

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**IARA CRISTINA MARQUES GOMES**

**OS EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA**

**CURITIBA  
2018**

**IARA CRISTINA MARQUES GOMES**

**OS EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Profº Drº Clayton Reis

**CURITIBA  
2018**

## TERMO DE APROVAÇÃO

IARA CRISTINA MARQUES GOMES

OS EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2018.

Dedico o presente trabalho ao meu marido, Adriano, que esteve o tempo todo ao meu lado, dando forças e motivação para continuar na luta pelos meus objetivos. Dedico também aos meus amados filhos, Benjamin e ao neném que está em meu ventre, minhas preciosidades! Vocês são a razão do meu viver! À minha mãe, Aparecida, que sempre me incentiva a lutar pelos meus objetivos, acreditando mais em mim do que eu mesma! Ao meu pai, por me demonstrar o caminho do Direito, quem inconscientemente foi minha inspiração para estar trilhando este caminho. Por fim, mas não menos importante, dedico aos meus irmãos, Inês, Ioná, Bruna, Yuri, Yasmim e Yago, ao meu cunhado, Fábio, e ao meu amado sobrinho e afilhado Joaquim, os quais tanto amo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente ao Professor e Doutor Clayton Reis, que é um excelente profissional e doutrinador do Direito. Tenho uma imensa admiração e me sinto honrada com o privilégio por tê-lo como ilustre professor e orientador para a concretização deste trabalho. Meus sinceros agradecimentos.

Agradeço a todos que de alguma forma colaboraram nessa trajetória, especialmente ao competente corpo docente da nobre instituição Escola da Magistratura do Paraná.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 PODER FAMILIAR</b> .....	9
2.1 CONCEITO DE PODER FAMILIAR.....	9
2.2 DIREITO E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR .....	12
2.3 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR .....	16
2.4 PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR .....	18
2.5 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR .....	23
2.6 PODER FAMILIAR APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL .....	23
<b>3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AS RELAÇÕES PATERNO FILIAIS</b> .....	25
3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA .....	25
3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA .....	28
3.3 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR .....	30
<b>4 DEMAIS MODALIDADES DE GUARDA DE FILHO</b> .....	31
4.1 GUARDA UNILATERAL .....	31
4.2 GUARDA ALTERNADA .....	34
4.3 GUARDA DE FATO .....	35
4.4 GUARDA POR NIDAÇÃO .....	37
4.5 GUARDA ORIGINÁRIA E DERIVADA .....	38
4.6 GUARDA PROVISÓRIA E DEFINITIVA .....	39
<b>5 GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	39
5.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO AO DIREITO DE CONVIVÊNCIA .....	39
5.1.1 A convivência após a Lei nº 13.058/2014 .....	43
5.1.2 Das limitações da convivência .....	46
5.1.3 A efetividade do direito a convivência .....	48
5.2 A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA .....	50
5.3 DAS OBRIGAÇÕES PARENTAIS E O SEU CUMPRIMENTO .....	52
5.4 GUARDA COMPARTILHADA E A ALIENAÇÃO PARENTAL .....	54
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os efeitos da guarda compartilhada na família. Pretende ainda, discorrer acerca do poder familiar, a análise de alguns princípios aplicáveis no direito de família, e ainda, analisar as modalidades de guarda, dando enfoque a guarda compartilhada e a efetividade ao direito de convivência, demonstrando a sua eficácia, as obrigações dos genitores e sua efetividade no caso da ocorrência da alienação parental. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados, assim como também foram realizadas análises de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça. Buscou-se analisar como a legislação brasileira evoluiu nas relações paterno-filiais, visando priorizar o melhor interesse do menor. A pesquisa possui aspectos atuais, com o intuito de demonstrar a importância da aplicação da guarda compartilhada, permitindo um maior convívio entre os filhos e seus progenitores, ainda que não existam mais os laços conjugais.

Palavras-chave: poder familiar; guarda; guarda compartilhada; direito a convivência;

## 1 INTRODUÇÃO

As instituições familiares estão em constante transformação, havendo aplicação de diversos institutos ainda que não sejam positivados. E, em razão disso, deixou-se de falar em pátrio poder, o qual era destinado ao poder dos pais em relação aos filhos, para falar-se em poder familiar, abrangendo também a figura materna. Assim, são atribuídos ao pai e a mãe, os mesmos direitos e deveres em relação a prole, tendo-se a ideia de função social da entidade familiar.

Com as constantes transformações, passou-se a ter uma melhor efetividade dos princípios constitucionais aplicáveis as relações paterno-filiais.

Assim, pode-se falar na efetividade do princípio da igualdade e direito a diferença, o qual prevê a igualdade entre homem e mulher no exercício do poder familiar, procurando manter o bem estar dos filhos e preservando o direito de convivência no caso de ruptura da relação conjugal. Portanto, com a aplicação deste princípio, não há mais que se falar em desigualdade de direitos entre cônjuges, filhos e entidades familiares.

Também pode-se falar em uma melhor aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual é a diretriz para a determinação das relações dos filhos com os seus pais, e por consequência, a eficácia do princípio da convivência familiar, o qual abrange os familiares além dos pais, atingindo também o convívio com os avós, tios e padrinhos, por exemplo.

Em análise as modalidades de guarda, verifica-se há diversas modalidades conceituadas doutrinariamente e utilizadas no caso concreto no caso de consenso entre as partes. Todavia, nossa legislação prevê apenas 2 modalidades de guarda, quais sejam a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

O instituto da guarda começou a sofrer alterações no ano de 2008, com a Lei nº 11.698, a qual passou a prever a guarda compartilhada. No entanto, foi com o advento da Lei nº 13.058/2014 que ocorreram importantes alterações no Código Civil Brasileiro, e por consequência ao instituto da guarda de filhos aplicada no direito de família.

Atualmente a guarda compartilhada é aplicada como regra, independente da concordância dos genitores, da manutenção de um bom convívio e ainda, mesmo que residam em cidades diferentes. O objetivo primordial desta modalidade de

guarda, é a ampliação do direito de convivência do filho com o genitor que não detém a sua guarda física, procurando assim evitar a prática da alienação parental.

## 2 PODER FAMILIAR

### 2.1 CONCEITO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar, no Código Civil de 1916, era denominado de “pátrio poder”, e visava somente o interesse do chefe de família, do *pater familias*. Os poderes concedidos ao chefe de família eram abrangentes, sendo correspondente tanto à ordem pessoal quanto à ordem patrimonial.

A noção do pátrio poder, correspondia ao poder do pai sobre os filhos, não sendo abrangido para a mãe, o que demonstrava a desigualdade entre os cônjuges. Por tal razão, foi necessário ocorrer a evolução, deixando-se de ser nomeado como pátrio poder, passando-se a chamar de poder familiar, com o fito de abranger também a figura materna, correspondendo a autoridade pessoal e patrimonial dos pais na proteção dos interesses dos filhos.

Portanto, hoje a figura materna possui a mais ampla e estrita igualdade em direitos e deveres no tocante a sociedade conjugal, conforme disciplina o art. 5º, I<sup>1</sup> e art. 226, §5º<sup>2</sup> da Constituição Federal, havendo também previsão no artigo 1.631<sup>3</sup> do Código Civil.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e ainda, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorreram diversas mudanças e inovações para o instituto familiar, trazendo a igualdade entre os genitores, afastando o pátrio poder, para então haver a conceituação de poder familiar.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, explica:

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>2</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>3</sup> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

A Constituição Federal de 1988, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, trouxe um novo conceito de família, ao celebrar a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer designação discriminatória e a igualdade entre o homem e a mulher entre direitos e deveres na sociedade conjugal. O Estatuto da Criança e do Adolescente reiterou a Constituição e ressaltou a igualdade entre o pai e a mãe no exercício do Pátrio Poder.<sup>4</sup>

José Antônio de Paula Santos Neto, conceitua o pátrio poder:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.<sup>5</sup>

Pode-se dizer que o pátrio poder correspondia a proteção dos pais em relação aos filhos menores de idade, cujo objetivo seria o desenvolvimento e formação dos filhos, sendo ela física, mental, social, moral e espiritual. Cabendo também aos pais, satisfazer as necessidades dos filhos, principalmente a de cunho afetivo.<sup>6</sup>

Portanto, a denominação pátrio poder, deixou de ter sentido, não abrangendo mais a tradução absoluta pela palavra poder, uma vez que passou a ter o significado de proteção. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13/07/1990, nomeava expressamente o pátrio poder, em seu artigo 21. Todavia, com o advento da Lei nº 12.010/2009<sup>7</sup>, trouxe algumas alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, entre elas, a substituição da expressão “pátrio poder” para “poder familiar”.

Assim passou a ser o texto do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O pátrio poder ~~poder~~ familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil,

---

<sup>4</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 12.

<sup>5</sup> SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 55.

<sup>6</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.39.

<sup>7</sup> Art. 3º A expressão “pátrio poder” contida nos arts. 21, 23, 24, no parágrafo único do art. 36, no § 1º do art. 45, no art. 49, no inciso X do caput do art. 129, nas alíneas “b” e “d” do parágrafo único do art. 148, nos arts. 155, 157, 163, 166, 169, no inciso III do caput do art. 201 e no art. 249, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como na Seção II do Capítulo III do Título VI da Parte Especial do mesmo Diploma Legal, fica substituída pela expressão “poder familiar”.

assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.<sup>8</sup>

Ainda, o artigo 1.634 do Código Civil, prevê o pleno exercício do poder familiar pelos pais, cabendo aos filhos respeito e obediência a eles. Todavia, o poder familiar deve ser única e exclusivamente exercido em prol dos interesses do menor, enquadrando-se como um dever, uma responsabilidade, ou seja, o cumprimento de uma função.<sup>9</sup>

Tem-se assim, que a nomenclatura poder familiar trouxe alterações ao instituto, fazendo com que deixasse de ser uma denominação e passasse a ser um sinônimo de proteção, dando mais obrigações e deveres ao pais em relação aos filhos.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias, tece a seguinte consideração:

Ainda que o Código Civil tenha eleito a expressão poder familiar para atender a **igualdade** entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. (...) o poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, (...) talvez se devesse falar em **função** familiar ou em **dever** familiar. (destaque da autora)<sup>10</sup>

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa:

O poder familiar é tradicionalmente conceituado pela doutrina como um *múnus público*, representando um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas a sua educação e desenvolvimento. Representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros.<sup>11</sup>

Portanto, concluímos que poder familiar pode ser conceituado como menos poder e mais dever, ou seja, é a função social da entidade parental. Ou seja, nada mais é que o conjunto de direitos, deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos e seus bens, exercido igualmente entre os pais, abrangendo diversos deveres, tais como: educação, saúde, guarda, sustento material e moral.

Maria Berenice Dias, esclarece que o poder familiar é:

<sup>8</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990.

<sup>9</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.45.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 417.

<sup>11</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15.

Irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como pela filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.<sup>12</sup>

Portanto, o poder familiar é irrenunciável, é indisponível pelos pais, sendo decorrente da paternidade natural ou legal ou socioafetiva, não podendo ser transferida para terceiros. O poder familiar é uma condição existencial entre os pais e os filhos. Ressalta-se também, que o poder familiar é imprescritível. *“Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá termina-lo.”*<sup>13</sup>

No entanto, a leitura do capítulo específico de poder familiar no nosso Código Civil, não foi devidamente explorada pelo legislador, uma vez que nos artigos 1.630 a 1.638, há predominância da família patriarcal, com determinações dos deveres, obrigações, sanções, respeito e obediência, demonstrando uma negatização da evolução da família moderna, sem observar o processo de democratização na sociedade familiar, a qual preza pela igualdade, não havendo mais que se falar em uma hierarquia, e sim em um companheirismo. Portanto, a família moderna está direcionada ao interesse dos filhos, das crianças, os quais são o norte das ações humanas.<sup>14</sup>

## 2.2 DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

O direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, estão legalmente previstos no artigo 1.634<sup>15</sup> do Código Civil. Também há previsão no artigo 22<sup>16</sup> do

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 10.ed. São Paulo: RT, 2015. p. 462.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**.4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 373.

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: direito de família**. Vol. 5. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 256-257.

<sup>15</sup> 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: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Estatuto da Criança e do Adolescente. Em análise a tais dispositivos, pode-se concluir que é dever dos pais a manutenção do sustento, guarda e educação dos seus filhos, cabendo as autoridades a supervisão e controle do exercício do poder familiar pelos pais, fazendo com que sejam cumpridas as determinações judiciais.<sup>17</sup>

A criação e educação dos filhos, é também um direito constitucional, o qual está previsto no artigo 227 da Constituição Federal, cabendo aos pais a criação e educação dos filhos, devendo os mesmos estarem matriculados na escola, com frequência mínima, sendo a instituição educacional de livre escolha dos pais, de acordo com suas possibilidades econômicas. O dever de educação e criação, também é previsto no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como também é previsto no artigo 55<sup>18</sup> do mesmo diploma legal. Portanto, os pais, detentores do poder familiar, possuem o dever de matricular seus filhos na rede de ensino regular.

Importante destacar ainda, que quem não for detentor da guarda do filho, pode participar ativamente da vida escolar, podendo fiscalizar efetivamente a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino, assim como ter informações sobre a frequência e o rendimento escolar, o que também é assegurado pelo art. 12, VII,<sup>19</sup> da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

---

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

<sup>16</sup> 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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 59.

<sup>18</sup> Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

<sup>19</sup> Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

(...)

Portanto, pode-se dizer que a criação e a educação dos filhos cabem aos pais, estando correlacionado ao atendimento das necessidades materiais e morais, cujo cumprimento deverá ser fiscalizado pelo Estado, visando obrigar os pais ao cumprimento deste dever. Em uma análise genérica, pode-se dizer que a educação possui um sentido amplo, sendo voltada a todas as faculdades físicas, psíquicas e espirituais dos filhos, tornando eles úteis a si mesmos e também a sociedade. E, conclui-se que também incumbe aos pais a orientação dos filhos quanto as questões religiosas, cívicas, sexuais e também profissionais.<sup>20</sup>

Ainda, pode-se dizer que o dever de correção e disciplina é uma consequência do dever de educar, ainda que não se tenha uma previsão expressa na lei, afinal, de forma moderada, os pais podem castigar seus filhos, exigir obediência e respeito, assim como podem solicitar a prestação de serviços, desde que respeitados a idade e a condição do filho. Todavia, também podem solicitar que seus filhos prestem serviços, nos limites legais (artigos 403 e 404 da CLT e artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente).<sup>21</sup>

Cabe esclarecer que, havendo negligencia por parte dos pais, não permitindo que tenham acesso ao estudo básico quanto a educação dos filhos, estarão infringindo a lei, e cometendo o crime de abandono intelectual, o qual é previsto no artigo 246<sup>22</sup> do Código Penal.

Também cabe aos pais, ter seus filhos em sua companhia e guarda. Frisa-se que os filhos precisam da presença, vigília, proteção e orientação continua dos seus pais, uma vez que a convivência entre pais e filhos, traz uma mutua troca de experiências, sentimentos, informações, mas, o mais importante é o afeto, sendo essencial que os pais desempenhem suas funções parentais, não estando apenas presente fisicamente, visando a proteção e formação integral dos filhos, com o intuito de atingir sempre o melhor interesse da criança.<sup>23</sup>

---

VII - informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola;

<sup>20</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.50.

<sup>21</sup> Ibidem. p.50-51.

<sup>22</sup> 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>23</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23.

Ao detentor do poder familiar, cabe a autorização para o casamento, quando o filho estiver com menos de 18 anos e com mais de 16 anos. Assim, a partir da celebração do casamento, encerra-se a incapacidade do adolescente, estando o mesmo apto para a prática de todos os atos da vida civil (artigo 5º, II do Código Civil).

Também, cabe aos pais a autorização ou não de viagem ao exterior, assim como para mudança permanente de residência para outro Município. Todavia, sendo negado a autorização para viagem ao exterior ou ainda, para a mudança permanente de residência, o Poder Judiciário poderá ser chamado para decidir o impasse.

Dentre as funções do poder familiar, tem-se a prerrogativa de escolher quem será o responsável pelos filhos crianças, adolescentes ou incapazes, no caso de morte dos pais, sendo nomeado tutor na ocorrência de falecimento dos pais. Todavia, essa nomeação deve ser feita através de testamento ou outro documento autêntico, podendo ser por escritura pública ou documento particular, desde que seja possível assegurar a autoria de tal documento. Entretanto, apenas será definitivamente nomeado o tutor, se o outro detentor do poder familiar não estiver vivo ou não possuir condições de exercer o poder familiar.<sup>24</sup>

Enquanto os filhos forem menores de 18 anos, estão proibidos de ingressar no judiciário, em razão da sua inexperiência. Assim, a lei protege os menores e incapazes, colocando-os sob a proteção dos pais, os quais representam seus filhos desde a concepção até os 16 anos em todos os atos jurídicos que possam praticar, e os assistem a partir dos 16 anos até os 18 anos, suprindo o consentimento. A representação tem caráter necessário, pois se o menor não for representado o ato é inválido, abrangendo todas as relações jurídicas do menor, tanto de caráter familiar quanto patrimonial. Todavia, a lei também autoriza o menor a praticar alguns atos personalíssimo sob a autorização paterna, e outros sem a autorização dos pais, como por exemplo, fazer testamento.<sup>25</sup>

Importante mencionar que o direito de guarda de filhos, compreende também o direito de vigilância, incumbindo aos pais o dever de dirigir a criação da sua prole no aspecto da formação moral. Assim, o poder de vigilância abrange o

---

<sup>24</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22.

<sup>25</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.51.

dever de cuidado e na diligência dos pais ao integral desenvolvimento dos filhos. Por tal motivo, cabe aos pais proibir que os filhos tenham relações com pessoas de má índole, que frequentem lugares inapropriados, ou que tenham acesso a conteúdos inapropriados a sua idade. Por tal razão, é permitido aos pais vigiar a correspondência dos filhos, com o devido respeito ao filho e ao seu grau de maturidade, fixando também horários para estudos, trabalho e lazer, zelando pela sua saúde e bem estar.<sup>26</sup>

Portanto, os poderes reconhecidos aos pais, devem servir para o desenvolvimento da personalidade dos filhos, e por tal motivo, o conjunto de poderes-deveres reconhecidos, destaca o dever relativo à formação moral do menor.

No tocante aos bens dos filhos menores, cabe aos pais a administração dos bens, conforme disciplina o artigo 1.689 do Código Civil: “*Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.*”<sup>27</sup>

O entendimento de Ana Maria Milano Silva, é de que:

Evidentemente, por se tratar apenas de direito de administração não é dado aos pais o direito de alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (...).<sup>28</sup>

Portanto, o filho menor tendo bens de sua titularidade, cabe aos pais, detentores do poder familiar, a administração dos bens, e, se autorizados, podem utilizar a renda deste bem para o custeio da saúde e educação dos filhos.

Todavia, no artigo 1.634, VII do Código Civil, há previsão legal de determinadas condutas dos filhos em relação aos pais, os quais devem ter obediência e respeito com seus pais, assim como podem prestar serviços próprios a sua idade e condição. Também, é previsto no artigo 1.696 do Código Civil, que os filhos também possuem o dever de pagar alimentos aos seus pais.<sup>29</sup>

### 2.3 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

---

<sup>26</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. Op cit., p. 52.

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)> Acessado em:10/07/2018.

<sup>28</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008. p. 28.

<sup>29</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p.52.

A suspensão do poder familiar ocorre através de medida judicial, e está previsto no artigo 1.637 do Código Civil, e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê o procedimento de suspensão, nos artigos 24, e 155 a 163.

A suspensão é medida menos gravosa, e corresponde a uma limitação imposta aos pais ou apenas a um deles, através de determinação judicial por um prazo estipulado, visando a proteção do filho, em consequência do não cumprimento das obrigações e deveres do detentor do poder familiar.

Maria Helena Diniz, assevera que a suspensão do poder familiar é:

Sanção que visa preservar os interesses do filho, privando o genitor, temporariamente, do exercício do poder familiar, por prejudicar um dos filhos ou alguns deles; retorno ao exercício desse poder uma vez que desaparecida a causa que originou tal suspensão.<sup>30</sup>

A suspensão da função parental poderá ocorrer nos casos previstos no artigo 1.637<sup>31</sup> do Código Civil, cujo objetivo é preservar os interesses do menor, enquanto estiverem presentes os motivos ensejadores da suspensão. Assim, a partir do momento que não existir mais as causas previstas para a suspensão do poder familiar, a mesma é interrompida, e os pais ou apenas um deles, retornar ao exercício do poder familiar.<sup>32</sup>

Este rol não é taxativo, devendo ser analisado pelo magistrado no caso concreto, e, sendo verificado que os pais não estão cumprindo com seus deveres e obrigações legais, deverá ser aplicada a suspensão do poder familiar, em prazo a ser estipulado pelo magistrado.

Ocorrendo a suspensão do poder familiar, os pais suspensos poderão exercer seu direito de visitas, assim como será devido o pagamento de alimentos.

---

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 572.

<sup>31</sup> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

<sup>32</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: direito de família**. Vol. 5. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 259.

A suspensão tem caráter temporário, e poderá ser aplicada de forma total ou parcial, neste caso, sendo aplicado apenas em relação a determinados atos dos detentores do poder familiar. Silvio Rodrigues explica:

Ademais, a suspensão pode referir-se apenas ao filho vitimado e não a toda prole; bem como abranger a somente algumas das prerrogativas do poder familiar; assim, se o pai cuida mal do patrimônio de um filho que recebeu deixo testamentária, mas por outro lado educa este e os outros com muita proficiência, pode o juiz suspendê-lo da administração dos bens desse filho, permitindo que conserve intocado o poder familiar no que concerne aos outros poderes e aos outros filhos.<sup>33</sup>

Os detentores do poder familiar, podem ingressar com medidas judiciais para evitar a suspensão do poder familiar e/ou para assegurar o exercício do direito de visitas.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a falta ou carência de recursos materiais não ensejam motivos para a suspensão do poder familiar, e, não existindo outro motivo que justifique a suspensão do poder familiar, o filho será mantido com sua família de origem, devendo esta família ser incluída nos programas oficiais de auxílio.

## 2.4 PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

A perda ou destituição do poder familiar, ocorre nos casos enumerados no artigo 1.638 do Código Civil<sup>34</sup>. E, um dos pais, cometendo uma das atitudes elencadas neste artigo, sofrerão a perda ou destituição do poder familiar, sendo em regra permanente e abrangendo toda a prole.

A perda ou destituição do poder familiar, é medida imposta por sentença judicial. A ação poderá ser promovida pelo pai ou pela mãe, pelo parente do menor, ou pelo próprio menor se maior de 16 anos, ou pela pessoa a quem se confiou a guarda ou ainda, pelo representante do Ministério Público.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008. p. 369

<sup>34</sup> 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.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2015. p.527.

Todavia, a destituição do poder familiar não é uma sanção imposta aos pais, mas sim uma forma de proteção a integridade física do menor. Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa dispõe que:

De certo modo se pode pensar que, nos casos de perda do pátrio poder, o legislador reconhece que seu titular não está capacitado para exercer tão alta função, de modo que, para o bem dos filhos, o destitui daquele encargo, no qual só excepcionalmente o readmitirá, depois de custosamente convencido de que as causas que anteriormente militavam ora foram removidas em definitivo.<sup>36</sup>

Os excessos são tipificados no Código Penal Brasileiro, nos artigos 129<sup>37</sup> e 136<sup>38</sup>, correspondendo ao crime de maus tratos, ensejando uma ação penal pública. E, havendo sentença condenatória, conforme disposto no artigo 92, II<sup>39</sup> do Código Penal, haverá a perda do poder familiar.

Ressalta-se que a lei tolera castigos moderados e sensatos, os quais entende-se como necessários, dependendo da conduta do filho, todavia, são rechaçadas as explosões, a violência, que nada trazem de positivo, apenas induz a revolta e o aniquilamento do afeto, carinho e estima.<sup>40</sup>

Com o advento da Lei da Palmada, posteriormente chamada de Lei Bernardo, Lei nº 13.010/2014, foi acrescido o artigo 18-A<sup>41</sup> no Estatuto da Criança e

---

<sup>36</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184

<sup>37</sup> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

<sup>38</sup> Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

<sup>39</sup> Art. 92 - São também efeitos da condenação:

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

<sup>40</sup> <sup>40</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 26.

<sup>41</sup> Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)  
Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

do Adolescente, visando garantir que a educação e a criação dos menores, não sejam movidos a castigos físicos ou através de tratamento cruel.

Todavia, as proibições legais previstas, não são direcionadas apenas aos pais, abrangendo também os integrantes da família ampliada, “pelos responsáveis pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar das crianças e adolescentes, tratá-los, educa-los ou protegê-los.”<sup>42</sup>

Assim, sendo constatado pelo Conselho Tutelar a ocorrência de atos graves de descumprimento dos deveres, poderá aplicar de acordo com o caso, o encaminhamento ao programa de proteção à família, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação, obrigará o encaminhamento da criança ao tratamento especializado, ou ainda, poderá aplicar uma advertência. Ressalta-se ainda, que tais medidas poderão ser aplicadas em conjunto com outras providências legais, conforme disposto no artigo 18-B<sup>43</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É previsto no artigo 1638, II do Código Civil, que quando o genitor deixar o filho em abandono, perderá o poder familiar. Essa falta de cuidado, a ausência do pai ou da mãe, é ensejadora de responsabilidade civil, ainda que o genitor efetue o

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

a) sofrimento físico; ou (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

b) lesão; (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

a) humilhe; ou (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

b) ameace gravemente; ou (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

c) ridicularize. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

<sup>42</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

<sup>43</sup> Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

V - advertência. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

pagamento de alimentos. Outrossim, o descumprimento do dever de cuidado, não pode ter como resposta a perda do poder familiar, pois não estaria sendo concedido uma punição ao pai ou mãe que deixou de cumprir com seus deveres, sendo sim uma premiação.<sup>44</sup>

Quanto ao inciso III, do artigo 1.638 do Código Civil, deve ser analisado com cautela, em cada caso concreto, através de uma investigação promovida pelo titular do Juizado da Infância e Juventude, em conjunto com a equipe interdisciplinar, haja vista que a prática de uma profissão moralmente censurável, não significa que o pai ou a mãe não possuem condições para o exercício do poder familiar. Não havendo exposição da prole, não há que se falar em perda do poder familiar.

Ana Carolina Silveira Akel, dispõe que:

Embora haja necessário afastamento da prole em relação ao genitor que mantém condutas imorais e prejudiciais à educação e criação dos filhos, mais uma vez, há que se ponderar se a destituição, tida como caráter permanente, é a sanção mais adequada a ser imposta, uma vez que determinados desvios comportamentais podem ser superados.<sup>45</sup>

Tem-se também, que a prática reiterada das hipóteses elencadas no artigo 1.637 do Código Civil, ou seja, das causas de suspensão do poder familiar, poderá ensejar na perda em definitivo do exercício do poder familiar.

Ocorrendo a perda do poder familiar, não encerra automaticamente o direito de alimentos da prole. Se, na sentença que destituir o poder familiar determinar, deverá o progenitor continuar atendendo as necessidades materiais do filho.<sup>46</sup>

Quanto a destituição ou perda do poder familiar, temos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. FALTA DE ESTRUTURA FAMILIAR E DESCUIDO. ÔMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. (...) 2. A destituição do poder familiar foi decretada à luz do melhor interesse das crianças em proteção e com amparo em substrato fático suficiente, inexistindo afronta aos artigos 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.638 do Código Civil. (...) (STJ - EDcl no REsp: 1631840 MS 2016/0138797-8, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 29/08/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/09/2017)

---

<sup>44</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28.

<sup>45</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.51.

<sup>46</sup> RIZZARDO, Amaldo. **Direito de família**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 549.

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. (...) 3. Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. 4. Ressalvada a existência de situações de evidente risco para os menores, nos processos em que haja disputa pela custódia física de uma criança, devem ser evitadas determinações judiciais de alterações de guarda e, conseqüentemente, de residência das crianças ou adolescentes, para preservá-las dos fluxos e refluxos processuais. 5. Agravo na medida cautelar provido, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelos agravantes, com determinação de imediata busca e apreensão de L.V.M., e sua restituição ao lar do agravante. (STJ - AgRg na MC: 18329 SC 2011/0185917-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 20/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RAZÕES QUE NÃO ALTERAM O ENTENDIMENTO FIRMADO NA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ART. 148, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ABANDONO DO ADOTANDO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07/STJ. (...) 3. Caso concreto em que não houve alegação de vício a inquinar o depoimento do menor, bem como o consentimento deste ao pedido de adoção foi atestado nos relatórios dos estudos sociais realizados. 4. Reconhecido nas instâncias ordinárias, com base nos fatos e provas dos autos, o abandono do adotando pelo seu genitor, a pretensão de revisão deste entendimento esbarra no óbice da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ - AgRg no REsp: 1099959 DF 2008/0234034-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 15/05/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2012)

De acordo com o artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar, deverá ser averbada na certidão de nascimento do menor. Portanto, a perda ou suspensão do poder familiar, são medidas que só podem ser decretadas através de processo jurisdicional contencioso, e não meramente administrativo, devendo ser respeitado o contraditório, conforme o procedimento previsto nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em razão da gravidade, a destituição do poder familiar, só deverá ser decidido quando houver perigo permanente a segurança e a dignidade da prole. Já a

suspensão do poder familiar, deve ser aplicado preferencialmente a perda do poder familiar, desde que haja possibilidade de recomposição dos laços de afetividade.<sup>47</sup>

## 2.5 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção do poder familiar, de acordo com o artigo 1.635 do Código Civil, ocorre: com a morte dos pais ou do filho, não existindo mais a relação jurídica do poder familiar; com a emancipação do filho, o qual adquire a capacidade civil antes da maioridade civil, não se submetendo mais ao poder familiar. O mesmo ocorre quando o filho atinge a maioridade civil, qual seja, 18 anos; com a adoção, que extingue o poder familiar dos pais biológicos, sendo transferido aos pais adotantes, e, caso ocorra o falecimento dos pais adotantes, não ocorre a restituição do poder familiar aos pais biológicos, sendo nomeado um tutor ao menor; e, por fim, por decisão judicial, de acordo com as hipóteses previstas no artigo 1.638 do Código Civil.

## 2.6 PODER FAMILIAR APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL

É cediço que enquanto os pais vivem juntos, a guarda e por consequência o poder familiar, é exercido por eles em igualdade de condições, conforme é imposto pelo artigo 1.566, IV do Código Civil. Ainda, as relações paterno-filiais não serão alteradas com a ruptura da vida conjugal, conforme disciplinam os artigos 1.579, 1.632 e 1.636 do Código Civil, e o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>48</sup>

Portanto, havendo a ruptura a sociedade conjugal, não haverá qualquer alteração em relação ao exercício do poder familiar. Neste sentido, afirma Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

Durante o casamento, os pais estão legalmente investidos dos mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Quando não estiverem mais juntos, encerrarão os papéis de marido e mulher ou companheiros em relação um ao outro, porém os papéis de pai e mãe continuam a existir, com todos os

---

<sup>47</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

<sup>48</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.97.

seus direitos e responsabilidades sobre os filhos, salvo se alguma razão especial dite o contrário em benefício do interesse da criança.<sup>49</sup>

Assim, ocorrendo o divórcio ou a dissolução da sociedade conjugal, os pais conjuntamente continuam sendo os detentores do poder familiar. Nesse sentido, disciplina o artigo 1.632<sup>50</sup> do Código Civil, que ainda que seja definida a guarda unilateral, quem não detém a guarda, não ocorre qualquer alteração em relação ao poder familiar.

É notório que a ruptura da vida conjugal, é o principal motivo de discussão da guarda de filhos, todavia, deve prevalecer a igualdade de direitos e deveres entre os pais, uma vez que é direito dos filhos terem suas necessidades por eles atendidas.<sup>51</sup>

Fernanda Rocha Lourenço Levy, aduz que:

(...) no caso de ruptura do casamento ou da união estável, diante da impossibilidade do exercício em conjunto, há divisão do exercício do poder familiar entre o pai e a mãe. A maneira como parte deste exercício é atribuída a cada genitor pode variar de acordo com (...) o modelo de guarda adotado consensualmente ou estabelecido judicialmente (...).<sup>52</sup>

Assim, ainda que o genitor não tenha a guarda, o poder familiar não é alterado, pois a guarda não define a quem pertence o poder familiar, todavia, quem detém a guarda continua do filho, acaba por ter que exercer a maioria dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar, tais como, guarda, educação, saúde, criação, cabendo ao outro genitor o poder-dever de fiscalização e visitas.<sup>53</sup>

O rompimento da vida conjugal dos pais, sendo ou não casados, torna evidente o exercício em separado da autoridade parental. Portanto, a dissolução da sociedade conjugal ou fática, não importa na dissolução da relação parental, uma vez que os laços de afeto, direitos e deveres ainda subsistem, ainda que sejam modificados, apenas para adaptar-se ao rompimento conjugal. Quem detém a guarda continua, aplicará em toda a sua extensão o poder familiar, enquanto que ao

<sup>49</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.

<sup>50</sup> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

<sup>51</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.32.

<sup>52</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81-82.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 82.

outro, que detém a guarda descontinua, não exercerá o poder familiar na mesma intensidade, na mesma medida que o outro, assim, pode-se dizer que os poderes que cada um dos pais passará a ter, será desigual.<sup>54</sup>

Waldyr Grissard Filho explica que:

Na pós-ruptura, o genitor que obtenha a guarda assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro de ter uma adequada comunicação como filho e supervisionar sua educação. Há assim, uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não guardião.<sup>55</sup>

Conclui-se, portanto, que com a ruptura da sociedade conjugal, ocorre apenas o rompimento pessoal existente entre os pais, não havendo a ruptura entre pai/mãe e filho, permanecendo o poder familiar aos pais, todavia, em caráter de desigualdade, afinal, quem detém a guarda continua possui o pleno exercício do poder familiar, quanto ao outro, cabe o exercício do poder familiar na mesma intensidade.

### 3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AS RELAÇÕES PATERNO FILIAIS

#### 3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA

O princípio constitucional que trouxe uma profunda alteração no direito de família, é o princípio da igualdade entre homem e mulher, entre os filhos e entidades familiares.<sup>56</sup> De acordo com o princípio de igualdade e direito à diferença, homens e mulheres exercem de forma mútua os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, a sociedade conjugal e ao bem estar dos filhos. Não há mais que se falar em preferência entre um dos cônjuges para a obtenção da guarda dos filhos, sendo proporcionado a ambos o exercício de forma igualitária, e quando possível, exerçam simultaneamente, preservando aos filhos o direito de convivência familiar, ainda que tenha ocorrido a separação do casal.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> GRISSARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.105.

<sup>55</sup> *Ibidem*. p.105-106.

<sup>56</sup> LÓBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

<sup>57</sup> DIAS Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 10.ed. São Paulo: RT, 2015.p. 48.

Anteriormente, havia uma distinção entre família legítima e ilegítima, onde a família legítima era aquela advinda do matrimônio, e por consequência, os filhos legítimos eram somente aqueles advindos do casamento. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ter a igualdade entre os cônjuges, os companheiros, e entre os filhos de qualquer origem, não havendo também qualquer distinção entre os filhos tidos dentro ou fora do casamento, entre os filhos biológicos ou não biológicos. Também, houve o reconhecimento das uniões estáveis, seja ela entre heterossexuais ou homossexuais, essas, reconhecidas pelos tribunais, que são atualmente um novo modelo de família no Brasil.<sup>58</sup>

O princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988, trata de três principais situações em que a desigualdade de direitos era constante, quais sejam, entre os cônjuges, entre os filhos e entre as entidades familiares. Nas palavras de Paulo Lôbo:

O simples enunciado do §5º do art. 266 traduz intensidade revolucionária em se tratando do direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo home e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O §6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, o por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O *caput* do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.<sup>59</sup>

No entanto, o princípio da igualdade, não é de aplicabilidade absoluta, havendo limitações, desde que não seja violado o seu núcleo. A título exemplificativo, tem-se a questão dos filhos adotivos, os quais possuem os mesmos direitos que os filhos tidos dentro do casamento, mas, ao contrário destes, os adotados são impedidos de casar-se com parentes consanguíneos, oriundos da família biológica, ainda que tenha ocorrido o rompimento familiar proveniente da adoção. Tem-se também, a situação da mulher, que no período de 10 meses após a dissolução do casamento ou da união estável ou da viuvez, estaria em uma causa

---

<sup>58</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

suspensiva de novo matrimônio ou união estável, para que não haja dúvida sobre a paternidade de filho, caso o parto ocorra neste prazo.<sup>60</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, aplicou o princípio da igualdade quando da fixação da verba alimentícia em favor do filho, considerando que os filhos são iguais, e por tal razão, não deverá haver a distinção entre a fixação de alimentos para um ou para outro filho, assim como deve ser considerado o princípio da igualdade, também em relação aos pais, haja vista que ambos devem contribuir com a manutenção e sustento filhos. Veja-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. **DIFERENÇA DE VALOR OU DE PERCENTUAL NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS ENTRE FILHOS. IMPOSSIBILIDADE, EM REGRA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE FILHOS**, TODAVIA, QUE NÃO POSSUI CARÁTER ABSOLUTO. POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR A REGRA QUANDO HOUVER NECESSIDADES DIFERENCIADAS ENTRE OS FILHOS OU CAPACIDADES DE CONTRIBUIÇÕES DIFERENCIADAS DOS GENITORES. **DEVER DE CONTRIBUIR PARA A MANUTENÇÃO DOS FILHOS QUE ATINGE AMBOS OS CÔNJUGES**. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COGNIÇÃO DIFERENCIADA ENTRE PARADIGMA E HIPÓTESE. PREMISSAS FÁTICAS DISTINTAS. (...) 3- **Do princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, deduz-se que não deverá haver, em regra, diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados a prole, pois se presume que, em tese, os filhos - indistintamente - possuem as mesmas demandas vitais, tenham as mesmas condições dignas de sobrevivência e igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana.** (...) 5- Na hipótese, tendo sido apurado que havia maior capacidade contributiva de uma das genitoras em relação a outra, é justificável que se estabeleçam percentuais diferenciados de alimentos entre os filhos, especialmente porque é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. (...) 7- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (STJ - REsp: 1624050 MG 2016/0082436-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2018) (Grifou-se)

Ainda, quanto a fixação da guarda, também deve ser respeitado o direito a igualdade entre os pais, e, com a fixação da guarda compartilhada, respeita-se a igualdade entre os genitores possibilitando que ambos exerçam em prol de igualdade o poder familiar. Nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA – INVIABILIDADE – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. (...) não obstante os problemas associados a uma separação mal resolvida que resultou em desentendimentos entre o ex-casal, **ambas as partes estão comprometidas com o bem estar da menor e possuem condições de**

<sup>60</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

**manter um diálogo mínimo (que, por certo, deverá ser melhorado), acerca dos interesses na filha. (...) A guarda conjunta confere a ambos os pais uma igualdade jurídica para o exercício do poder parental, (...)** 4. Publiquem. Brasília, 8 de fevereiro de 2018. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (STF - ARE: 1101722 RJ - RIO DE JANEIRO 0004767-17.2012.8.19.0209, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: DJe-028 16/02/2018) (Grifou-se)

É cediço que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é de que a guarda compartilhada deve ser aplicada como regra, independentemente do consenso entre os pais, permitindo que ambos possam exercer o poder familiar de forma simultânea, garantindo aos pais, em prol de igualdade o exercício dos deveres e direitos, e garantindo aos filhos a possibilidade de ter a convivência e a assistência necessária para a formação psicológica.<sup>61</sup>

Portanto, o princípio da igualdade e o direito as diferenças, são norteadores das relações familiares, haja vista que deve ser respeitada a igualdade entre os pais, entre o homem e mulher, e, a igualdade entre os filhos, todavia, sempre devendo ser respeitadas as diferenças que cada um pode apresentar.

### 3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

De acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual detém força de lei no Brasil desde 1990, o princípio do melhor interesse da criança deve ser visto como prioridade, tanto para o Estado, quanto para a sociedade e para a família, sendo visto o menor como uma pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Atualmente o pátrio poder não é visto como sendo em função do pai, mas sim sendo em função e no interesse do filho. Ressalta-se que a base deste princípio é a ideia de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, não sendo apenas um objeto de intervenção jurídica e social.<sup>62</sup>

O princípio do melhor interesse, possui previsão no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que deve prevalecer o interesse do menor em todas as decisões proferidas pelo magistrado, de forma a atender a sua dignidade e integridade como pessoa em desenvolvimento. Portanto, o referido princípio é de prioridade e não de exclusão, portanto, “*além de servir de regra de*

---

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.48.

<sup>62</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

*interpretação e de resolução de conflitos entre direitos, deve-se ressaltar que ‘nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode ser considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança’.*<sup>63</sup>

Para Luiz Edson Fachin, esse princípio é

Um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.<sup>64</sup>

O Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio do melhor interesse do menor, em um caso de adoção, no qual o menor ficou com os adotantes por 8 meses, e estes não estavam cadastrados na lista de adoção, devendo ser respeitado o vínculo socioafetivo. Veja-se:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 853.694 - RN (2016/0019856-0)  
RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE : (...) DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. **INOCORRÊNCIA DE CADASTRO PRÉVIO EM LISTA DE ADOÇÃO. CAUTELA VENCÍVEL. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO MESMO SEM A ESPECIALIZAÇÃO DO CADASTRAMENTO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA.** (...) Confirmam-se os seguintes julgados: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PRETENDENTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE ADOTANTES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA CRIANÇA COM A PRETENSA ADOTANTE NÃO CADASTRADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.** (REsp 1628245/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 15/12/2016) DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. 1. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. (...). 2. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. 3. RECURSO IMPROVIDO. (...) 3. Com efeito, **no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer.** (...). (REsp 1423640/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014) (...) Brasília (DF), 27 de junho de 2017. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora. (STJ - AREsp: 853694 RN 2016/0019856-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 01/08/2017)(Grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. **ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PRETENDENTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE ADOTANTES. IMPOSSIBILIDADE**

<sup>63</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.125, 1996 *apud* PEREIRA, 2009, p.57

**JURÍDICA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA CRIANÇA COM A PRETENSA ADOTANTE NÃO CADASTRADA . RECURSO ESPECIAL PROVIDO"** (REsp 1.628.245/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 15/12/2016) (Grifou-se).

**CIVIL. ADOÇÃO. RETRATAÇÃO DA GENITORA A CONSENTIMENTO PARA ADOÇÃO POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. VALIDADE. LONGO CONVÍVIO DA CRIANÇA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** 1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser asseguradas condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. À luz desse comando principiológico, a retratação ao consentimento de entrega de filho para adoção, mesmo que feito antes da publicação da sentença constitutiva da adoção, não gera direito potestativo aos pais biológicos de recuperarem o infante, mas será sopesado com outros elementos para se definir o melhor interesse do menor. 3. Apontando as circunstâncias fáticas para o significativo lapso temporal de quase 04 (quatro) anos de convívio do adotado com sua nova família, e ainda, que não houve contato anterior do infante com sua mãe biológica, tendo em vista que foi entregue para adoção após o nascimento, deve-se manter íntegro o núcleo familiar. 5. Recurso especial não provido" (REsp 1.578.913/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) (Grifou-se)

Outrossim, o princípio do melhor interesse do menor é a diretriz determinante para as relações do menor com seus pais, sejam eles biológicos ou afetivos, com a família, com a sociedade e com o Estado.<sup>65</sup> E, nestas relações o que deve prevalecer não é a letra fria da lei, e sim o que for melhor para o menor, o que respeite o menor como pessoa dotada de direitos, tendo seus interesses como prioridade.

### 3.3 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio da convivência familiar é tido como um direito fundamental, que visa garantir a criança a convivência duradoura com as pessoas que compõe o grupo familiar, seja por laços de parentesco ou não, sendo a referência um ambiente comum, o local onde o grupo familiar se sente acolhido e protegido.<sup>66</sup> Portanto, é direito do menor, crescer em um ambiente em que possam conviver em harmonia e em companhia de seus entes, visando a boa formação de seu caráter e identidade.

Esse princípio vai além do poder familiar, haja vista que, ainda que os pais estejam separados, os filhos continuam tendo o direito a convivência familiar com

<sup>65</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

<sup>66</sup> Idem, p. 68.

cada um deles, não podendo haver qualquer impedimento de um ou de outro, impondo restrições infundadas. Portanto, o direito a convivência com o filho, é um direito recíproco dos pais e dos filhos, não havendo que se falar que é um direito limitado as visitas estabelecidas judicialmente.

Ressalta-se que, a convivência familiar não ocorre apenas com a família nuclear, a qual seria composta pelos pais e filhos, mas também pode ter abrangência aos avós e também aos tios.

Portanto, deve-se respeitar a individualidade do menor, o qual está em desenvolvimento e em formação do seu caráter e identidade, permitindo a manutenção do seu convívio familiar, permitindo além do convívio com seus pais, que também se sinta emocionalmente acompanhado pelos demais familiares.

## 4 DEMAIS MODALIDADES DE GUARDA DE FILHOS

### 4.1 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos genitores ou alguém que o substitua, sendo estabelecido o regime de convivência do outro que não detém a guarda.

A previsão legal para a guarda unilateral, está no artigo 1.583, §1<sup>o</sup><sup>67</sup> do Código Civil.

A guarda unilateral pode decorrer do consenso entre os genitores, no entanto, os pais devem ser cientificados sobre o significado e a importância da guarda compartilhada. Portanto, a fixação da guarda unilateral, ocorrerá quando um dos genitores declarar em juízo que não possui interesse em obter a guarda do filho. Todavia, apenas um dos genitores não concordando com a guarda compartilhada, esta pode ser decretada de ofício ou a requerimento do Ministério Público.<sup>68</sup>

Ocorrendo a ruptura da união entre os pais, o que tiver a guarda unilateral, assume todos os direitos e deveres que antes eram compartilhados, permanecendo

---

<sup>67</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).  
§ 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.

<sup>68</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.524.

ao genitor que não possui a guarda, o direito de supervisão da educação e dos interesses do filho, assim como a manutenção de uma comunicação efetiva, podendo solicitar informações e até mesmo a prestação de contas, relativas a assuntos que possam interferir psicologicamente, fisicamente e ainda na educação do menor, haja vista que a não obtenção da guarda não gera a perda do poder familiar, uma vez que são institutos distintos, sendo que este não se extingue com a fixação da guarda a apenas um dos genitores.

Ressalta-se que, qualquer estabelecimento de ensino, seja público ou privado, é obrigado a prestar informações sobre a frequência e o rendimento do aluno, assim como sobre a proposta pedagógica, a qualquer um dos pais, ainda que não detenha a guarda, sob pena de multa no valor de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 por dia, até o fornecimento das informações, conforme disciplina no artigo 1.584, §6º do Código Civil.

Segundo Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas,

(...) guarda exclusiva é uma modalidade de guarda em que os filhos permanecem sob os cuidados dos pais, aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança. (...) o genitor não guardião deve visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e educação (...).<sup>69</sup>

Antes do advento da lei nº 13.058/2014, prevalecia no Brasil a fixação da guarda unilateral, sendo fixada para quem detinha a proximidade diária com o filho, a quem tinha uma maior aptidão para propiciar mais afeto e melhores condições para exercer a guarda. Neste sentido, Ana Carolina Silveira Akel dispõe que:

(...) a guarda dos filhos, (...) sempre coube a apenas um dos genitores, (...) sempre se reconheceu como certa a utilização da denominada guarda única, (...) na qual a criança é colocada sob guarda de um dos pais, que exercerá uma relação contínua como filho, enquanto o outro, adstrito apenas a visitas, mantém relações mais restritas, descontínuas e esporádicas com o/a filho/a, propiciando o afastamento entre eles.<sup>70</sup>

No entanto, quanto a fixação do direito de visitas, essas não são estipuladas em lei. O período de convívio não possui uma previsão legal, e, não havendo um consenso entre os pais, as mesmas devem ser fixadas pelo juiz. Todavia, “a *guarda*

<sup>69</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 24

<sup>70</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. . ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.

*unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.*<sup>71</sup>

Outrossim, no momento da fixação do direito de visitas, deve sempre ser levado em conta o melhor interesse da criança, sendo preferencialmente ampliado o convívio do filho com quem não detém a guarda.

No entanto, ainda que atualmente a guarda compartilhada seja a regra, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a guarda unilateral deve ser fixada no caso do relacionamento entre os genitores, não permitir um diálogo mínimo para obter um consenso sobre o que é melhor para o filho.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.354 - MG (2018/0163253-6)  
RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE : F  
M G ADVOGADO : ROMILSON FONSECA MOURA - SP228662  
AGRAVADO : A C S M ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS DECISÃO (...). Da atenta leitura de todos os  
documentos que instruem o processo, **constata-se que, realmente, a  
relação entre os genitores é conflituosa e tal circunstância, inclusive,  
vem afetando a menor, que se vê dividida, porquanto não sabe a  
quem deve agradar, se a mãe ou se o pai.** (...) Nesse ínterim,  
considerando que apenas autorizar a maior participação do pai na vida da  
filha menor não significa que o interesse da criança será priorizado,  
especialmente quando se pode perceber que a guarda compartilhada  
geraria mais transtornos para a infante, incrementando as constantes  
brigas dos genitores, eis que a ampliação da convivência sempre se faz  
acompanhada por maiores pontos de tensão, ao menos na atual fase da  
vida da criança, **a permanência desta com a mãe se mostra mais  
adequada.** (...) **Diante dessas considerações, ao menos a princípio,  
entendo que a guarda deve ser mantida com a mãe, resguardado ao  
genitor o direito de visitas,** conforme estipulado em acordo firmado entre  
eles em 23/11/2011. (...) (STJ - AREsp: 1320354 MG 2018/0163253-6,  
Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ  
14/08/2018) (Grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA  
COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR.  
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ART. 1.584, § 3º, DO CC/2002.  
INTERESSE DA PROLE. SUPERVISÃO. DIREITO DE VISITAS..  
IMPLEMENTAÇÃO. CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. AMPLIAÇÃO.  
POSSIBILIDADE. ALIENAÇÃO PARENTAL. PRECLUSÃO. 1. A  
implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos  
genitores. 2. **As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a  
implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do  
princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio,  
sua efetivação.** (...) 4. Possibilidade de modificação do direito de visitas  
com o objetivo de **ampliação do tempo de permanência do pai com a  
filha menor.** 5. A tese relativa à alienação parental encontra-se superada

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.525.

pela preclusão, conforme assentado pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1654111/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017)(Grifou-se)

É certo que com a ruptura do vínculo conjugal, é inquestionável e indiscutível que o convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento emocional dela de forma saudável, sem contar que os deveres dos genitores não se alteram com o final do casamento. Assim, ao fixar a guarda unilateral, visando a preservação do melhor interesse da criança, também deve-se observar a ampliação do convívio do filho com o genitor que não possui a guarda, permitindo sempre que os pais continuem no pleno exercício do seu poder familiar.

#### 4.2 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada, nada mais é que a divisão do tempo do filho com ambos os genitores. Seria estabelecer o período de tempo que o menor ficará com a mãe, e posteriormente com o pai. Por exemplo, os pais acordam que o filho ficará uma semana na casa da mãe, e posteriormente uma semana na casa do pai, e assim alternadamente e sucessivamente. Nesta modalidade de guarda, há uma divisão equitativa do tempo com o menor, e também das responsabilidades e dos poderes parentais, sendo certo que, aquele que estiver no seu período de convivência exclusiva, neste tempo exerce a guarda exclusiva do filho, sendo concedido ao que não está com o menor, o exercício do direito de visitas.

Nas palavras de Jorge Augusto Pais de Amaral,

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se.<sup>72</sup>

Na doutrina, encontra-se muitas críticas a respeito da aplicação da guarda alternada, em razão da não preservação de uma referência de um lar para o menor, não permitindo que se sinta seguro e estável, não sendo preservado o bem estar da criança.

---

<sup>72</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997. p.168.

Ana Carolina Silveira Akel aduz que,

(...) essa alternatividade promove total quebra da rotina e dos hábitos educativos da criança, não sendo fixado um lar para o menor que terá que se dividir em duas casas (...) propiciando, assim, uma instabilidade emocional que será consolidada com as constantes idas e vindas, chegadas e despedidas de um ou outro genitor.<sup>73</sup>

No entanto é possível verificar uma grande confusão entre a guarda alternada e a guarda compartilhada, desde a edição da Lei nº 11.698/2008, o que acabou por impossibilitar uma melhor aplicação da guarda compartilhada. A grande confusão surge no ponto de que consideram que o compartilhamento das obrigações, abrangia também a alternância de guarda, do período de convívio com o filho.

Em análise aos diversos julgados junto ao Superior Tribunal de Justiça, é possível identificar a existência da confusão ainda existente quanto a aplicação da guarda alternada e a compartilhada.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C GUARDA. **FIXAÇÃO DE DOMICÍLIO DO FILHO E DO REGIME DE CONVIVÊNCIA COM OS PAIS. GUARDA COMPARTILHADA DISTINTA DA GUARDA ALTERNADA.** MEDIDA IMPRESCINDÍVEL AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (STJ - AgInt no REsp: 1699243 SP 2017/0239427-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 28/08/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2018)(Grifou-se)

A guarda alternada, ainda que não seja a mais indicada, em razão de não propiciar uma referência de lar ao filho, ela é aplicada no caso de consenso entre os pais, permitindo uma convivência maior com ambos.

#### 4.3 GUARDA DE FATO

A guarda de fato é aquela que não está oficializada judicialmente, ela foi naturalmente estabelecida, e ocorre quando alguém sem a intervenção do poder

---

<sup>73</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

judiciário passa a cuidar do menor, mantendo-o sob seus cuidados, participando da sua educação, criação, fornecendo-lhe moradia.

No entanto, a situação fática da guarda de fato, pode ser regularizada, conforme previsto no artigo 33, §1º<sup>74</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou negativamente quanto a regularização da guarda fática, no caso de ação não contestada, mantendo a extinção do feito sem julgamento do mérito, por entender a ocorrência da falta de interesse de agir.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.440.175 - MT (2014/0043893-6) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI RECORRENTE : V C DOS S (...) APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - REQUERENTE: PAI DA MENOR - APELADA (MÃE DA MENOR) REVEL - ART. 1.583, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL - GUARDA UNILATERAL - EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR (ART. 267, VI, DO CPC)- AUSÊNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE / ADEQUAÇÃO - INTERESSE NÃO DEMONSTRADO - FALTA DE NECESSIDADE - OBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA - DESCONFORMIDADE COM PARECER MINISTERIAL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) **Sendo a guarda automática, decorrente de uma situação de fato natural, não havendo litígio ou contestação da parte apelada, sendo esta revel, ausente está o interesse de agir do apelante em razão da falta de necessidade de se socorrer do judiciário para ver satisfeita a sua pretensão.** Em todas as demandas envolvendo disputa ou discussão acerca da guarda de filho menor, há de se considerar o melhor interesse da criança. (...) **O recorrente pleiteia pela via judicial um direito que já tem, uma vez que a guarda de fato da menor já é exclusivamente sua. Assim, ausente a necessidade de se socorrer do judiciário para ver satisfeita a sua pretensão.** (...) Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial. Intimem-se. Brasília (DF), 17 de setembro de 2018. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora. (STJ - REsp: 1440175 MT 2014/0043893-6, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 19/09/2018) (Grifou-se)

No entanto, a ação para regularização da guarda fática sendo contestada, ou seja, não havendo concordância na manutenção da guarda fática pelos genitores, deve ser analisado o melhor interesse da criança, e, se for o caso, ser negada a aplicação da guarda compartilhada, mantendo a guarda fática, ainda que

---

<sup>74</sup> Art. 33. 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. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros

a mesma seja a unilateral. Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.108.312 - SP (2017/0122859-0)  
RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE : A  
C S ADVOGADO : JOÃO GIMENEZ FILHO - SP294365 AGRAVADO : E A  
B ADVOGADO : ADRIANA CRISTINA ZUCHI BOSCHESI - SP170706  
INTERES. : A S B (MENOR) DECISÃO (...) Além disso, importante  
ressaltar que ainda que o menor tenha expressamente exposto sua  
preferência em permanecer com a mãe, sem apresentar justificativa para  
tanto, **verifica-se que o pai possui melhores condições de permanecer  
com o filho**, podendo o menor conviver com seus irmãos e, também,  
conviver com a mãe, considerando as visitas estabelecidas. (...) Quanto ao  
pedido de fixação da guarda compartilhada, cumpre consignar que, não  
obstante o advento da Lei 13.058/2014, que alterou o Código Civil,  
entende-se que **diante da situação apresentada, melhor atende ao  
interesse do menor a atribuição da guarda ao autor**. (...) Ademais, a  
**determinação judicial de guarda**, nesse contexto, **apenas regularizou  
situação de fato e de rotina que já era vivenciada pela criança, não  
havendo nenhuma evidência no sentido de que o exercício da guarda  
como no estado atual seja prejudicial aos interesses da criança**. (...)  
(STJ - AREsp: 1108312 SP 2017/0122859-0, Relator: Ministro ANTONIO  
CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 17/08/2018)(Grifou-se)

Portanto, a guarda de fato é aquela exercida naturalmente, sem a ocorrência de qualquer intervenção do poder judiciário, sendo também preservado o poder familiar. Todavia, havendo a necessidade de sua regularização, a mesma poderá ser mantida, desde que preservado o melhor interesse da criança e do adolescente.

#### 4.4 GUARDA POR NIDAÇÃO

A guarda por nidação não é um modelo muito comum, na qual o menor possui a residência fixa, havendo a rotatividade dos genitores, sendo que cada um permanece por um período de tempo na mesma residência com o filho. A vantagem nesta modalidade de guarda é que a criança não precisará alternar entre a residência materna ou paterna, tendo apenas um lar.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer proibição quanto a aplicação de tal modalidade de guarda. Todavia, possui um alto custo haja vista que

os pais terão que manter uma casa para sua moradia e ainda manter a moradia do filho, o que acaba por tornar tal modalidade não muito utilizada.<sup>75</sup>

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, a guarda por nidação:

Traz consigo o sentido de que os filhos permaneceram no “ninho”, e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos genitores ficará com os filhos na residência original do casal. 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>76</sup>

É fundamental que haja um consenso entre os pais para a efetividade da guarda por nidação. Assim, o juiz poderá homologar a fixação desta modalidade de guarda, afinal, o filho permanecerá no lar no qual convivia com seus pais, vivenciando uma estruturação e corresponsabilidade que por certo, lhe trarão ótimos frutos.<sup>77</sup>

#### 4.5 GUARDA ORIGINÁRIA E DERIVADA

A guarda originária é aquela advinda da filiação, ou seja, dos pais em relação aos filhos menores e é integrante do poder familiar, garantindo ao filho o direito-dever de convivência com seus pais, assim como garante aos pais o direito-dever de convivência com seus filhos. Já a guarda derivada é aquela que advém da lei ou de decisão judicial, e é proveniente a quem exerce a tutela do menor, sendo que o tutor poderá ser nomeado pelos pais detentores do poder familiar, ou então são definidos pela consanguinidade, ou ainda, poderá haver nomeação pelo juiz, conforme disposto nos artigos 1.729 a 1.734 do Código Civil de 2002.<sup>78</sup>

Fernanda Rocha Lourenço Levy, aduz que *“a guarda é originária quando deriva do direito natural dos pais, da própria filiação, enquanto que a derivada é aquela que deriva da lei, como forma de substituição da família natural.”*<sup>79</sup>

<sup>75</sup> MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis. *In*: DELGADO, Mario; COLTRO, Mathias (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 121.

<sup>76</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.60.

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>79</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 47.

## 4.6 GUARDA PROVISÓRIA E DEFINITIVA

A guarda provisória é aquela definida em caráter temporário, enquanto fica pendente a instrução processual para a fixação da guarda em definitivo. A guarda provisória poderá ser definida em caráter de urgência, conforme previsto a partir do artigo 300 do CPC de 2015.

Conforme leciona Fernanda Rocha Lourenço Levy,

A guarda é provisória quando é temporária, deferida liminarmente a fim de emprestar juridicidade a uma situação fática emergencial. O deferimento da guarda é a título provisório, pressupondo um procedimento judicial em andamento ou que tomará curso, como, por exemplo, nos processos de separação judicial litigiosa, regulamentação do direito de guarda, adoção.<sup>80</sup>

A guarda definitiva, é aquela fixada de comum acordo pelas partes ou atribuída ao genitor litigante, no entanto, pode-se dizer que a guarda nunca é definitiva, uma vez que a mesma pode ser alterada a qualquer tempo, sempre sendo preservado o melhor interesse do menor.

É cediço que o ingresso de uma ação de guarda, acaba por iniciar uma disputa do menor, cabendo ao juiz fixar provisoriamente a guarda, a quem já exerce a guarda de fato, ou ainda, a quem demonstrar melhores condições em exercê-la provisoriamente. E, ao final da demanda, ou por consenso entre as partes ou por determinação judicial, é atribuída a guarda definitiva, que pelo nosso ordenamento jurídico, no caso de atribuição judicial, será ou guarda unilateral ou guarda compartilhada, uma vez que apenas essas duas modalidades de guarda são previstas em lei.

## 5 GUARDA COMPARTILHADA

### 5.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO AO DIREITO DE CONVIVÊNCIA

A guarda compartilhada visa garantir os interesses da prole, garantido que os pais, ainda que não conviventes maritalmente, atuem em conjunto em prol dos direitos e deveres inerentes aos filhos.

---

<sup>80</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

Com o rompimento da vida conjugal, a estrutura familiar acaba sofrendo um grande abalo, e por consequência, os pais deixam de exercer em conjunto os direitos e deveres inerentes aos filhos. No entanto, com o advento da guarda compartilhada, há um permissivo de que ambos os genitores mantenham uma proximidade física e imediata com os filhos, garantindo uma corresponsabilidade parental, fazendo com que ambos os pais tenham participação na educação e criação da prole, o que acaba não sendo concretizado com o simples exercício do direito de visitas. Assim, pode-se dizer que compartilhar a guarda é a melhor forma de demonstração do verdadeiro reflexo do poder familiar.<sup>81</sup>

#### Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a guarda compartilhada

nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *careandcontrol* (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody* (custódia).<sup>82</sup>

A guarda compartilhada foi inserida no nosso ordenamento jurídico com a Lei nº 11.698/2008, a qual modificou os artigos 1.583<sup>83</sup> e 1.584<sup>84</sup> do Código Civil, todavia, anteriormente ao advento da lei, ela já era muito praticada.

---

<sup>81</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 525.

<sup>82</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 266.

<sup>83</sup> 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.

§ 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.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

<sup>84</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Em 2006, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 335, o qual possui o seguinte teor: “A *guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar.*”

Mário Delgado, aduz a respeito da guarda compartilhada que

ao inseri-la no ordenamento, o legislador civil objetivou criar um novo modelo de exercício de guarda que enseja alterações nas relações paterno-filial e materno-filial, propiciando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor (...).<sup>85</sup>

A convivência familiar é prevista no artigo 227<sup>86</sup> da Constituição Federal de 1988, assim como também tem previsão no artigo 4º<sup>87</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, a convivência familiar era restringida ao mero período de visitas exercido pelo genitor que não detinha a guarda do filho. Assim, no pequeno período de convivência que o genitor não guardião tinha com sua prole, procurava tornar o mais divertido possível, enquanto que, o período que o guardião usufruía com a prole, acaba sendo o período de cobranças, regras e imposições. Assim, a prole acaba criando a imagem do não guardião como o genitor legal, e o guardião como o “chato”. E, acabava gerando uma disputa entre os genitores, na qual quem perde são os filhos, os quais ficam no meio da disputa, e na divisão entre seus progenitores, os quais acabam por usar seus filhos como uma “moeda de troca”, ou ainda, um “cabo de guerra”.<sup>88</sup>

---

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º 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>85</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada – uma nova realidade para o direito de família brasileiro**. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (Coord.). **Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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

<sup>88</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.120.

Assim, o que se preserva nesta modalidade de guarda, é a manutenção da igualdade entre os genitores, os quais possuem o poder familiar, na tomada de decisões que afetem seus filhos, é uma proposta de manter os laços de afetividade, visando não afetar os filhos com a inexistência de laços conjugais entre os genitores, preservando o melhor interesse dos menores.<sup>89</sup>

O exercício da guarda compartilhada, nada mais é que a preservação da igualdade entre os genitores, permitindo que aquele que não possui o contato diário com a criança, possa manter-se conectado fisicamente e emocionalmente, em razão da participação das decisões inerentes a vida do filho, atuando nas atividades cotidianas e não agindo apenas como um visitante.

Pode-se dizer que a guarda compartilhada visa unir a família mesmo após a ruptura conjugal, onde, via de regra, os filhos acabam ficando sob os cuidados diários maternos submetendo o pai a posição de uma figura secundária, nascendo um distanciamento entre o genitor e os filhos. Assim, com a aplicação da guarda compartilhada, será privilegiado o laço familiar, mantendo a criança em convívio igualitário tanto com o pai quanto com a mãe.<sup>90</sup>

Atualmente, a guarda compartilhada é vista como a modalidade ideal de guarda, uma vez que o interesse do menor sempre será o primordial, havendo um equilíbrio no poder familiar exercidos por ambos os pais, garantido a igualdade entre eles.

Ana Maria Milano Silva, define a guarda compartilhada como

(...) a guarda conjunta é um fator encorajador de cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas. Constatções essas que demonstram aos filhos que continuam a ser amados pelos pais e que [o afastamento] deles não enfraqueceu a ligação afetiva para com eles (...)<sup>91</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao advento da Lei nº 13.058/2014, já possuía o entendimento de que a guarda compartilhada deveria ser aplicada visando o melhor interesse dos filhos, preservando o pleno exercício do poder familiar, ainda que não houvesse consenso entre os pais. No entanto, no momento da sua aplicação, havia uma confusão com a guarda alternada, sendo

---

<sup>89</sup> ROSA, Conrado Paulino da. Op. cit. p.63.

<sup>90</sup> OLIVEIRA, José Francisco Brasília de. **Guarda Compartilhada, comentários a Lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008. p.68.

<sup>91</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno. 2008. p. 105.

fixada a alternância de residência do menor e divisão igualitária do período de convivência.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. **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. 2. **A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, (...) a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** (...). 5. 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. 6. **A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.** 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014) (Grifou-se)

Portanto, a aplicação da guarda compartilhada, visa a preservação do princípio da continuidade das relações entre pais e filhos, evitando exposições da criança ao conflito parental, a disputa pela guarda e convivência. Assim, com a aplicação da guarda compartilhada, observa-se também a redução da síndrome da alienação parental, a manutenção dos vínculos afetivos com ambos os genitores e demais familiares, mantendo a referência materna e paterna. Objetiva-se, portanto, a ideia de que independentemente do fim do relacionamento conjugal, não há que se falar em fim do relacionamento da família parental, ou seja, não ocorre a separação entre pais e filhos, uma vez que esses continuarão participando ativamente da vida dos filhos.

#### 5.1.1 A CONVIVÊNCIA APÓS A LEI Nº 13.058/2014

Em que pese a guarda compartilhada ter sido inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 11.698/2008, foi com o advento da Lei nº 13.058/2014, que a referida guarda passou a ser regra, e também, passou-se a ter uma ideia melhor do que é a guarda compartilhada, afastando a ideia de que a guarda compartilhada seria a aplicação da guarda alternada.

Segundo Waldyr Grisard Filho, a guarda compartilhada surge das seguintes considerações:

(a) O reequilíbrio dos papéis parentais, levando-se em conta o princípio da igualdade entre o homem e a mulher e o de (b) garantir respeito absoluto ao princípio do melhor interesse da criança, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária capaz de suprir todas as suas necessidades.<sup>92</sup>

Houve a alteração do disposto no §2º<sup>93</sup>, do artigo 1.583 do Código Civil, estabelecendo que a convivência dos pais com os filhos, deve ser equilibrada. A convivência proposta por esta modalidade de guarda, visa atender o melhor interesse da criança, atendendo as suas necessidades, no sentido de poder contar tanto com o pai, quanto com a mãe.

O objetivo da guarda compartilhada é a continuidade do exercício comum da autoridade parental, ou seja, a manutenção da atuação dos pais, nos moldes como era operado na constância da vida conjugal, havendo a preservação dos laços de afetividade, direitos e obrigações comuns. Assim, com a fixação da guarda compartilhada, as decisões a respeito dos filhos serão tomadas em conjunto entre os progenitores, o que não implica na divisão igualitária do tempo de convivência com cada um dos pais, não havendo confusão ou cisão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.<sup>94</sup>

Com a fixação da guarda compartilhada, deve-se estabelecer quem manterá a guarda física do filho, ou seja, com quem ele irá morar. Ainda, conforme disposto no §3º<sup>95</sup>, do artigo 1.583 do Código Civil, mesmo que os progenitores residam em cidades diferentes, a guarda compartilhada pode ser aplicada, sendo fixada como a moradia do menor, a cidade que melhor atender os seus interesses. Todavia, não havendo um consenso entre os pais, caberá ao juiz e ao representante do Ministério Público, através de uma perícia psicossocial, analisar qual será o melhor local de moradia para a criança. No entanto, também pode ser utilizado como referência para fixação da residência do menor, a localização da escola na qual estuda, uma vez

---

<sup>92</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais. *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Direito das famílias**. Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 419.

<sup>93</sup> § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

<sup>94</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.76.

<sup>95</sup> § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

que deve ser preservado a inalterabilidade da situação fática da criança, após a ruptura dos laços conjugais.

Após a fixação da residência base da prole, ocorre a fixação ao exercício do período de convivência ao genitor que não possui a custódia física. É certo, que ambos os pais devem possuir acomodação adequada ao filho em sua residência, para que ele possa entender que na residência dos seus pais, possui um espaço a ele destinado, sentindo que aquela casa também é sua. No entanto, o essencial para os filhos, é sentir-se amados e não bajulados financeiramente.<sup>96</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados tem estabelecido a guarda compartilhada como regra, sendo a mesma fixada ainda que não haja consenso entre os pais. Portanto, as situações de litigiosidade não servem mais de fundamento para a não fixação da guarda compartilhada, devendo ser preservado o melhor interesse da criança e o convívio equilibrado com os pais.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.675.518 - PA (2017/0128287-3) RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO (...) RECURSO ESPECIAL MANEJADO NA VIGÊNCIA DO NCP. FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. RECURSO DO GENITOR VISANDO A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. ART. 1584, § 2º, DO CC/02. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. **POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. DIREITO DE CONVIVÊNCIA DE FORMA EQUILIBRADA.** IMPLEMENTAÇÃO PELO JUIZ DA CAUSA. PRETENSÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 284 DO STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) **Em primeiro lugar, não se confunde direito de visitação com implementação de guarda compartilhada, pois são institutos diversos. (...) A legislação em regência também estipulou que o tempo de convivência dos filhos deve ser equilibrado entre a mãe e o pai, tendo em vista as condições fática e o interesse dos filhos, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo legal.** (...) Determino o retorno dos autos para que juiz da causa discipline a forma como se dará a guarda compartilhada, estabelecendo as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência **garantindo a distribuição de tempo entre eles de forma equilibrada, considerando os interesses dos filhos.** (...) Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de novembro de 2017. MINISTRO MOURA RIBEIRO Relator. (STJ - REsp: 1675518 PA 2017/0128287-3, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 21/11/2017)(Grifou-se)

O direito de convivência, também pode ser estabelecido com a responsabilidade de levar o filho para a realização de uma atividade extracurricular, leva-lo a uma consulta médica ou um tratamento contínuo. E, na hipótese de pais

<sup>96</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada.** 4. ed. Leme: Mizuno, 2015. p 107.

que residem em cidades diferentes, pode haver a fixação de dias e horários de convivência através de ferramentas *on line*, visando minimizar a distância física.

O direito de convivência é um direito do próprio filho, não sendo assegurado apenas aos pais. Ele visa reforçar os laços familiares, os vínculos com o pai e com a mãe, sendo dever dos genitores concretizar o direito de convivência. Ainda que a guarda seja atribuída a terceiro, o direito de convivência com os genitores deve ser preservado e aplicado de forma equilibrada. Mas, o direito de convivência não é exclusivo entre os pais e os filhos, sendo abrangente também aos demais familiares, ou seja, também abrange aos avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos, e também, abrange as uniões homoafetivas, ainda que o filho seja exclusivo do parceiro, visando sempre resguardar o elo existente entre o menor e o familiar, visando minimizar os efeitos da distância.<sup>97</sup>

#### 5.1.2 DAS LIMITAÇÕES DA CONVIVÊNCIA

O direito de convivência é constitucionalmente protegido, todavia, não é um direito absoluto, haja vista que o mesmo serve para o desenvolvimento sadio do filho, e, havendo qualquer fator que afete a relação sadia, o exercício do direito de convivência poderá ser suspenso, ou então, poderá ser exercido através de visitas supervisionadas.

O ambiente de criação dos filhos, deve ser um local livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, seja álcool ou drogas. Assim, havendo o envolvimento de um dos genitores com tais substâncias ou ainda de pessoas que convivam no ambiente familiar nesta condição, poderá acarretar a modificação do exercício do direito de convivência.

No entanto, a determinação da supervisão do exercício do direito de convivência, não é o mais recomendado, haja vista que ocorre a quebra da naturalidade da relação. Ainda, a presença de alguém supervisionando as visitas, na qualidade de um “espião” do progenitor ausente, poderá gerar litígios, vindo a prejudicar os filhos. No entanto, uma alternativa seria a realização de visitas em locais específicos, como por exemplo, supervisionado nas varas de família, sendo acompanhado por uma psicóloga, que também poderá avaliar a interação existente

---

<sup>97</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 532-533.

entre o menor e o progenitor, ou alternativamente, visando a celeridade da solução da questão, objetivando manter o convívio entre o genitor e o filho, poderá ser realizado em um consultório de psicologia particular, sendo as despesas rateadas entre os pais, ou então, custeado por aquele que está com limitação para ter acesso a prole.<sup>98</sup>

Outra hipótese para a limitação ao direito de convivência ocorre quando há indícios da ocorrência de abuso sexual, cuja limitação perdurará até que se possa verificar a veracidade das alegações. É cediço que essa prática é comum na aplicação de falsas memórias ao filho, o que advém da prática da alienação parental, a qual é aplicada pelo genitor alienador visando denegrir a imagem do outro genitor. Todavia, deve-se tomar cuidado com a ocorrência de alegação de abuso sexual, haja vista que o genitor que praticou o alegado abuso, poderá aproveitar a hipótese da síndrome de alienação parental, para o fim de algar que a animosidade do filho é decorrente da difamação proferida pelo progenitor que detém a guarda física.<sup>99</sup>

A suspensão ou restrição da convivência familiar, também é prevista na Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, a qual no artigo 22, IV, prevê que a mulher vítima de violência doméstica, dentre as medidas protetivas a ela concernentes, poderá solicitar perante a autoridade policial a limitação ao direito de convivência com os filhos. Todavia, a limitação só poderá ser aplicada após a manifestação da equipe multidisciplinar que atue perante o Juizado de Violência Doméstica, e, a ocorrência de um único episódio de violência contra a mãe, não gera a presunção de que o agressor seja um péssimo pai. Por tal razão, não pode ser confundida a insegurança da mulher, com a existência de um risco para a prole. Assim, a Lei Maria da Penha não pode ser utilizada pela mulher, como um instrumento de retaliação ao agressor, com o impedimento de convivência com os filhos.<sup>100</sup>

Em julgado recente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendeu por bem em aplicar a suspensão do direito de visitas ao genitor, em razão da sua agressividade, visando a preservação do melhor interesse da criança.

---

<sup>98</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.127.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 128-129.

<sup>100</sup> Idem.

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PRETENSÃO DO PAI EM CONVIVER COM A FILHA. GENITOR COM COMPORTAMENTO AGRESSIVO. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS. 1. (...) 2. A suspensão do direito de visitas do pai ao filho é medida excepcional, justificada por circunstâncias relevantes que recomendem o afastamento do genitor em nome do princípio da preservação do melhor interesse da criança, que compreende a tutela da sua integridade física e psíquica. 3. (...). 4. Recurso desprovido. (TJ-DF 20160210018530 - Segredo de Justiça 0001830-67.2016.8.07.0002, Relator: ALVARO CIARLINI, Data de Julgamento: 10/05/2018, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/05/2018 . Pág.: 285/290) (Grifou-se)**

Portanto, a aplicação de qualquer restrição ou suspensão ao direito de convivência familiar, deve advir de uma criteriosa avaliação, evitando o exercício egoístico da parentalidade, mas, acima de tudo, sempre deve ser preservado o melhor interesse da criança ou adolescente.

### 5.1.3 A EFETIVIDADE DO DIREITO A CONVIVÊNCIA

A efetividade do direito a convivência está diretamente ligada a fixação detalhada do exercício deste direito constitucionalmente protegido, o qual, não deve advir do árbitro discricionário de um dos progenitores e deverá ser embasado na boa vontade de ambos, visando a garantia do direito do filho.

No entanto, a grande questão é como comprovar a ocorrência da violação ao exercício do direito de convivência, haja vista que uma simples falta injustificada poderia acarretar atos processuais e sanções visando o cumprimento do direito do filho, podendo ocorrer a penalização de um genitor que deixa de exercer o direito de convivência por motivos de força maior, por exemplo uma enfermidade ou então, uma viagem a trabalho.

Todavia, ocorrendo o descumprimento injustificado e reiterado, poderá ocorrer medidas processuais por qualquer dos progenitores, visando o cumprimento ao direito de convivência.

A dificuldade está na comprovação do descumprimento ao exercício do direito de convivência. No entanto, havendo a fixação que o progenitor deverá pegar e entregar o filho na escola, a comprovação deste descumprimento pode ocorrer através de uma declaração emitida pela instituição de ensino. Sendo estabelecido o exercício do direito de convivência de forma diversa, o seu descumprimento poderá ser comprovado com uma ata notarial, sendo solicitado que o tabelião compareça

com o progenitor no local destinado para realizar a retirada ou entrega do filho, transcrevendo em ata o que ocorreu, podendo ter a qualificação de uma testemunha que presenciou o fato. Também, poderá ser realizada uma ata notarial, para a informação das mensagens de texto, ou então, mensagens trocadas via aplicativos de conversação, ou ainda por e-mail, para a comprovação da falta do progenitor no cumprimento ao exercício do direito a convivência. Portanto, existem diversos meios para a comprovação do descumprimento do direito de convivência.<sup>101</sup>

Não havendo o cumprimento ao determinado quanto ao exercício do direito de visitas, tanto quem detém a guarda física da prole quanto quem detém o direito ao exercício da convivência, pode ingressar com medidas judiciais para a sua efetivação. Uma alternativa é o ingresso da medida de busca e apreensão do menor, prevista no artigo 536, §1º do Código de Processo Civil, sendo esta medida justificável quando um dos genitores deixa de cumprir uma determinação judicial, e ainda, quando ocorre a infringência de um direito que assiste tanto ao demandante quanto a criança, havendo um desrespeito ao interesse do filho. Todavia, tal medida deve ser utilizada em casos excepcionais, haja vista o constrangimento que a mesma pode gerar ao menor, uma vez que o cumprimento forçado será realizado por oficial de justiça, que poderá requisitar o uso de força policial. Também há possibilidade do ingresso da medida de execução de obrigação de fazer, na qual a sua violação, poderá gerar a aplicação da multa a qual será paga pelo genitor que estiver descumprindo a medida.

Por tal razão, está sendo muito aplicada a multa em razão do descumprimento. Quanto ao direito de convivência familiar, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que *“o guardião é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo.”*<sup>102</sup>

As medidas atinentes a efetividade do direito de convivência, também é aplicado para a convivência da prole com os demais familiares, devendo a penalidade pelo descumprimento ser aplicada em grau que force o devido cumprimento, não sendo fixada em valor irrisório, que acaba por afastar a função

---

<sup>101</sup> ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

<sup>102</sup> STJ, Quarta Turma, REsp 701872/DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 12/12/2005.

efetiva do instituto, devendo ser proporcional ao potencial econômico de quem está descumprindo.

## 5.2 A EFICÁCIA DA GUARDA COMPARTILHADA

Para que a guarda compartilhada seja eficaz, a mesma deve ser amplamente aplicada pelos Tribunais diante dos casos concretos. No entanto, o magistrado pode entender que outra modalidade de guarda será melhor aplicada, visando a preservação dos princípios constitucionais, os quais visam a proteção ao melhor interesse da criança e do adolescente e que melhor atenda às suas necessidades.

Ainda que a lei determine que a guarda compartilhada é a regra, o magistrado deve analisar o caso concreto para verificar a viabilidade da sua aplicação. Afinal, um estudo psicossocial, pode alertar para a não aplicabilidade desta modalidade de guarda, estabelecendo que a mesma não atenderá os interesses da prole.

O objetivo central da guarda compartilhada, é a manutenção do exercício comum da autoridade parental, visando a continuidade entre os pais e filhos, conservando os laços familiares de afetividade e direitos e obrigações recíprocos.<sup>103</sup>

Com a fixação da guarda compartilhada, é imprescindível que seja estabelecida a residência fixa do menor, ou seja, a base de moradia, conforme mencionado na lei. Ainda, com o advento da lei 13.058/2014, a guarda compartilhada pode ser fixada ainda que os genitores não residam na mesma cidade, o que não era permitido anteriormente.

No entanto, para a eficácia da guarda compartilhada, deverá haver o elastecimento no período de convivência do menor com o progenitor que não detém a sua guarda física, não sendo fixado o direito de convivência apenas em fins de semana intercalados, permitindo-se também que o convívio possa ocorrer com o levar e buscar o filho na escola, ou em atividades extracurriculares, almoçar ou jantar com a prole durante a semana, dias previamente determinados, podendo

---

<sup>103</sup> SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade?** O que muda com a aprovação da PL 117/2013. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013/14747>>. Acesso em 21/10/2018.

estar em sua companhia em algumas manhãs ou tardes, ou ainda pernoitar durante a semana.

Também, em comum acordo, deverá haver a decisão sobre a escola em que a prole irá frequentar, qual religião será proposta, qual tratamento médico será realizado, ou seja, é a continuação das tomadas de decisões concernentes a prole, como se os pais ainda mantivessem um relacionamento conjugal.

A guarda compartilhada poderá ser fixada ainda que não haja um consenso entre os pais, uma vez que a separação do casal não deve intervir no relacionamento dos pais com os filhos, haja vista que a relação paterno e materno-filial, não se encerram com o fim do relacionamento conjugal, afinal, não existe a figura de ex-filho.

O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a guarda compartilhada não deve ser aplicada como regra, devendo ser analisado caso a caso, e, verificando que a mesma poderá não ser efetivada no dia-a-dia, e que o melhor interesse da criança e do adolescente pode não ser prioridade em tal modalidade, uma vez que os pais se quer conseguem manter um diálogo, e a mesma deve ser afastada.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.688.690 - DF (2017/0185629-0) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA RECORRENTE : (...) **Como patenteados em inúmeros precedentes no fórum, o deferimento da guarda compartilhada pressupõe entendimento e boa comunicação entre os pais, pois, do contrário, não se faz recomendável. Isso porque tal divisão do encargo carece de uma relação de colaboração e confiança entre os genitores que, segundo se extrai dos autos, especialmente das manifestações processuais de ambos, inexistem na espécie.** Aliás, tal desarmonia também foi apontada no parecer do serviço psicossocial forense (fls. 459/461-verso), em que são mencionadas as "dificuldades relacionais" que "limitam o exercício de uma parentalidade mais compartilhada neste momento" (fl. 461) entre os genitores do menor. (...) Nesse contexto, pode-se concluir que a guarda compartilhada poderá gerar mais danos à criança em tela do que benefícios, promovendo ainda mais desentendimentos entre os genitores, que podem impactar negativamente o menor. (...) E, na hipótese, os julgadores destacaram que existe relevante dificuldade de relacionamento entre os pais da criança, o que foi, inclusive, constatado em "parecer do serviço psicossocial forense" (e-STJ fl. 756). Daí que a guarda compartilhada poderia acarretar maiores danos ao menor. (...) Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 17 de abril de 2018. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Relator (STJ - REsp: 1688690 DF 2017/0185629-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 25/04/2018) (Grifou-se)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto

contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. **A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.** 3. **As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação(...)** 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 879.361/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 22/3/2018.) (Grifou-se)

Portanto, para a efetividade da guarda compartilhada, é de fundamental importância que os pais consigam ao menos manter um diálogo, caso contrário, a guarda compartilhada apenas estará no papel, sendo que na prática ocorrerá a guarda unilateral, ou seja, o progenitor que detém a guarda física da prole, tomará as decisões de forma isolada, sem qualquer consenso ou comunicação ao progenitor que não detém a guarda física da prole.

### 5.3 DAS OBRIGAÇÕES PARENTAIS E O SEU CUMPRIMENTO

O instituto da guarda compartilhada, nada mais é que a corresponsabilidade dos guardiões no exercício do poder familiar após a ruptura dos laços conjugais. Todavia, sendo esta modalidade de guarda fixada por sentença, nela deverá constar as responsabilidades e as dinâmicas que devem ser cumpridas, visando penalidades no caso de descumprimento de tais determinações.

No entanto, ao fixar a guarda compartilhada, o juiz poderá basear-se em orientação técnico-profissional, mas não fica a ela atrelada, devendo visar a divisão equilibrada de responsabilidades e período de convivência dos pais com o filho.

Havendo o descumprimento das determinações estabelecidas, decorrerá a aplicação de sanções, as quais são previstas no §4º<sup>104</sup>, do artigo 1.584 do Código Civil, podendo ocorrer a redução de prerrogativas ao genitor que descumpriu, mas, com o advento da Lei nº 13.058/2014, não poderá haver a redução do período de convivência, uma vez que o menor não pode ser penalizado em decorrência do descumprimento do seu progenitor.

As penalidades impostas pelo descumprimento das responsabilidades do progenitor, decorrem da não aceitação da prática do ato ilícito no nosso ordenamento jurídico, todavia, só podem ser aplicadas as penalidades se seguirem

---

<sup>104</sup> §4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

o devido processo legal, conforme previsto no artigo 5º <sup>105</sup>, LV da Constituição Federal. Assim, deverá ocorrer a notificação do progenitor infrator, possibilitando o seu direito de defesa, com a criação do contraditório de forma mais célere possível, podendo ocorrer diretamente no processo na qual foi instituída a guarda compartilhada, mas, nada impede que seja instituído o contraditório em um processo autônomo. Sendo o fato gravoso, poderá incidir na ocorrência de decisões emergenciais e provisórias, as quais serão fundamentadas na verossimilhança das alegações, sancionando-se o descumprimento das obrigações parentais injustificáveis, sendo que as penalidades deverão ser aplicadas pelo magistrado em cada caso concreto.

Assim, o judiciário encontrou na reparação do dano moral, uma forma sancionatória contra a prática do descumprimento injustificado das obrigações parentais. Além da aplicação da reparação de danos, também ocorre a aplicação de astreintes. As sanções também podem ser aplicadas, no caso do genitor que detém a guarda física, obstar o convívio familiar com o outro progenitor.

A aplicação da multa, visa desestimular o inadimplemento das obrigações assumidas, tendo um caráter ético, rompendo a resistência do devedor que além de prejudicar o credor, desrespeita o Estado-Juiz descumprindo as determinações judiciais. Portanto, a multa acaba agindo como um sistema de coerção indireta com o intuito de dar efetividade a ordem mandamental judicial.<sup>106</sup>

Uma alternativa para não ocasionar o enriquecimento ilícito da outra parte, em razão do recebimento do valor da multa aplicada, é a destinação dos valores a instituições de caridade ou ainda, a instituições que visem a divulgação e desestimulação da prática da alienação parental. No entanto, pode ser que o progenitor que está descumprindo com a obrigação, não se sinta desestimulado quando os valores são destinados a estas instituições, ficando mais incomodado quando os valores são remetidos a outra parte, e assim, visando não “dar” mais dinheiro ao outro genitor, opte por cumprir com suas obrigações.

O princípio do melhor interesse do menor autoriza a aplicação de medidas que visem a proteção, o restabelecimento e fortalecimento dos vínculos familiares,

---

<sup>105</sup> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>106</sup> MIGUEL FILHO, Raduan. **O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Porto Velho, n. 14, 2006. p. 90.

conforme previsto no artigo 98, II<sup>107</sup> e 100<sup>108</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A obrigação alimentar é devida, ainda que seja aplicada a modalidade da guarda compartilhada, sendo esta uma obrigação proveniente do poder familiar. Os alimentos são devidos quando quem pretende não possui bens suficientes e não pode prover do seu trabalho o seu próprio sustento e manutenção, e quem possui o dever de sustento, deverá fornecê-los sem prejuízo do seu sustento próprio, conforme disciplina o artigo 1.695<sup>109</sup> do Código Civil.

A obrigação de prestar alimentos, abrange as despesas com vestuário, saúde, educação e lazer dos filhos. A Constituição Federal, em seu artigo 229, assegura que os pais tem o dever de assistir e educar seus filhos, o que também é previsto nos artigos 1.566, IV e 1.568 ambos do Código Civil. Portanto, não restam dúvidas quanto a obrigação dos pais para o sustento da sua prole.

Para a fixação dos alimentos, deve ser sopeada a real situação da prole e de quem possui o dever de prestar alimentos, levando-se em consideração o trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade, analisando a necessidade de quem precisa, a possibilidade de quem paga e a proporcionalidade entre a necessidade e a possibilidade, fixando o valor dos alimentos de forma razoável para que o alimentado tenha uma vida razoável.

Na legislação brasileira, não há uma determinação de qual parâmetro deve ser utilizado para a fixação de alimentos, assim como não estabelece qual o percentual sobre os rendimentos do alimentante deve ser fixado. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram que o valor máximo a ser alcançado seria de 30% sobre os rendimentos líquidos do alimentante, que seria o bruto menos os descontos legais (INSS e IRPF). Assim, o alimentante tendo rendimento certo, os mesmos serão fixados em percentual sobre a sua remuneração líquida, possibilitando que o desconto da pensão seja em folha de pagamento, conforme

---

<sup>107</sup> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

(...)

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

<sup>108</sup> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

<sup>109</sup> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

estabelecido no artigo 912<sup>110</sup> do Código de Processo Civil. O desconto pode ser realizado de qualquer fonte remuneratória do alimentante.

O alimentante sendo profissional autônomo, ou ainda empregado com rendimentos variáveis, dificulta a fixação dos alimentos em percentual, em razão da dificuldade de aferimento do valor do rendimento líquido. Assim, cabível a fixação dos alimentos tendo como parâmetro o salário mínimo nacional.

Cabe ao alimentante a demonstração das suas possibilidades quanto aos alimentos, não sendo a apresentação do imposto de renda meio suficiente para constituição da prova das condições financeiras, em razão de não retratar a realidade econômica. É admitido como meio de prova, imagens dos meios sociais para a comprovação da real situação financeira do alimentante, tais como imagens em restaurantes, festas, fotos de viagens e até propriedade de veículos. Tais meios de provas podem ser utilizados pelos alimentados, afim de comprovar a real situação financeira do alimentante.

O Superior Tribunal de Justiça, no caso de descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho, a qual ocorreu por omissão voluntária e injustificável, considerou a prática de um ato ilícito o abandono material, condenando o genitor a reparação de dano moral.

**RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO** (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). **REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.** 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, **é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** 3. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1087561 RS 2008/0201328-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 13/06/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/08/2017) (Grifou-se)

Havendo dúvidas quanto a destinação do valor pago a título de alimentos, o alimentante poderá ingressar com pedido de prestação de contas. Todavia, não há

---

<sup>110</sup> Art. 912. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia.

que se falar em restituição do valor eventualmente não utilizado em proveito do alimentado, uma vez que os alimentos são irrepetíveis. Também é possível que o próprio alimentado ingresse com demanda de prestação de contas, uma vez que é o titular do valor recebido a título de alimentos, e, neste caso, será nomeado um curador especial, conforme disciplina o artigo 1.692<sup>111</sup> do Código Civil.

Nelson Nery Júnior ensina que:

Entende-se por devedor de contas o que administrou bens ou interesses alheios e credor delas aquele em favor de quem a administração se deu. O interessado na prestação de contas é parte que não saiba em quanto importa seu crédito ou débito líquido, nascido em virtude de vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios, levada a efeito por um em favor do outro.<sup>112</sup>

Em que pese a lei estabelecer que o pedido de prestação de contas seja aplicado no casos em que a modalidade de guarda seja a unilateral, não encontra-se qualquer óbice na sua aplicação no caso da guarda compartilhada, haja vista o disposto no artigo 1.589<sup>113</sup> do Código Civil, o qual prevê aos pais o dever de fiscalização e manutenção dos filhos. A demanda de prestação de contas é prevista no artigo 550 e seguintes do Código de Processo Civil.

Com as alterações trazidas pela Lei nº 13.058/2014, passou-se a ter um permissivo maior de fiscalização, a qual poderia ser obstada pelos guardiões físicos da prole que poderiam estar administrando de forma temerária a verba recebida a título de alimentos destinado a prole.

#### 5.4 GUARDA COMPARTILHADA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

Com a atribuição da guarda compartilhada, visa-se afastar a ocorrência da alienação parental. No entanto, a lei da alienação parental (Lei nº 12.318/2010), foi criada anteriormente a Lei nº 13.058/2014 que estipulou que a guarda compartilhada deve ser aplicada como regra.

---

<sup>111</sup> Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.

<sup>112</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9ª. ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006.p. 982.

<sup>113</sup> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

A Lei de Alienação, dispõe em seu artigo 2º<sup>114</sup>, que a alienação não se esgota na simples interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida apenas pelo genitor, mas também pode ser promovida pelos avós, irmãos, amigos, o que acaba por dificultar a análise do nível da alienação praticada, uma vez que os alienantes extrapolam o mero ambiente familiar.<sup>115</sup>

Com a fixação da guarda compartilhada, acredita-se que há uma maior possibilidade de manter o vínculo afetivo com o genitor que não possui a guarda física do filho.

Maria Berenice Dias aduz que

A guarda compartilhada é um sistema em que os filhos de pais separados permanecem sob a mesma autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto a seu bem-estar, educação, e criação. Esse é um dos meios de exercício da autoridade familiar, que busca harmonizar as relações pai/filho, que espontaneamente tendem a modificar-se depois da dissolução da convivência.<sup>116</sup>

Assim, acredita-se que com a fixação da guarda compartilhada, os filhos terão um maior convívio com ambos os genitores, o que acabaria por afastar a prática da alienação parental. Uma vez que ao genitor que não possui a guarda física da prole, não cabe apenas o poder de fiscalização, mas a participação direta da criação dos filhos, cabendo a ambos os genitores decidirem sobre a educação, religião, lazer, bens patrimoniais, questões atinentes a saúde, ou seja, tomar em conjunto decisões atinentes a vida dos filhos.<sup>117</sup>

Todavia, para a efetividade da guarda compartilhada, os pais precisam manter um diálogo mínimo, possibilitando que possam decidir conjuntamente sobre questões atinentes ao melhor interesse da prole.

É cediço que o rompimento dos laços conjugais entre os genitores, gera efeitos nefastos nos filhos, fazendo com que eles fiquem vulneráveis, podendo ser arrastados pela raiva que um progenitor está sentindo em relação ao outro, sendo,

---

<sup>114</sup> Art. 2º 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>115</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.101-102.

<sup>116</sup> DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: realidade que a justiça insiste em não ver**. De acordo com a Lei nº 12.318/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2. Ed. 2010. p. 86.

<sup>117</sup> SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009. p. 15.

normalmente, o genitor que se opõe ao divórcio, o responsável pela prática da alienação parental, o que acaba se agravando, quando tem conhecimento que o ex-cônjuge está em um novo relacionamento. Assim, quando o filho acaba “pegando as dores” do genitor, passando a ter rancor contra o outro, ele se torna ainda mais manipulável, sendo induzido a ideia de que o outro progenitor não é bom, não presta.<sup>118</sup>

Conforme leciona Eduardo de Oliveira Leite:

O divórcio acarreta uma quebra brutal da triangularidade pai-mãe-filho exigindo de todos, pais e filhos, o enfrentamento de uma abrupta descontinuidade na forma de seu contato contínuo. O que antes era contínuo e duradouro torna-se transitório e efêmero, comprometendo a noção de família. O que antes era espontâneo e autêntico passa a ser regrado pelo engessamento inadmissível de datas e horários predeterminados, como se o sentimento pudesse ser controlado e submetido aos rigores implacáveis das decisões judiciais.<sup>119</sup>

Assim, entende-se que a modalidade da guarda compartilhada é a ideal para afastar o máximo os efeitos nefastos ocasionados pelo fim do relacionamento conjugal, visando manter aos olhos dos filhos, o mesmo companheirismo dos genitores, no tocante a tomada de decisões sobre a sua vida, e ainda, estabelecer de forma equilibrada um melhor e maior período de convivência dos filhos com o genitor que não possui a sua guarda física.

A síndrome da alienação parental, nada mais é que

um distúrbio infantil (*childhood disorder*) que surge, prioritariamente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filho (*in the context of child-custody disputes*), manifestando-se por meio de uma campanha de difamação (*denigration*) que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. A síndrome resultaria da combinação da programação da criança, por parte de um dos genitores, para que rejeite e odeie o outro, somado à colaboração da própria criança (*It results from the combination of programming (brainwashing) parent's indoctrinations and the child's own contributions to the vilification of the target parent*).<sup>120</sup>

Todavia, o alienador acredita que sua contribuição na realização da alienação parental, não irá gerar qualquer sequela ao filho, no entanto, futuramente irá gerar transtornos na vida do filho, que irá crescer sem o afeto do alienado.

---

<sup>118</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.113.

<sup>119</sup> Idem, p. 116.

<sup>120</sup> Idem, p. 161.

A alienação parental é uma atitude egoística do alienador, querendo afastar os filhos do convívio com o alienado, sendo tal prática muitas vezes realizada como vingança em razão da separação, fazendo com que os filhos sejam as maiores vítimas de tal ato. Ambos os pais são importantes na vida dos filhos, afinal, para que tenham uma criação sadia, precisam ter o conhecimento de que ambos os progenitores o amam e se importam com ele. E, tal demonstração de afeto, é melhor visualizada na prática da guarda compartilhada, uma vez que o filho não se sentirá abandonado por qualquer um dos genitores.

Maria Berenice Dias, diz que:

A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é informado.<sup>121</sup>

Outrossim, com o advento da Lei nº 13.058/2014, acredita-se que o sofrimento do menor será minimizado, dificultando a prática da alienação parental, haja vista que deverá ocorrer a redução do conflito parental, afastando o sentimento de abandono do filho, já que a guarda compartilhada irá manter a proximidade dos genitores, visando decidir em conjunto questões atinentes a prole, visando o bem estar dos filhos.

A prática da alienação parental poderá ser averiguada através da instauração de um procedimento autônomo ou incidental, o qual terá tramitação prioritária, conforme disposto no artigo 4º da Lei 12.318/2010, devendo o juiz tomar todas as medidas necessárias à preservação da integridade psicológica do menor. A ação pode ser proposta tanto pelo genitor alienado quanto pelo familiar alienado, mas, também pode ser de ofício pelo magistrado assim como o Ministério Público também possui legitimidade para propor a demanda.<sup>122</sup>

A verificação da prática da alienação parental se dará através de uma perícia psicológica ou biopsicossocial, sendo caracterizada a alienação parental toda e qualquer conduta que dificulte a convivência paterno ou materno-filial, cabendo a responsabilização civil e criminal do alienador. Constando-se a ocorrência da

---

<sup>121</sup> DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: realidade que a justiça insiste em não ver. De acordo com a Lei nº 12.318/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2. Ed. 2010. p. 214

<sup>122</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 548.

alienação, caberá ao juiz declarar a sua ocorrência e advertir o alienador, podendo tomar as medidas de ampliação do regime de convivência familiar, estipular multa, determinar a alteração da guarda para a guarda compartilhada ou a inversão da guarda, assim como também pode suspender a autoridade parental, sendo esta a medida mais drástica.<sup>123</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, em um caso em que ficou demonstrada a ocorrência da alienação parental praticada tanto pela mãe quanto pelo pai, confirmou a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* mantendo a guarda unilateral conforme estava anteriormente fixado, alterando apenas o período de convivência paterno-filial, elaztecendo o período de exercício das visitas. Tal decisão restou fundamentada no melhor interesse da criança, a qual já estava adaptada ao convívio diário materno, e ainda, as alienações praticadas, não teriam gerado qualquer efeito negativo no relacionamento do menor com ambos os genitores. Todavia, em razão da impossibilidade de harmonia entre os genitores, manteve-se a guarda unilateral.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.140 - SP (2018/0183829-6)  
RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI AGRAVANTE : J S DE O  
ADVOGADO : JOHNN ROBSON MOREIRA E OUTRO (S) - SP142180  
AGRAVADO : K C M B INTERES. : I M B DE O (MENOR) ADVOGADO :  
ACIMARA CRISTINA DO AMARAL - SP105149 (...) **Estudo psicológico que indica atos de alienação parental por ambos os genitores – (...)** Colhem-se dos estudos oficiais que a menor está sendo bem atendida em suas necessidades junto da mãe, sendo que a interação verbal revelou **"indicadores de alienação parental de grau leve por parte do pai e da mãe, não chegando a contaminar ou prejudicar gravemente a relação da menina com cada um deles."** (fl. 509 do parecer da psicóloga judiciária). **Veja-se que as acusações são recíprocas de falta de respeito, desinteresse pela filha, etc., partindo de ambos os litigantes os atos de alienação parental, (...)** Neste contexto, em que pese a sugestão da assistente social, **o caso concreto autoriza apenas e tão somente a ampliação das visitas do pai à filha, mas a guarda deve ser estabelecida em favor da mãe, e considerando que o compartilhamento, na hipótese, introduziria enorme instabilidade emocional na criança, que perderia seus referenciais.** (...) 2. Do exposto, nega-se provimento ao reclamo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 27 de setembro de 2018. MINISTRO MARCO BUZZI Relator. (STJ - AREsp: 1335140 SP 2018/0183829-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 02/10/2018) (Grifou-se)

Ao reconhecer a ocorrência da alienação parental praticada exclusivamente pela genitora, o Superior Tribunal de Justiça, aplicou a guarda compartilhada, estabelecendo como residência do menor o domicílio do pai, ou seja, de quem era alienado. A alienação parental restou demonstrada com o fato da

---

<sup>123</sup> *Idem*. p. 549.

genitora mudar da Bahia para Minas Gerais, após a separação do casal, ferindo o direito fundamental ao convívio paterno-filial, o que por certo causaria a redução dos laços afetivos.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.712.943 - MG (2017/0309068-2) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI (...). **ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA TENDO COMO BASE O DOMICÍLIO DO GENITOR.** DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO REALIZADO. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL COM INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. SÚMULA 284/STF. **GUARDA PROVISÓRIA CONCEDIDA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.** REEXAME QUE DEPENDE DA DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS REQUISITOS LEGAIS NÃO ESTÃO PRESENTES. INOCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. CONDUZAS DA GENITORA TIPIFICADAS COMO ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...) **A apuração fático-probatória realizada na origem reconheceu a existência de condutas praticadas pela genitora que são tipificáveis como atos de alienação parental e, ainda, não vislumbrou em que medida a abrupta mudança de Estado realizada pela genitora poderia atender o princípio do melhor interesse dos menores.** (...) NÃO CONHEÇO do recurso especial, com fundamento no art. 932, III, do CPC/15, bem como na Súmula 568/STJ. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 15 de março de 2018. MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora. (STJ - REsp: 1712943 MG 2017/0309068-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 20/03/2018) (Grifou-se)

Comprovada a ocorrência da alienação parental, cabe ao poder judiciário atribuir as medidas que melhor atinjam os interesses do menor, seja com a alteração da guarda, aplicando-se a guarda compartilhada, estabelecendo que a residência do menor será no domicílio do progenitor alienado, fixando o período de convivência com o progenitor alienador, ou ainda, estabelecer um período maior de convívio com o genitor que não detém a guarda física do menor, mas, preservando-se o convívio familiar, a não ser que o convívio com o familiar praticante do ato de alienação parental possa ser prejudicial ao menor, podendo inclusive ser aplicada a medida drástica de suspensão do poder familiar.

## 6 CONCLUSÃO

A guarda compartilhada é a modalidade que visa melhor atender aos interesses da criança e do adolescente, permitindo a manutenção dos laços afetivos com ambos os genitores, afinal, é com a aplicação desta modalidade de guarda que permanecem aos pais a corresponsabilidade de direitos e deveres em relação a prole.

Pode-se dizer que, com a aplicação da guarda compartilhada, os pais continuam tomando decisões relacionadas aos filhos como se casados fossem, haja vista que precisam entrar em um consenso.

Ainda que a guarda compartilhada seja aplicada como regra, e independentemente do consenso entre os genitores, ou a existência de um diálogo harmonioso entre eles, ambos devem se ater ao fato de que houve o fim do relacionamento conjugal, no entanto, jamais haverá o fim do relacionamento de pai e mãe com sua prole, sendo de fundamental importância que consigam ao menos manter um diálogo mínimo para tomada de decisões que visem o bem-estar e o melhor interesse dos filhos.

Com as transformações do instituto familiar, a cada dia que passa, os pais, que anteriormente eram mais vistos como provedores, estão participando ativamente da vida dos filhos, acompanhando o seu dia-a-dia, o que justifica cada vez mais a ampliação do período de convivência dos filhos com seus progenitores, devendo os direitos e deveres dos pais serem fixados de forma equilibrada e em prol de igualdade.

É com a guarda compartilhada que se vislumbra o remédio para os efeitos que a alienação parental pode ocasionar ao menor, visando impedir a manutenção ou criação de falsas memórias, e, com a fixação de um maior período de convivência, fortalecer os laços entre os filhos e o genitor alienado. Afinal, a perpetuação da alienação parental poderá trazer consequências sérias ao filho, no decorrer da sua vida, podendo causar traumas insuperáveis.

No entanto, é em análise ao caso concreto que o magistrado, podendo utilizar-se de parecer de um estudo psicossocial, deverá analisar qual é a melhor modalidade de guarda para aquela criança, e, no caso de fixação da guarda

compartilhada, estabelecendo qual deverá ser a sua residência base, visando fazer com que o término da relação conjugal reflita o mínimo possível na vida dos filhos.

Outrossim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o que deve prevalecer nos casos em que envolvam diretamente os seus interesses, atribuindo a modalidade de guarda e de convivência que melhor atenda ao seu bem-estar.

## 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 para o direito de família brasileiro. *In:* DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (Coord.). **Guarda Compartilhada.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos, 1997.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acessado em 14/10/2018.

BRASIL, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acessado em 14/10/2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acessado em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em: 10/07/2018.

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)> Acessado em: 10/07/2018.

BRASIL, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.. 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)> Acessado em: 15/10/2018.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>, Acessado em: 14/10/2018.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acessado em: 10/07/2018.

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/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso em: 16/08/2018.

BRASIL, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)> Acessado em 10/07/2018.

BRASIL, Lei 12.010/2009, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)> Acessado em 13/10/2018.

BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 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)> Acessado em: 14/10/2018.

BRASIL, Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)> Acessado em: 15/10/2018.

BRASIL, Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. 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. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)> Acessado em: 10/07/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: realidade que a justiça insiste em não ver. De acordo com a Lei nº 12.318/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2. Ed. 2010

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2015.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais. *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Direito das famílias**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: direito de família**. Vol. 5. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGUEL FILHO, Raduan. **O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Porto Velho, n. 14, 2006.

MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis. *In*: DELGADO, Mario; COLTRO, Mathias (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, José Francisco Brasília de. **Guarda Compartilhada, comentários a Lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação da PL 117/2013**. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013/14747>>. Acesso em 21/10/2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.