guarda, buscou-se atribuir aos pais à continuidade da responsabilidade conjunta em relação à criação e educação dos seus filhos mesmo após o rompimento da sociedade conjugal, onde ambos os pais, detenham a guarda jurídica e o poder parental dos seus filhos, para a condução da vida destes, participando ambos e em conjunto de todas as decisões em favor do crescimento dos mesmos, de modo a manter os laços afetivos entre pais e filhos, conforme acontecia antes da separação.

Nesta inovação legislativa instituíam-se alguns requisitos para se atribuir a guarda unilateral, sempre voltada ao interesse do menor, como por exemplos no tocante ao afeto entre as relações entre estes e o grupo familiar, à saúde, a segurança dos filhos e ainda a educação destes, incluindo o direito de supervisão por parte do não guardião. Trazia ainda em seu texto as disposições relacionadas ao requerimento do tipo de guarda que poderia ocorrer por consenso ou individualmente, a possibilidade de ser decretada pelo juiz, em atenção ao menor e que caberia ao juiz informar aos pais o significado da guarda compartilhada, sua importância, os direitos e deveres dos pais e as sanções advindas do descumprimento.

Todavia o legislador ao acrescentar a nova modalidade, já no § 2º do artigo 1.584 dispunha que na ocasião em que não houvesse acordo entre pai e mãe quanto à guarda, esta, deveria ser aplicada “sempre que possível”, ponto este que não definia uma obrigatoriedade em sua aplicação.

Já com a edição da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o legislador alterou os artigos, 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, buscando conforme o próprio texto diz estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre a sua aplicação.

Dentre estas modificações, trataremos de algumas, as que entendemos como substanciais à compreensão do instituto da guarda compartilhada.

Logo no § 2º do artigo 1.583, inclui-se que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, tendo em vista as condições fáticas e o interesse dos filhos”.

Ainda, relacionado ao artigo 1.583 revogou os incisos I, II e III que fazia algumas exigências quanto ao deferimento da guarda unilateral, voltados à situação da relação afetiva com o genitor e o grupo familiar (inciso I); ao guardião que tivesse mais condições de propiciar aos seus filhos saúde, segurança (inciso II) e educação (inciso III).

No § 3º do artigo 1.583, passou a cuidar da cidade que se deve considerar como base, quando do compartilhamento, qual seja, a que melhor atenda ao interesse do menor.

No § 5º ainda do mesmo artigo, introduziu a possibilidade por parte de qualquer dos genitores de solicitar informações e/ou prestação de contas em situações que digam respeito aos seus filhos.

Já no tocante ao artigo 1.584 em seu § 2º introduziu-se que salvo se um dos genitores declarar que não quer a guarda, estando aptos os dois a exercer o poder familiar, o compartilhamento da guarda seria deferido, mesmo na hipótese de não haver dissenso entre o pai e a mãe.

No § 3º do mesmo artigo, ao tratar das atribuições e dos períodos de convivência sob o compartilhamento, o legislador indicou que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderia se basear em orientação de apoio técnico-especializado que deveria visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

O § 4º veio nos dizer que qualquer modificação ou descumprimento imotivado nas cláusulas da guarda, tanto unilateral quanto a compartilhada, poderiam implicar na redução de prerrogativas atribuídas ao guardião.

No § 5º, ao verificar a não possibilidade do filho ficar sob a guarda de seus genitores, poderá ser esta, atribuída a um terceiro compatível com a medida e de preferência que seja parente ou afim.

Neste sentido, a guarda compartilhada veio tentar conter a depreciação que porventura poderia acontecer com o rompimento da sociedade conjugal em que,

pais e filhos se distanciam, de modo a manter a sociedade parental e a afetividade recíproca entre estes.

Segundo leciona Waldyr Grisard Filho, “a guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.”<sup>28</sup>

Pressupõe-se que os pais neste modelo devem estar em total acordo, para voltar-se ao melhor interesse dos filhos e ainda de ambos, repudiando a ideia de posse e mergulhando de vez no ideal de se compartilhar, tanto os momentos de felicidade como nas tarefas e encargos decorrentes da gerência da vida de seus filhos.

Neste modelo define-se um dos lares como o de residência fixa do menor, ocasião em que este estará sob a guarda material e jurídica do seu genitor, ou seja, do seu guardião, contudo o outro genitor também possui a guarda jurídica do filho visto que o modelo é o compartilhamento, mas neste momento não exerce a guarda material.

Faz-se importante salientar que a custódia física do menor se impõe de forma expressa para a fixação da base da moradia, da residência fixa, inclusive quando os genitores moram em cidades diversas, sempre atendendo o melhor interesse do menor.

Buscou-se com a guarda compartilhada extirpar a conotação de posse dos filhos como ocorria anteriormente, valorizando a permanência com os seus filhos.

Tem-se sob lição de Eduardo de Oliveira Leite que: “a guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos.”<sup>29</sup>

A doutrina tem entendido que essa modalidade é a mais benéfica para a criança, uma vez que ela não é tratada como objeto, sendo respeitadas os seus interesses e dignidade. Um importante exemplo desse entendimento é o que foi lecionado por Angela Maria Soldá:

São evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, já que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, não ficando um dos pais

---

<sup>28</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014. p. 90-91.apud. ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. ed. digital. p. 49.

<sup>29</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais**. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 282.

como mero coadjuvante na criação do filho, ao contribuir apenas com os alimentos e tendo como “recompensa” o direito de visitação.<sup>30</sup>

### 3. REPERCUSSÃO DA NOVA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA: A OBRIGATORIEDADE OU NÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.

Alguns doutrinadores vêm tratando de algumas consequências provocadas pela promulgação da nova lei de guarda compartilhada.

Uma grave consequência da Lei 13.058/2014 é a imposição da guarda compartilhada, mesmo que não exista consenso entre os genitores, como mostra o artigo 1.584 do Código Civil em seu § 2º :

Art. 1.584. ....

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin se debruçando sobre o tema, afirmou que a compulsoriedade traria graves consequências para a vida do infante, nos seguintes termos:

A despeito da boa intenção de legislador, que foi, aparentemente, motivado pelo intento de gerar menor prejuízo possível à criança, frente à situação, muitas vezes, traumática, da separação dos pais, a nova lei merece um olhar minudente, haja vista que o pretense avanço que se propõe pode se transmutar em verdadeiro caos para a criança e temerário retrocesso no âmbito do Direito de Família.<sup>31</sup>

É comum nos divórcios que acontecem hoje no Brasil, uma inconformidade de interesses entre os ex-conjuges, sendo que cada um busca defender o seu próprio interesse. Tal comportamento é também muito comum com relação à sua prole, ou seja, a criança passa a ser um instrumento de manobra para que os pais consigam seus interesses, inclusive para magoar e por vezes prejudicar o outro por meio da alienação parental. O Ministro Fachin dando suporte a este entendimento, revela:

Ao que parece, a pura e simples imposição da guarda compartilhada pode gerar uma situação mais nefasta do que benéfica para os filhos.

<sup>30</sup> SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARE, Vitor Hugo. **Mediação Familiar**: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister, v.29, ago./set. 2012, p.76. apud. ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. ed. digital. p. 50.

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. Apontamentos Críticos à Nova lei da Guarda Compartilhada Compulsória. **Consulex**: Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015. p. 32

Isto por que, não raro, as crianças se tornam objeto de disputa entre os pais. Estima-se que, no Brasil, 25% dos divórcios e 30% das separações se deem de forma litigiosa, o que já aponta para um grave problema de relacionamento entre os pais. Ademais, mesmo nas separações e divórcios consensuais, pressupõe-se que a sintonia do casal também não seja mais adequada. Impor a guarda compartilhada, portanto, significa alocar a criança no olho deste furacão, muitas vezes se tornando alvo da disputa dos pais e, não raro, sofrendo das nefastas consequências da alienação parental.<sup>32</sup>

A lei obriga o juiz, mesmo que não exista um consenso entre as partes, a determinar a guarda compartilhada. Tal obrigatoriedade impede o juiz de tomar a decisão mais favorável à criança, tirando-lhe a possibilidade da ponderação de sua decisão. Essa característica vai de encontro à previsão contida na lei anterior, que valorizando a ponderação, possibilitava ao juiz tomar uma decisão mais adequada diante do caso concreto, precisamente pela existência do termo legal “sempre que possível” como mostra a redação legal contida no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 com as alterações advindas por meio da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008: “§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

O Ministro Luiz Edson Fachin possui o mesmo entendimento, conforme expõe em renomada revista jurídica:

A diferença reside no fato de que, antes, cabia ao julgador, mediante as peculiaridades do caso concreto, analisar qual situação atenderia ao melhor interesse da criança. Na vigência da nova lei, entretanto, o que o legislador intenta é retirar esse espaço de decisão do julgador, atribuindo, aprioristicamente, a guarda compartilhada.

Em verdade, a Lei 13.058/14 procura suspender a necessária ponderação de valores feita pelo juiz, levando a cabo, no texto legal, uma ponderação já pronta, mas inescapavelmente incompleta, haja vista que não contou com os elementos essenciais do caso concreto. As consequências da ausência desse parâmetro de realidade na atribuição da guarda compartilhada podem ser nada benéficas à criança. Em suma, o estatuto anterior parecia bem suprir as necessidades ainda vislumbradas.<sup>33</sup>

Outro apoiador do entendimento do Ministro Fachin é Fernando Augusto Chacha de Rezende que assim entende quanto a imposição do compartilhamento guarda : “... Neste ponto, concordamos com o autor que entende que a imposição da

<sup>32</sup> FACHIN, Luiz Edson. Apontamentos Críticos à Nova lei da Guarda Compartilhada Compulsória. **Consulex**: Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015. p. 32

<sup>33</sup> FACHIN, Luiz Edson. Apontamentos Críticos à Nova lei da Guarda Compartilhada Compulsória. **Consulex**: Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015. p. 32.

guarda compartilhada no dissenso pode ferir uma serie de princípios norteadores da proteção aos melhores interesses das crianças.”<sup>34</sup>

Existe um posicionamento que diverge quanto aos malefícios da obrigatoriedade da guarda compartilhada, para esta corrente doutrinária a obrigatoriedade da guarda compartilhada se tornou um elemento benéfico, uma vez que um dos pais que não tem condições de exercer o poder familiar não fica, a mercê da discricionariedade do Estado Juiz. Como ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

A Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/14), de 22 de dezembro de 2014, instalou um novo sistema de educação e criação de filhos de pais separados. Ela é fruto da luta de pais responsáveis que se viam injustiçados por não poderem participar mais de perto da vida de seu filho. Afinal, recusavam-se a ser meros coadjuvantes ou ocuparem um papel secundário na vida dos filhos. E educação de criança se faz com a participação em seu cotidiano. Há exceções, para tal obrigatoriedade, pois há quem não queira, não possa ou não tenha condições de participar do dia a dia dos filhos. Antes, a guarda era compartilhada apenas quando possível. Mais sempre davam um jeito de não ser possível. Agora mudou. Está instalado um novo paradigma jurídico em que as crianças/adolescentes serão os maiores beneficiários.<sup>35</sup>

Nesse sentido, realmente se vê o empenho tanto dos pais quanto do legislador em propiciar a efetiva participação e presença dos pais, na criação e educação de seus filhos.

### **3.1. A POSSÍVEL IMPRECISÃO CONCEITUAL DIANTE DO COTEJO ENTRE AS DUAS LEIS QUE DEFINEM A GUARDA.**

O preâmbulo da lei 13.058/14 assim expõe: “Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.”

---

<sup>34</sup> REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. **Guarda compartilhada impositiva no dissenso não pode ferir dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/fernando-augusto-chacha-rezende-guarda-compartilhada-dissenso>>. Acessado em 05.04.16.

<sup>35</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda Compartilhada Obrigatória em Benefício dos Filhos. Consulex: Revista jurídica*. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015. p. 36

A nova lei da Guarda Compartilhada surgiu com o objetivo de definir o que seria o próprio compartilhamento da guarda. Isso se deu devido à dificuldade de se diferenciar a guarda alternada da guarda compartilhada.

Inicialmente a guarda compartilhada buscava estabelecer que apenas um dos genitores tivesse a guarda física da criança, dando-lhe um lar referencial, cabendo ao outro um mero direito de visitas, sem privar a ambas as partes o exercício do poder familiar.

Com o passar dos anos começou-se a perceber nas jurisprudências pátrias um alargamento do direito de visitas, chegando a provocar um igual convívio da criança com os genitores como explica Cristian Fetter Mold:

Como se sabe, o direito de visitas/convívio foi sendo ampliado ao longo dos tempos, passando-se a possibilidade de o chamado “não guardião” ter acesso aos filhos em dias da semana, às vezes com pernoite, ampliando-se o conceito de “final de semana” para que as visitas já comecem na saída da escola, às sextas-feiras, terminando na porta da escola, na segunda-feira subsequente, chegando-se algumas vezes até mesmo à divisão “salomônica” do convívio (50% x 50%), algo muitas vezes não recomendado, a depender da idade e maturidade das crianças ou adolescentes envolvidos.<sup>36</sup>

Ora, se existe uma divisão igualitária da guarda física, a criança perde seu referencial de lar, característica esta, da guarda alternada, maculando o conceito de guarda compartilhada como mostra Patrícia Garrote:

Situação das mais complicadas é definir o que a Lei nº 13.058/14 deixou em aberto: o referencial de lar dos filhos, em caso de separação. Por causa deste detalhe, a guarda compartilhada, conforme a nova Lei, ficou parecendo como guarda alternada, modelo vedado em nosso ordenamento jurídico em face dos prejuízos que é capaz de causar à criança e ao adolescente ao obrigá-los a passar um tempo com cada genitor, sem um lar para chamar de seu, impedindo-os de criar raízes e estabelecer vínculos afetivos.<sup>37</sup>

Todavia a guarda compartilhada surge com a perspectiva voltada ao melhor interesse do menor, com a responsabilização conjunta quanto aos direitos e deveres dos genitores e a divisão equilibrada do convívio e não divisão voltada somente ao interesse dos pais, com a divisão de lares por períodos pré-determinados.

---

<sup>36</sup> MOLD, Cristian Fetter. Guarda Compartilhada Há Luzes no Final do Túnel?. **Consulex**: Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015. p.38-39.

<sup>37</sup> GARROTE, Patrícia. As Lacunas da Nova Lei da Guarda Compartilhada. **Consulex**: Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015. p. 40-41.

#### 4. JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR E POSTERIOR À NOVA LEI 13.058/2014

Conforme a proposta do presente estudo e para melhor compreensão de como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vem aplicando a guarda compartilhada, fizemos a pesquisa jurisprudencial utilizando no campo de busca, palavras específicas como: “guarda”; “guarda compartilhada”; “regulamentação de visitas”; “unilateral” e “guarda unilateral”. Tal pesquisa foi realizada de modo a abranger a data anterior a vigência da Nova Lei da Guarda Compartilhada (13.058/2014), época em que vigia o comando legal em que ao juiz era dada a possibilidade de ponderar “sempre que possível” para se determinar o compartilhamento, e ainda, com data após a vigência da Nova Lei, de modo a reforçar nosso entendimento sobre como o Tribunal pautava suas decisões.

Desse modo ao analisarmos os acórdãos anteriores a Nova Lei, verificamos que, conforme o intuito do legislador, buscando o melhor interesse do menor, os magistrados embasados em laudos técnicos ou ainda indo de encontro a estes, mas diante do caso a caso, vinham fazendo as ponderações necessárias para deferir ou indeferir os pedidos.

Nesse sentido, a título exemplificativo, trazemos três ementas anteriores à nova Lei de 2014, dentre as analisadas que assim restaram ementadas:

PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FATOS QUE DEMANDAM A DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA.

1. Aguarda compartilhada pressupõe harmonia e ajuste entre os genitores, de modo que não pode ser imposta em decisão antecipatória de tutela.

2. Recurso conhecido, mas não provido. Unânime.

(Acórdão n.835460, 20140020097966AGI, Relator: MARIA DE FATIMA RAFAEL DE AGUIAR, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/11/2014, Publicado no DJE: 02/12/2014. Pág.: 260)

CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. GUARDA COMPARTILHADA. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DO § 1º DO ART. 1584 DO CC. IMPROCEDENTE. AGRAVÓ DE INSTRUMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Não se verifica negativa na aplicação do art. § 1º do art. 1.584 do Código Civil. Ao contrário, como cautela, valeu-se do disposto no § 3º do mesmo artigo para melhor decidir os interesses do menor determinando o estudo psicossocial.

3. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.826097, 20140020134236AGI, Relator: SEBASTIAO COELHO DA SILVA, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/10/2014, Publicado no DJE: 21/10/2014. Pág.: 144)

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO. GUARDA. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. PRELIMINAR. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE VISITAÇÃO. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. VIOLAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. Segundo o princípio da congruência ou adstrição, deve haver correlação entre o pedido e a sentença, sendo vedado ao juiz decidir extra ou ultra petita, sob pena de afronta ao que dispõe o artigo 460 do código de processo civil.

2. Inexistindo pedido na inicial da ação de modificação de cláusula de guarda e responsabilidade, quanto ao regime de visitação por qualquer dos genitores, deve se proceder ao decote de tal comando do dispositivo da sentença para conformá-lo aos limites estabelecidos na exordial, em observação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

3. Em atenção aos interesses dos menores, levando-se em consideração o litígio ainda vivido pelos seus genitores, entendo que ainda não há ambiente para imposição da guarda compartilhada. 3.1. Deve-se impor a guarda unilateral a um dos genitores, no caso, ao que demonstrar ter melhores condições no momento.

4. Verificando-se que ambos os genitores possuem condições para o exercício da guarda, esta deve ser deferida àquele que atender mais adequadamente os interesses dos menores.

5. Preliminares de intempestividade e preclusão consumativa rejeitadas. Preliminar de julgamento extra petita acolhida.

6. Recursos conhecidos e dado provimento ao recurso da genitora. Sentença parcialmente decotada.

(Acórdão n.819153, 20120410055144APC, Relator: GISLENE PINHEIRO DE OLIVEIRA, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/09/2014, Publicado no DJE: 17/09/2014. Pág.: 215)

Notamos nas decisões, que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por meio de seus magistrados efetivamente já vinham agindo de acordo com a Lei 11.698/2008 no tocante a guarda unilateral e a guarda compartilhada, mas, para esta ultima modalidade de guarda isso acontecia “sempre que possível”, demonstrando o modo como os magistrados pautam suas decisões voltadas ao caso concreto, mesmo diante da indicação, como visto em que ambos possuíam condições de exercer a guarda compartilhada e esta não foi diferida.

Posteriormente, ao analisarmos os julgados que seguiram a vigência da Nova Lei da Guarda Compartilhada de 22 de dezembro de 2014, verificamos que mesmo

com seus acréscimos e supressões, e ainda, com seu comando impositivo determinando a guarda compartilhada e mesmo diante do desacordo entre os cônjuges, ocasião em que a Lei ampara uma decisão no sentido do compartilhamento, o colendo Tribunal continuou com uma postura cautelosa diante dos casos.

Coroando ainda essa fase de sedimentação da Lei podemos demonstrar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não vem aplicando a guarda compartilhada “obrigatória” mesmo com a Lei já editada, conforme trazemos a título exemplificativo, mais dois acórdãos assim ementados:

Guarda de filho. Interesse da criança. Guarda compartilhada. Visitas.

1 -A guarda compartilhada é recomendável. Visa a continuidade das relações de parentalidade, a preservação do bem-estar e a estabilidade emocional dos filhos menores. No entanto, se os pais mantêm relacionamento conflituoso, não se recomenda a guarda compartilhada.

2 - Tratando-se de criança que, desde a separação do casal está sob a guarda da mãe, que lhe dispensa os cuidados básicos com a criação, educação e formação, recomenda-se manter a guarda da menor com a mãe.

3 - Concedida a guarda da menor à mãe, deve-se resguardar o direito de visitas do pai, cuja regulamentação deve priorizar os interesses da criança sobre os dos pais.

4 - Apelações providas em parte.

(Acórdão n.852245, 20120110840793APC, Relator: JAIR OLIVEIRA SOARES, Relator Designado:Desembargador não cadastrado, Revisor: JAIR OLIVEIRA SOARES, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/02/2015, Publicado no DJE: 10/03/2015. Pág.: 432).

Apesar de possuírem condições ambos os genitores de exercerem a guarda na forma compartilhada no caso acima, após entender que persistiam dúvidas, os magistrados não optaram pelo compartilhamento. E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. AVÓS MATERNO E PAI. DECISÃO QUE CONCEDE AO PAI A GUARDA PROVISÓRIA. EFEITO SUSPENSIVO. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONVIVÊNCIA DO MENOR COM O PAI. DIREITO DE CONVIVER COM A FAMÍLIA NATURAL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS.

1. No conflito sobre a guarda, prestigia-se o interesse da criança e a situação que lhe seja mais benéfica.

2. Não havendo motivos que indique a inviabilidade da medida, deve-se privilegiar o direito da criança de conviver com sua família natural.

3. O pai que mantém vínculo afetivo com o filho, sendo reconhecido como figura paterna, e exerce guarda compartilhada

com os avós há certo tempo, na ausência da mãe, reúne condições de exercer a guarda unilateral.

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por se tratar de norma de proteção ao menor, deve ser analisado sob dois aspectos: aquele que define as obrigações dos pais para com a prole menor (art. 22) e aquele que se refere ao direito do menor de conviver com sua família natural (art. 25).

5. Recursos conhecidos e desprovidos.

(Acórdão n.849159, 20140020213913AGI, Relator: SANDOVAL GOMES DE OLIVEIRA, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/02/2015, Publicado no DJE: 20/02/2015. Pág.: 145)

Nesse acórdão que restou assim ementado, verificou-se que a mãe da criança havia falecido e o pai compartilhava uma guarda de fato com os avós maternos. Por existir muito conflito em relação à criação do menor, como por exemplo, o pediatra que a criança poderia ou não frequentar e ainda por outros motivos, o Tribunal, sempre cauteloso, manteve a guarda unilateral em favor do pai.

Nesse sentido, vemos que se a proposta da Lei era efetivamente obrigar a aplicação da guarda compartilhada, ela não foi capaz, pois a luz dos acórdãos os magistrados não se vêem obrigados a aceitar essa imposição. Posição que acredito ser a que mais reflete o melhor interesse do menor, pois conforme já mencionado no presente estudo, a solução pronta, no direito de família não condiz com a generalidade dos casos, por mais detalhada que pareça.

## **CONCLUSÃO**

O presente estudo buscou analisar as novas Leis da Guarda Compartilhada no Brasil (Leis 11.698/2008 e 13.058/2014) por meio de suas alterações e de como a doutrina e jurisprudência vem compreendendo e aplicando o instituto no Brasil.

No intuito de contribuir e esclarecer um pouco sobre quais seriam os direitos de guarda e de convívio assegurados pela Lei, tratamos a princípio dos institutos: poder familiar no direito brasileiro; guarda e suas modalidades; da repercussão da nova Lei da Guarda Compartilhada e ainda sobre a sua obrigatoriedade ou não e possíveis imprecisões conceituais.

Apesar do Direito Civil estabelecer diversas espécies de guarda, a legislação pátria veio contemplar apenas duas modalidades, a guarda compartilhada e a guarda unilateral segundo a Lei 11698/2008.

Ao longo da vigência da Lei Civil, acabou-se percebendo a mistura entre os conceitos de guarda compartilhada e alternada, modalidade esta não instituída pela lei brasileira, não só na jurisprudência brasileira mais também entre os doutrinadores civilistas.

A Lei 13.058/14 foi promulgada com o objetivo de sanar a contradição entre as modalidades das guardas, mais na verdade essa lei não foi capaz de resolver a divergência doutrinária e jurisprudencial, instaurando, ainda, um novo problema, determinando a imposição da guarda compartilhada pelo juiz, mesmo diante do desacordo dos cônjuges quanto a modalidade de guarda a ser adotada, o que não existia na vigência da lei anterior, que recomendava que o tipo de guarda deveria ser ponderada pelo magistrado.

Nos acórdãos analisados anteriores e posteriores a promulgação da Lei, apesar de, em muitos deles o Ministério Público indicar ser favorável ao compartilhamento ou do laudo psicossocial apontar que é possível a atribuição da forma compartilhada, os juízes - como não existe um modelo ideal - têm efetivamente que analisar o caso concreto.

Essa análise, ao que entendemos deve persistir. A obrigatoriedade de imposição do modelo que a lei buscou trazer no âmbito familiar, não nos parece benéfico, pelo contrário, pode trazer mais malefícios com o aumento de disputas e desentendimentos frente ao menor, este, o final destinatário da proteção almejada pela Lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

BRASIL. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.**

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.**

BRASIL. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Alteração que instituiu a **Guarda Compartilhada.**

BRASIL. Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Nova Lei da Guarda Compartilhada.**

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil:** Curso de direito de civil, família e sucessões. v. 5, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** direito de família. v. 5, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Apontamentos Críticos à Nova lei da Guarda Compartilhada Compulsória. **Consulex:** Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARROTE, Patrícia. As Lacunas da Nova Lei da Guarda Compartilhada. **Consulex:** Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. v. 6, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLD, Cristian Fetter. Guarda Compartilhada Há Luzes no Final do Túnel?. **Consulex:** Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Guarda Compartilhada Obrigatória em Benefício dos Filhos. **Consulex:** Revista jurídica. Brasília. ano XIX. n. 434, 15 de fevereiro de 2015

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da Guarda Compartilhada:** Da nova guarda compartilhada no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. **Guarda compartilhada impositiva no dissenso não pode ferir dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/fernando-augusto-chacha-rezende-guarda-compartilhada-dissenso>>. Acessado em 05.04.16.

STJ - REsp. 158.920. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4º Turma. DJU 24.05.1999.

Acórdão n.849159, 20140020213913AGI, Relator: SANDOVAL GOMES DE OLIVEIRA, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/02/2015, Publicado no DJE: 20/02/2015.

Acórdão n.852245, 20120110840793APC, Relator: JAIR OLIVEIRA SOARES, Relator Designado: Desembargador não cadastrado, Revisor: JAIR OLIVEIRA SOARES, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/02/2015, Publicado no DJE: 10/03/2015.

Acórdão n.835460, 20140020097966AGI, Relator: MARIA DE FATIMA RAFAEL DE AGUIAR, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/11/2014, Publicado no DJE: 02/12/2014. Pág.: 260

Acórdão n.826097, 20140020134236AGI, Relator: SEBASTIAO COELHO DA SILVA, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/10/2014, Publicado no DJE: 21/10/2014. Pág.: 144

Acórdão n.819153, 20120410055144APC, Relator: GISLENE PINHEIRO DE OLIVEIRA, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/09/2014, Publicado no DJE: 17/09/2014. Pág.: 215