
O PODER FAMILIAR INDEPENDENTE DO TIPO DE GUARDA

The Power of Family Regardless of Guard Type

Alberto Bruno Ferraz de Oliveira Medrado¹

Resumo: O presente trabalho faz a análise do poder familiar, desde o seu nascimento com o pátrio poder, onde o chefe de família tinha dentre outras a influência sobre a vida e morte dos demais integrantes da família, incluído aí o filho, até os dias atuais em que o jovem além de gozar de uma autonomia maior, exerce total influência na rotina de uma residência, sobretudo na vida dos pais, que passaram a dividir todos os poderes em relação a criação dos filhos. Faremos o estudo da extensão, os limites do poder familiar na criação do infante até a fase jovem e todos os seus reflexos durante a escolha da guarda e nos casos em que estivermos diante de tentativas de obstrução da participação de um dos cônjuges. A análise da extensão dos direitos de quem possui a guarda do menor e o seu contexto quando se tratar de guarda compartilhada, mostrando que esses direitos já estavam previstos dentro do poder familiar, assim, vistos na comunidade jurídica, apenas como uma forma de estender a convivência do menor com os genitores.

Palavras-chave: Direito de Família. Poder Familiar. Guarda compartilhada.

Abstract: The present work is the analysis of family power, from his birth with parental rights, where the householder had among others the influence on the life and death of other family members, including the child there until the days present in the young as well as enjoy greater autonomy, exerts full influence in the routine of a residence, especially in the lives of parents who began to share all the powers in relation to parenting. We will make the extension study, the limits of family power in the infant creation to young stage and all its consequences for the choice of the guard and where we stand before blocking attempts of the participation of one of the spouses. The analysis of the extent of the rights of those who have custody of the child and its context in the case of shared custody, showing that these rights were already provided for within the family power thus seen in the legal community, just as a way to extend the coexistence of the minor with the parents.

Keywords: Family Law. Family Power. Shared Custody.

INTRODUÇÃO

Independentemente da escolha dos pais, em relação à continuação ou não do matrimônio, via de regra, ambos querem manter o contato com os filhos e conseqüentemente exercer o poder familiar sobre a criação e educação, lutando para que o tipo de guarda escolhido passe a garantir esse convívio, por mais que esse direito já esteja estabelecido no poder familiar, que no Brasil não cessa com o encerramento do matrimônio.

¹ Pós Graduando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Newton Paiva. Professor de Prática Real, Resolução de Conflitos e Prática Simulada I na FAMIG – Faculdade Minas Gerais. Advogado. Contato: abm@medradoadvogados.com.br

Na evolução da guarda e do poder familiar, o judiciário, atendendo às prerrogativas da Constituição Federal de 1988, no intuito de resolver às questões referentes às disputas e estimular a resolução pacífica das demandas, aprimorou a mediação e conciliação, procurando estabelecer o esclarecimento dos direitos e deveres dos cônjuges antes da decisão.

A guarda compartilhada permite a ambos os pais a decisão em conjunto sobre as principais fases de criação na vida do filho, dando a entender que esses direitos somente têm efeito quando aplicada a guarda compartilhada ou quando o genitor é detentor da guarda unilateral.

No entanto, o estudo demonstra que não há divisão do poder familiar ao se aplicar ou não a guarda compartilhada, já que a Lei nº. 13.058/2014, que altera alguns artigos do Código Civil para criar a dita guarda compartilhada, não diz respeito ao poder familiar, que tem os seus preceitos resguardados no art. 1634 do mesmo diploma legal. Na verdade, entendemos que a alteração na legislação é uma forma de melhor organização da convivência dos pais e dos cuidados em relação aos menores, assim como uma melhor divisão dessas atribuições.

DO PODER FAMILIAR

O poder familiar, assim como as famílias, evoluiu com o passar do tempo. As relações familiares passaram a ter um caráter mais social e afetivo, de forma que o ideal é a promoção de todos os que evoluem àquela família.

Entende-se por poder familiar a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores no propósito de preservação e promoção dos interesses destes. Esta é a compreensão relativamente recente do instituto.²

O pátrio poder passou a abranger o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições” PEREIRA (1996, p. 240). Certo é que atualmente aqueles que detêm o poder familiar possuem mais deveres do que poder, conforme muito bem consta no rol do art. 1634 do Código Civil³.

A mulher exercia papel extremamente restrito dentro do âmbito familiar na fase do pátrio poder, sendo que todas as decisões cabiam somente ao homem. Segundo Almeida e Rodrigues Júnior

2 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 445.

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

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

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁴, nem mesmo sobre os filhos, como regra, a mulher possuía autoridade. Ainda que fosse a mãe responsável pela efetiva criação educacional.

Inicialmente o Código Civil de 1916 concedia o poder familiar exclusivamente ao pai e após modificação da lei em 1962, passou a constar que o poder familiar era exercido pelos pais, tendo a preferência ao marido, com a colaboração da esposa.⁵

Enquanto o pátrio poder era exercido unicamente pelo genitor, no poder familiar é exercido em igualdade de condições por ambos os genitores ⁶, esse entendimento condiz com o preceito constitucional do art. 226, § 5º. ⁷

Corroborando com o já determinado pela Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 21 diz que o poder familiar (antes denominado nesta lei como pátrio poder) será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer a autoridade judiciária.⁸

Com a evolução do instituto a expressão *pátrio*, cedeu lugar a *familiar*, passando aos cônjuges a obrigação da responsabilidade quanto aos cuidados do menor. Abandonou-se a sua atribuição ao marido. Ao revés, é confiado aos pais, como expressão da igualdade dos cônjuges. ⁹

Venosa entende que:

Com a urbanização, industrialização, a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental. O avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se irremediavelmente esse comportamento, fazendo realçar no pátrio poder os deveres dos pais com relação aos filhos, bem como os interesses destes, colocando em plano secundário os respectivos direitos dos pais. ¹⁰

Com essa modificação de conceito e a participação do menor no contexto familiar, os direitos dos pais em relação aos filhos foram transformados em deveres. Essa profunda modificação afetou toda a estrutura familiar, já que não se trata de uma opção para os pais e sim um dever, que gera obrigação passível de sanções no caso do não cumprimento.

O poder familiar deixou de ser absoluto, sendo providencial a intervenção do Estado em alguns

4 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.8.

5 Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

6 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.

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

7 O art. 226, § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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

9 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 15. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005. V. 5, p. 420)

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 286.

casos. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção.¹¹

A jurista Ana Carolina Brochado Teixeira, faz bom esclarecimento sobre o momento do jovem na infância e a participação dos pais em sua criação, notando que a subordinação passa a ficar em segundo plano:

A criança e o adolescente não são, *a priori*, detentores de autonomia. Essa é a razão maior da autoridade parental: conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem. Por estarem construindo sua maturidade e discernimento, não podem usufruir completamente de seu direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. Para seu bem-estar, vivem uma fase de *liberdade vigiada*, cujo raio de amplitude de seu exercício aumenta à medida que cresce seu discernimento”¹²

Abaixo segue o estudo pormenorizado de alguns direitos constantes no rol do art. 1634 do Código Civil, que são inerentes ao poder familiar e a sua diferença diante da guarda.

Dirigir-lhes a criação e a educação

É dever dos pais a educação básica dos filhos, contribuindo para a sua formação intelectual, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente¹³.

Existe ainda a sanção penal no caso daquele que detém a guarda e deixa, sem justa causa, de promover a instrução primária do filho com idade escolar¹⁴.

Muitos pais deixam de matricular os seus filhos em escolas alegando não haver ensino de qualidade nas escolas públicas, estando os alunos expostos a violência, drogas e maus professores. Outrora, alegando custos altos das escolas particulares.

Assim, resolveram recorrer a uma prática já comum em países como Estados Unidos, Áustria, Bélgica, Canadá, Austrália, França, Noruega, Portugal, Rússia, Itália e Nova Zelândia, a *Homeschooling* (educação doméstica), que nada mais é do que os próprios pais ministrando aulas para seus filhos em casa.

Nos países em que essa prática é permitida, o aluno aprende em casa e em determinado período do ano, vai até a escola para fazer as provas, ou testes.

Àqueles que mantem a prática dos filhos estudando em casa, fazem com a argumentação de que estão agindo de acordo com a Lei, baseando-se em Tratados Internacionais que permitem que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

11 LIMA, Taisa Maria Macena. *Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos*. In: Pereira, Rodrigo Cunha (coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Afeto, ética e família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 673.

12 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 252)

13 Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

14 Abandono intelectual

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

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

¹⁵ E da mesma forma, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. ¹⁶

Na psicologia a crítica é que não basta apenas o conhecimento intelectual que é passado através dos livros, o estudo precisa estar ligado a convivência social. ¹⁷ E apesar dos pais estarem acreditando que estão fazendo o melhor para os seus filhos, estão impedindo que eles tenham oportunidade de socialização com pessoas que têm outras ideais e gêneros, restringindo o convívio apenas aos seus parentes e iguais. E pior que isso, essa educação pode ser seguida de uma doutrinação, onde os pais querem que seus filhos pensem exatamente como eles.

A Lei das Diretrizes sobre a Educação, diz que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. ¹⁸

A educação em escolas é obrigação dos pais e direito dos filhos. Esse também passou a ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que diz “não haver previsão constitucional e legal” ¹⁹ para a prática da *Homeschooling*.

2.2: Exigir respeito e serviços adequados

A lei permite que aquele que detenha o poder familiar poderá exigir respeito do infante.

A tarefa de se criar e educar um filho não é das mais fáceis, haja vista o acesso a todos os tipos de informações que o menor pode ter, que gera reflexos positivos, como negativos.

Porém, a melhor maneira de se educar ainda é com bons exemplos. Como dizem os populares, “a palavra convence, o exemplo arrasta”.

A Lei 13.010 de 2014, mais conhecida como a “Lei da Palmada”, altera a Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do

¹⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos - Art. 26.3 da: Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

¹⁶ Convenção Americana dos Direitos Humanos - Art. 12.4: Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

¹⁷ http://www.ufrgs.br/psicoeduc/wiki/Aprendizagem_e_Qualidade_de_Vida, acessado em 24/07/2016.

¹⁸ A Lei 9.394/96 (Lei das Diretrizes Sobre a Educação), no art. 1º.: A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

¹⁹ MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, § 3º; LEI 9.394/60, ART. 24, VI E LEI 8.096/90, ARTS. 5º, 53 E 129.

1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas.

2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno.

3. Segurança denegada à minguia da existência de direito líquido e certo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 7407/DF. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 24/4/2002. Diário de Justiça, Brasília, 21 mar. 2002).

adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

Para a Psicóloga Joselaine Garcia, a violência nunca deveria fazer parte do processo de educação.

Raramente os pais se atêm a apenas uma palmada. Comumente quem dá a palmada, não dá apenas uma, mas sim duas, três, quatro. Uma “palmadinha” não é o problema, a palmada passa a ser um problema quando se torna a principal forma de comunicação dos pais com os filhos.

A palmada não é a melhor forma de educar. A criança aprende pelo exemplo, e quando a gente bate, a lição que a criança aprende é que a forma de resolução dos conflitos é agredindo fisicamente.

Impor limites não necessariamente tem como único caminho a palmada.²⁰

Nada impede que o jovem também exerça a sua contribuição no ambiente doméstico, muito antes pelo contrário, realizando tarefas referente a organização do lar, estará contribuindo para um melhor conforto seu e da sua família.

Usufruto e administração dos bens dos filhos menores:

A lei determina que cabe àquele que detém o poder familiar a administração dos bens dos filhos menores.²¹ Apesar de constar na letra da lei “filhos”, fazendo a presunção de que somente poderá administrar aquele que for pai ou mãe, esse instituto é usado também para qualquer um equiparado a pai e mãe que esteja exercendo o poder familiar do menor.

É proibido qualquer ato que importe na perda patrimonial, como alienar, gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade e em benefício desse, mediante prévia autorização judicial, que deverá ser antecedida por parecer do Representante do Ministério Público.²²

Uma vez atingido a maioridade, os filhos poderão exigir-lhes a prestação de contas da administração desses bens.

Existem algumas exceções a respeito da administração dos bens, excluindo os pais em ter acesso dos bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.²³

20 Entrevista com a Psicóloga Joselaine Garcia, CRP 07/18433, no Jornal *O Jacuí*, da cidade de Salto do Jacuí/RS, disponível no: <http://joselainegarcia.blogspot.com.br/2012/01/lei-da-palmada.html>

21 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.

22 Código Civil, art. 1.691: Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

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

I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais

Representar os filhos e assisti-los:

Os filhos são representados pelos pais até os 16 (dezesseis) anos e assistidos dos 16 (dezesseis) aos 18 (dezoito) anos.²⁴ A representação acontece quando o menor ainda é considerado absolutamente incapaz.

A representação ou assistência deve ser feita de forma conjunta entre ambos os cônjuges e caso os pais não cheguem a um consenso para decidir quem poderá exercê-la, o genitor insatisfeito, poderá recorrer ao juiz para a solução dessa decisão.²⁵

O casamento é permitido somente após os 16 (dezesseis) anos, mas é necessário a autorização dos assistentes.

GUARDA COMPARTILHADA

Surgiu em países da Europa, como em Portugal (*guarda partilhada*) e na Itália, com o intuito de resolver problemas práticos, já que nesses locais, quando ocorre o divórcio ou separação do casal, aquele que deixa o lar perde o poder familiar. No entanto, apesar dessas pessoas abrirem mão da relação, o mesmo sentimento não poderia não acontecer em relação a convivência com os filhos.

Assim, foi criado o instituto da guarda compartilhada, que retomava ao cônjuge os direitos típicos do poder familiar.

No Brasil, as críticas sobre a guarda compartilhada são no sentido de que ela serve para regulamentar melhor o direito de convivência entre pais e filhos, já que no Brasil com a separação do casal não se perde os direitos ao poder familiar expostos no artigo 1634 do Código Civil.

A guarda é relação típica do poder familiar dos pais, sobre os filhos. Nessa situação a prioridade é o direito de convivência e exercer a opinião durante todas as decisões que influenciarem na vida do menor, como escolha do melhor tratamento médico, currículo escolar, viagens, etc.

O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas. Atualmente, não é afastada a possibilidade de guarda compartilhada, como vimos, na qual, por períodos definidos ou concomitantemente, ambos os cônjuges a exercem. Tal, porém, não suprime ou suspende o pátrio poder do pai ou da mãe.²⁶

O poder familiar, como já dito, não cessa com a separação do casal. Assim como todos os seus direitos e deveres constantes no extenso art. 1634 do Código Civil, analisado acima.

Em nosso País, quando se fala em guarda compartilhada, tem-se em mira ou uma guarda conjunta meio que relaxada, ou uma guarda alternada flexibilizada, ou mesmo uma uniparental democratizada. Na guarda “compartilhada” conjunta, o filho fica na companhia

recursos adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

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

25 Art. 1.690, § único do Código Civil: Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

26 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 289.

de um dos genitores, mas ambos têm legalmente sua guarda. O fato de o menor possuir residência fixa junto a um dos pais, não impede a convivência familiar indiscriminada e o exercício solidário do poder familiar em seus múltiplos aspectos. Quando a guarda é uniparental, embora o que não detenha a guarda continue cotitular do poder familiar, seu exercício pleno fica comprometido.²⁷

A Constituição Federal no artigo 227 descreve que «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». A jurisprudência tem sinalizado que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, o que se traduz na rígida observância da prevalência do melhor interesse da criança, devendo os pais pensarem sempre de forma conjugada no bem estar dos filhos, possibilitando-lhes usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna.²⁸

Geralmente o cônjuge que não detém a guarda fica, na prática, com o poder familiar enfraquecido, o que de fato não deveria acontecer, conforme muito bem explica o Professor Fiúza.

No Brasil, a separação e o divórcio jamais implicaram e não implicam perda do poder familiar para o genitor que não ficar com a guarda dos filhos. O que há é uma alteração em seu exercício, que passa a ser faticamente limitado, à distância. A limitação é de fato, não

27 Fiúza, Cesar. *Direito Civil: Curso completo*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014, p. 42.

28 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. PRINCÍPIO DO MAIOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR. PODER FAMILIAR ATRIBUÍDO AOS PAIS. GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. GENITOR COM MELHORES CONDIÇÕES. EXCEÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1) Segundo o princípio do maior interesse da criança e do adolescente, proclamado no caput art. 227 da Constituição Federal, “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”. 2) Neste sentido, a lei outorgou a ambos os pais um conjunto de responsabilidades relacionadas a direção, criação e educação dos filhos, o que foi denominado pelo Código Civil de Poder Familiar. E, obviamente, não é a extinção da sociedade conjugal que irá alterar esse vínculo de parentesco, conforme prevê a Lei Civilista: “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”. (art. 1.632). 3) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras oportunidades já manifestou que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, o que se traduz na rígida observância da prevalência do melhor interesse da criança, devendo os pais pensarem sempre de forma conjugada no bem estar dos filhos, possibilitando-lhes usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, ainda que seus ascendentes estejam separados 4) Portanto, foi nessa busca de proteção integral aos interesses dos filhos que os artigos 1.583 e 1.584 foram substancialmente alterados pela Lei 11.698/2008, passando então a determinar como regra a guarda compartilhada, uma vez que, conforme salientou a min. Nancy Adrighi no REsp 1.251.000/MG, “esta [guarda compartilhada] reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual, em que cada vez mais ficam apenas na lembrança as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais”. 5) Todavia, a própria disciplina civil brasileira previu exceções ao regime preferencial da guarda compartilhada, adequada àqueles casos em que um dos genitores demonstre melhores condições para a criação do menor, conforme se vê do parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro. 6) O estudo social/psicológico se caracteriza como diligência mais adequada à percepção dos verdadeiros elementos fáticos que justifiquem a guarda da criança com tal ou qual genitor. 7) Assim, restando demonstrado que, a despeito do prestígio a ser dado ao regime de guarda compartilhada, um dos genitores está em melhor situação para propiciar à criança os meios necessários ao desenvolvimento regular, além de ausentes quaisquer elementos que determinem a imediata alteração do regime de guarda, como a existência de riscos à vida ou dignidade da infante, deve o regime de guarda unilateral ser mantido, ao menos até a realização do competente estudo social. 8) Recurso improvido. (Agravado de Instrumento nº 0013712-85.2012.8.08.0051, 2ª Câmara Cível do TJES, Rel. José Paulo Calmon Nogueira da Gama. j. 16.10.2012, unânime, DJ 24.10.2012).

de Direito. Não há sentido, assim, falar em guarda compartilhada, no Brasil pelo menos nos moldes em que ocorre nos Estados Unidos e na Itália. Aqui, quando se fala em guarda compartilhada, o que se tem é uma regulamentação mais detalhada e democrática do direito de visita, bem como do exercício da autoridade parental do genitor que não detenha a guarda. Efetivamente, rigorosamente, não há guarda compartilhada em nosso ordenamento.²⁹

A de ressaltar ainda, a questão psicológica que existe em torno daquele que possui a guarda e sempre se julga em situação superior ao outro cônjuge, o que tecnicamente não deveria acontecer. Na verdade, a guarda somente estabelece o direito a convivência com o menor.

Todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. Já não distingue a ordem constitucional entre legítimos, ilegítimos ou adotivos.³⁰ Quando um casal assume o menor na condição de filho, deve sempre prevalecer a igualdade de direitos e deveres dentro do lar, independente da origem.

Porém, a própria legislação muitas vezes confunde os institutos, prova disso é o conceito entre guarda e poder familiar citados no artigo 1634 do Código Civil e o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se verifica quase o mesmo conceito para se tratar de poder familiar e guarda, dizendo se referir 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”.³¹ Ou seja, trata-se do mesmo conceito usado para nomenclaturas diferentes.

No entanto, não há como negar que a nova Lei trouxe um melhor ânimo aos pais que sempre fizeram questão do direito de convivência e exercício da paternidade de forma mais estreita. O objetivo da Lei foi o de atender o melhor interesse do menor, aplicando preceito constitucional insculpido no art. 227 da CR/88.³²

Apesar de parecer que o instituto denominado guarda compartilhada estaria reafirmando o que já estava dito no poder familiar, ouve um aspecto psicológico que mais pais passaram a procurar o instituto e fazer questão dessa ressalva, que após a publicação da lei passou a ser regra.

O enunciado 335 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, diz que “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

Paralelo a isso, o Novo Código de Processo Civil, passou a também estimular mais a conciliação e a mediação.³³ Com isso, desde o início do processo é estimulado o diálogo entre os ex **cônjuges**.

29 Fiúza, Cesar. *Direito Civil: Curso completo*. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014, p. 42.

30 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 291.

31 Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente: 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.

32 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.

33 Art. 3º. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Assim também deve permanecer durante a guarda compartilhada.

Não necessariamente deve haver uma amizade entre o casal para o deferimento do pedido de guarda compartilhada. Todavia, para tomada das decisões em benefício dos filhos é imprescindível que haja no mínimo “harmonia entre as partes quanto à guarda”³⁴.

O instituto visa estimular a convivência com os seus genitores, de forma que o menor tenha livre acesso em ambos os lares. É como se a lei permitisse aos pais que eles dessem exemplo para os filhos de civilidade e que um relacionamento sadio independe das preferências que eles podem ter em relação a si próprios.

Em se tratando de menores de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada.³⁵

Não necessariamente a guarda compartilhada será deferida somente entre os pais do menor, sendo possível o seu deferimento entre parentes ou àqueles que detém a guarda do menor.³⁶

Para um melhor exercício da guarda compartilhada, apesar de ambos os cônjuges terem direito ao exercício do poder familiar, o ideal é que também seja regulamentado a questão das visitas³⁷, que necessariamente não diz respeito a uma divisão cronometrada do tempo e sim aquela que melhor atenda às necessidades do menor.³⁸ Respeitando também as particularidades da vida privada de cada um.³⁹

Da mesma forma, “a guarda compartilhada não implica ausência do pagamento da pensão alimentícia”.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O poder familiar deixou de ter aspecto unilateral e passou a ser exercido por ambos os cônjuges. Essa evolução da lei atendeu a necessidade de uma visão Constitucional da família eudemonista, valorizando as pessoas e regulando melhor as relações entre pais e filhos.

A convivência familiar passou a ser direito tanto do menor, quanto dos pais. Portanto, apesar do

34 Agravo de instrumento – Ação de guarda compartilhada – Mudança do domicílio da genitora – Cidades distantes – Ausência de harmonia entre as partes quanto à guarda. ‘No tocante à guarda compartilhada, imprescindível para sua concepção e sucesso, sem tirar os olhos para o que for melhor para a infante, que ocorra harmonia e convivência pacífica entre os genitores; não consumada essa exigência não há falar em tal procedimento’. (TJMG, processo 1.0145.06.324805-1/001)

35 Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada(...) (TJMG, Processo 1.0000.00.343058-4/000.

36 “Recurso conhecido e provido, para deferir-se a guarda definitiva ao ora recorrente, tio do menor, a ser compartilhada com sua irmã, mãe daquele” (TJRJ, Processo 2003.001.15174;

37 ENUNCIADO 605 – A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

38 ENUNCIADO 603 – A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

39 ENUNCIADO 606 – O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

40 ENUNCIADO 607 – A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

litígio em relação a guarda envolver os interesses dos genitores, ou pessoas a eles equiparados, deve prevalecer sempre o melhor interesse do menor, conforme art. 227 da CF/88. Nesse sentido o artigo 1634 preservou todos os direitos ao poder familiar e não restringiu somente àquele que detém a guarda, ou mesmo condicionando a relação afetiva dos pais.

É preciso estabelecer a distinção entre o poder familiar e a guarda, deixando claro que o cônjuge que se separa não perde nenhum dos direitos constantes do rol no art. 1634 do Código Civil, referentes ao poder familiar.

No entanto, não podemos desprezar totalmente o instituto da guarda compartilhada limitando a sua interpretação do poder familiar, restringindo-a apenas a questão da regulamentação da convivência.

A guarda compartilhada fez aflorar todo um aspecto psicológico, já que a maioria da população não tem conhecimentos básicos de direito. Da mesma forma, permitiu soluções alternativas de resolução do conflito como a mediação e a conciliação, antes mesmo da entrada em vigor do NCPC. Assim como também permitiu aos pais que eles dessem exemplo de civilidade aos filhos de que um relacionamento sadio independe da convivência matrimonial, já que as decisões importantes em relação ao futuro do filho, em tese, devem ser tomadas em conjunto.

Desta forma, apesar da guarda compartilhada trazer os mesmos direitos constantes no art. 1634 do código civil, veio também agregar novas formas de composição da lide, estimular um melhor diálogo entre os pais e também aplicar o princípio constitucional de melhor interesse do menor, colocando-o acima de todos os interesses.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Invalidades matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família, *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 10 junho de 2016.

_____. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 10 junho de 2016.

_____. **VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/VIJornada.pdf>>. Acesso em: 10 junho de 2016.

_____. **VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/VIIJornada.pdf>>. Acesso em: 10 junho de 2016.

_____. Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos

serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/indez.php?option=com_content&view=article&catid=57:resolucoes&id=2927:resolu-no-35-de-24-de-abril-de-2007->>. Acesso em: 10 junho de 2016.

_____. Resolução n. 51, de 25 de março de 2008. Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes. Diário de Justiça da União, Brasília, 04 abr. 2008. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=160&id=3898&option=com_content&task=view. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Diretrizes Sobre a Educação**. Lei 9.394/1996. Brasília, DF: 1996.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90**. Brasília, DF: 1990.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direito das Famílias**, volume 6ª. Edi. Bahia. Juspodivm. 2014.

FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LIMA, Taisa Maria Macena. **Guarda de fato: tipo sociológico em busca de um tipo jurídico**. In: Fernandes, Milton (orientador). Controvérsias no sistema de filiação. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, p. IV-17 a 54.

_____. **Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos**. In: Pereira, Rodrigo Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Afeto, ética e família e o novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 673.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Maria Celina Bodin de Moraes – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. **Regras gerais sobre igualdade de oportunidade para pessoas com deficiência**: adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/96, de 20 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.senai.br/psai/download/resolu%C3%A7%C3%A3o_48.pdf>. Acesso em: 16 out. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDAS. **Tratado de Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limona, 1947, v. 3.

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

Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.