

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR APÓS O DESENLAÇE CONJUGAL POR MEIO DO INSTITUTO JURÍDICO DENOMINADO GUARDA

*THE EXERCISE OF THE POWER FAMILY AFTER MARITAL
THE OUTCOME THROUGH THE INSTITUTE NAMED
LEGAL GUARDIAN*

Carla Rodrigues de Santana

Bolsista integral pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico
e Tecnológico - CNPQ.

Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo - PUC/SP.

E-mail: rodriguesdesantana_c@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo analisa as consequências do desenlace conjugal na execução do poder familiar. Aponta o conceito de guarda e sua evolução no ordenamento jurídico pátrio. Estabelece algumas considerações sobre o princípio do melhor interesse do menor. Também traz a disciplina contida no Código Civil de 2002 sobre guarda com redação anterior à Lei n. 11.698/2008. Ainda, esclarece sobre a origem, a aplicação e o reconhecimento da guarda compartilhada pelo sistema jurídico brasileiro antes da Lei n. 11.698/2008. Expõe o conceito, as características, as vantagens e as desvantagens da guarda compartilhada trazida pela Lei n. 11.698/2008. E, finalmente, menciona a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores após o desenlace conjugal.

Palavras-chave: Poder familiar; Exercício; Menor; Guarda.

ABSTRACT: This article examines the consequences of marital outcome in the implementation of family power. Points the concept of guards and their evolution in Brazilian Law. Sets out some considerations about the principle of best interests of the juvenile. Still, it sheds light on the origin, implementation and recognition of shared custody legal system brasileiro before Law n. 11.698/2008. Exposes the concept, characteristics, advantages and disadvantages of shared custody brought by Law n. 11.698/2008. And finally, mentions the civil liability of parents for acts of minor children after marital outcome.

Key words: Familiar power; Exercise; Minor; Guard.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de forma expressa, que a família é a base da sociedade. Ou seja, os cidadãos promovem seu desenvolvimento intelectual, afetivo e físico no núcleo familiar. A pluralidade de entidades familiares (como por exemplo, aquelas formadas pelo casamento, a união estável e a família monoparental) propiciam aos seus membros a estrutura emocional e material para exercerem seus papéis de cidadãos colaborando para o desenvolvimento da nação.

Nesse contexto, o exercício do poder familiar (atualmente denominado autoridade parental) assume enorme importância na esfera jurídica pertencente ao ramo do direito de família. Isso, porque é através dele que o Estado regulamenta o exercício desse *munus publicum* fiscalizando-o para o bem-estar da família e da sociedade.

Assim, os pais possuem um poder/dever de propiciar o desenvolvimento psíquico e físico de seus rebentos, respondendo, inclusive, pelos danos que esses causarem a terceiros. Esses aspectos do poder familiar devem ser observados mesmo após o desenlace conjugal. A partir desse momento, surge o instituto jurídico denominado guarda visando regularizar a situação dos filhos menores em relação aos genitores.

Dessa forma, o presente trabalho possui o intuito de colacionar os aspectos gerais que envolvem o exercício do poder familiar por meio da guarda. No item 1, menciona os aspectos relevantes sobre o exercício do poder familiar após o desenlace conjugal. No item 2, aponta o conceito de guarda e sua evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio. No item 3, trata dos aspectos do princípio do melhor interesse do menor, apresentando as normas internacionais que trouxeram a previsão sobre o tema, sua regularização constitucional no Brasil e alguns pontos que envolvem a sua efetivação.

Também, no item 4, estabelece os dispositivos do Código Civil de 2002 anteriores à Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. No item 5, discorre sobre a aplicação do instituto jurídico denominado guarda compartilhada antes e após sua previsão legislativa. Por fim, no item 6, aponta a responsabilidade civil dos pais, após o desenlace conjugal, pelos atos dos filhos menores que causem danos a terceiros durante o exercício da guarda unilateral ou compartilhada.

1 PODER FAMILIAR E O DESENLACE CONJUGAL

O poder familiar (autoridade parental) é exercido por ambos os pais. Ou seja, pai e mãe possuem a incumbência de proporcionar aos filhos um desenvolvimento físico e mental sadio. Assim, as relações parentais parecem ser mais facilmente exercidas pelo fato dos filhos menores estarem na companhia de ambos os pais, conforme os arts. 1.630, 1.631 e 1.634 do Código Civil de 2002.

Todavia, com a separação do casal (de fato ou jurídica) surge um novo contexto para o exercício da autoridade parental. Nesse caso, Rubens Hideo Arai pondera que, usualmente, a autoridade parental é exercida somente por um dos genitores, diminuindo o papel do outro ao de mero coadjuvante (ARAI, 2008, p. 632). Isso, porque, após o desenlace conjugal, é deferida a guarda dos filhos para um dos genitores e a regularização do direito de visitas ao outro.

Assim, a guarda e o direito de visita são institutos jurídicos que permitem aos pais continuarem exercendo sua autoridade parental mesmo após o desenlace conjugal.

Contudo, esse modelo não atende a nova realidade social que busca meios mais efetivos para resguardar os interesses do menor, como, por exemplo, a participação de ambos os pais em seu cotidiano.

2 CONCEITO DE GUARDA

O termo guarda, derivado do antigo alemão *wartem* (guarda, espera), é empregado, “em sentido genérico, para eximir proteção, observação, vigilância ou administração” (SILVA, 2002, p. 387).

Guarda, na linguagem jurídica em geral, é “ação ou efeito de guardar, vigilância em relação a uma coisa ou pessoa, proteção, vigia, sentinela” (DINIZ, 1998, p. 691). Guarda, em sentido jurídico, representa um dos atributos inerentes à autoridade parental (CARBONERA, 2000; FIÚZA, 2003; CAZPSKI, 2009).

Jorge Shiguenitsu Fujita, citando Guilherme Gonçalves Strenger, menciona que “guarda é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição” (FUJITA, 2003, p. 308).

Guarda dos filhos é uma locução indicativa do direito (ou do dever) que atribui aos pais ou a um dos cônjuges a companhia e

proteção dos rebentos nas diversas circunstâncias indicadas pela lei civil (CASABONA, 2003, p. 88). O Código Civil estabelece algumas diretrizes relativas a guarda quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto (DIAS, 2007).

A guarda é um dos atributos do poder familiar, mas não se exaure nele nem com ele se confunde (CAHALI, 2005, p. 146). Isso, porque a guarda pode existir sem o poder familiar (guarda em família substituíta prevista no ECA), como o poder familiar pode existir sem guarda (quando for exercida pelos pais casados ou companheiros).

Maria Helena Diniz (1998, p. 47) menciona que guarda é um “poder-dever de assistência educacional, material e moral, a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o desenvolvimento psíquico”. Para atingir esses objetivos a guarda estabelece um conjunto de relações jurídicas entre o genitor e o filho menor, originárias do poder e companhia do primeiro. Ela possibilita o exercício de todas as funções paternas (GRISARD FILHO, 2000, p. 47).

Portanto, o guardião possui o poder familiar em toda a sua extensão (guarda singular ou unilateral), cabendo-lhe decidir sobre a educação e a formação religiosa do menor, competindo ao outro genitor apenas o direito de visita e o de fiscalizar a criação do filho (DINIZ, 1998, p. 287-8). Assim, a separação de fato, a separação judicial¹ ou o divórcio não alteram a titularidade do poder familiar, mas o detentor

¹ A Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos. O § 6º da CF passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 226 [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (consensual ou litigioso)” (DOU 14.7.2010). As consequências dessa alteração, entre outras, podem ser mencionadas da seguinte forma: a) o casamento será dissolvido somente com o divórcio; b) não haverá mais separação judicial ou extrajudicial; c) a culpa não será mais discutida como motivo do deslance conjugal (posicionamento já adotado pela maioria da jurisprudência), exceto nos casos de ação autônoma de alimentos e ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais ou estéticos; d) redução dos processos e maior agilidade nas varas de família; e) modificação da interpretação de vários artigos da legislação civil que terão excluídos os termos “separação judicial” ou “separados judicialmente”, mas produzirão efeitos quanto aos demais aspectos, por exemplo, como o artigo 10, 25, 980, 1.580, 1.831 do Código Civil, entre outros; f) privilegia-se a autonomia de vontade nas relações afetivas.

guardião da prole terá o seu exercício de maneira mais ampla uma vez que deliberará sobre o desenvolvimento pessoal e integração social do filho menor. Assim, a guarda gera, de maneira imediata, a permanência da criança ou do adolescente na companhia e sob a responsabilidade do guardião para todos os fins legais (PEREIRA, 2007, p. 472).

2.1 EVOLUÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

A primeira norma que disciplinou o destino dos filhos de pais, após o desenlace de seus genitores, foi o art. 90 do Decreto n. 181 de 1890: “a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deve concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre” (CASABONA, 2003, p. 96).

O Código de 1916 não contemplou sistematicamente a guarda como ocorreu em relação ao pátrio poder, a tutela e a curatela, senão como efeito comum do casamento e atributo do pátrio poder. Assim, a questão foi disciplinada no capítulo que cuidava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos (GRISARD FILHO, 2000; CASABONA, 2003).

O referido diploma estabeleceu duas situações: a) na dissolução amigável, a guarda seria estipulada por meio da concordância entre os cônjuges (art. 325); b) na dissolução judicial, a guarda seria decretada levando-se em consideração a culpa pela ruptura conjugal (atribuída a um ou ambos os cônjuges), o sexo e a idade do filho menor (art. 326).

Nessa última hipótese, havendo cônjuge inocente, a guarda dos filhos menores lhe seria atribuída. Havendo culpa de ambos os cônjuges, a mãe ficaria com a guarda das filhas e os filhos até seis anos de idade; o pai, ao contrário, teria a guarda dos filhos maiores de seis anos de idade. No caso de anulação do casamento e havendo filhos comuns incidiriam as mesmas regras. Todavia, ocorrendo motivos graves, o magistrado poderia decidir de maneira diversa o exercício da guarda, diante de qualquer caso (separação consensual ou litigiosa) sempre visando o bem-estar dos filhos.

Desse modo, o Código de 1916 acabou estipulando uma verdadeira sanção aos filhos do casal. Isso, porque o genitor culpado pela separação conjugal seria privado do exercício da guarda, mesmo que tivesse as melhores condições. E, além disso, se ambos os pais fossem

considerados culpados, os menores poderiam ser privados da convivência diária com os mesmos, ficando na companhia de terceiros.

O Decreto-Lei n. 3.200/41 disciplinou sobre a organização e proteção da família. No que se refere a guarda do filho natural, essa norma determinou que esse ficaria com o genitor reconhecente, salvo decisão em sentido contrário proferida pelo magistrado (art.16).

O Decreto-Lei n. 9.704/46 disciplinou a guarda dos filhos menores no desquite judicial. Esse dispositivo legal estabeleceu que, quando não fossem destinados aos ex-cônjuges, os filhos menores teriam a guarda deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantivesse relações sociais com o cônjuge culpado, a quem, entretanto, seria assegurado o direito de visita aos filhos.

Com a alteração trazida pela Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), o Código Civil de 1916 passou a disciplinar a guarda dos filhos nos casos de dissolução litigiosa da seguinte maneira: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, salvo disposição em sentido contrário decretada pelo magistrado, nos termos do art. 326, § 1º (não mais se fazia a distinção de sexo e idade dos menores); c) verificando que não deveriam os filhos permanecer sob a guarda da mãe nem do pai, o juiz autorizado a deferir a guarda para pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas (art. 326, § 2º); d) havendo motivos graves, poderia o juiz, em qualquer caso, visando o bem-estar dos filhos, regular de maneira diversa a situação deles em relação aos pais (art. 327, *caput*, já previsto na redação anterior do Código Civil de 1916).

Por sua vez, a Lei n. 5.582/70, modificou o artigo 16 do Decreto Lei 3.200/41 e lhe acrescentou parágrafos, determinando que o filho natural, reconhecido por ambos os genitores, ficaria sob o poder da mãe, desde que tal solução não acarretasse prejuízo para o menor. Ainda trouxe a possibilidade de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea pertencente a família de qualquer um dos genitores; e, também, a possibilidade do magistrado decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre tendo como objetivo resguardar o interesse do menor.

Essas regras perduraram até a outorga da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio). Essa lei, aparentemente, conservou o sistema até então

vigente. Isso, porque na dissolução consensual (art. 4º), observou-se aquilo que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos. Todavia, nas dissoluções não consensuais, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das modalidades de dissolução (CASABONA, 2003).

Na hipótese do art. 5º, *caput* (divórcio-sanção – conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento), os filhos ficariam com o cônjuge inocente que não deu causa à separação (art. 10, *caput*); no caso do artigo 5º, § 1º (divórcio-falência – separação de fato há mais de cinco anos), os filhos ficariam com o cônjuge que já detinha suas companhias durante o tempo de ruptura da vida em comum (art. 11); por fim, na hipótese prevista no artigo 5º, § 2º (divórcio-remédio – grave doença mental de um dos cônjuges), os filhos ficariam com o cônjuge que demonstrasse condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (art. 12).

Na separação não consensual em que fossem por ela responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores (de qualquer sexo ou idade) ficariam com a mãe (art. 10, § 1º). Assim, culpa continuou a ser o critério definidor da guarda judicial dos filhos menores (art. 10, *caput* e § 1º).

Nesse contexto, o § 2º do art. 10 da Lei do Divórcio reservou ao juiz a faculdade de deferir a guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, quando verificasse que os filhos não deveriam permanecer em poder do pai ou da mãe.

Segundo o art. 13, o magistrado poderia proceder de forma diversa as regras ordinárias desde que prevalecesse o bem do menor e houvesse motivo grave (CASABONA, 2003). Ainda, o art. 14 estabeleceu que havendo anulação do casamento com havendo filhos comuns, observar-se-ia o disposto nos art. 10 a 13 da Lei do Divórcio.

Dessa forma, o melhor interesse do menor passou a permear a legislação civilista da época. Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art.227) e a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), houve a consagração de forma definitiva sobre a importância da proteção integral aos direitos e deveres da criança e do adolescente e o princípio da proteção do melhor interesse do menor.

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O poder familiar exercido pelos genitores (antes ou após o deslince conjugal) deve resguardar o princípio do melhor interesse do menor. Tal princípio também serve de alicerce para atuações estatais e sociais na área infanto-juvenil. Desse modo, tendo em vista sua importância na sociedade hodierna, o princípio do melhor interesse do menor está expresso em diversas normas internacionais.

A Declaração de Genebra de 1924 estabeleceu a necessidade de proclamar à proteção especial destinada a criança. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 destacou o direito aos cuidados e assistência especiais.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinou que a criança gozará de especial proteção e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Além disso, ela estabelece que, ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse da criança.

Também o princípio do melhor interesse da criança foi previsto pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, retificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/90, que estabelece, em seu art. 3.1: “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Seguindo essa tendência internacional de proteção à criança e ao adolescente, o art. 227 da Constituição Federal estabelece: “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” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Em suma: são direitos que a família, a sociedade e o Estado deverão assegurar à criança e ao adolescente (CRETELLA JR, 1993, p. 4532).

Dessa forma, “é obrigação do Estado e da sociedade envidar esforços para que seja sempre de boa formação o homem de amanhã” (SILVA, 2008, p. 852). Paolo Verzelone, citado por José Afonso da Silva, menciona que se trata de uma “verdadeira revolução feita por pessoas estranhas à categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos cidadãos identificados a partir da idade” (SILVA, 2008, p. 857).

Nesse contexto, a efetividade do princípio do melhor interesse do menor na sociedade brasileira depende de vários fatores, entre outros: a) maturidade psicológica dos genitores² (ARAI, 2008) no direcionamento afetivo, religioso e material para assistência da criança e do adolescente; b) aperfeiçoamento do ensino público e privado do país, incluindo, dentre outras, disciplinas sobre educação moral e cívica, meio ambiente, educação no trânsito, consumo sustentável; c) atendimento médico-hospitalar público e privado desenvolvido e especializado na área infanto-juvenil; d) aperfeiçoamento de políticas públicas para apoio ao desenvolvimento infanto-juvenil nas áreas culturais e de lazer; e) campanhas de profissionalização e acesso ao mercado de trabalho para adolescentes, garantidas as restrições previstas em lei; f) disseminação de campanhas públicas e privadas (organizações não-governamentais e fundações e associações sem fins lucrativos) sobre os direitos e “deveres” da criança e do adolescente, além da repressão ao tráfico infanto-juvenil, à pedofilia, à violência sexual infanto-juvenil e ao bullying; g) conhecimento técnico e consciência ética dos operadores do direito que atuam nas áreas do direito de família; h) implantação de equipes multidisciplinares para atendimento aos genitores e menores envolvidos no conflito judicial familiar; i) inclusão da mediação familiar para resolução das lides familiares; j) aperfeiçoamento das medidas de proteção e das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em outras palavras, o Estado e a sociedade, apesar das conquistas já realizadas, ainda precisam percorrer um longo caminho para efetivação do princípio do melhor interesse do menor.

² Em muitas circunstâncias, as reações educativas dos genitores não atendem basicamente a necessidade de seus filhos, mas às deles mesmos. De forma inconsciente, os genitores tentam educá-los por meio das projeções de seus conflitos, frustrações e problemas pessoais, afastando-se de uma dinâmica profunda e direcionada às verdadeiras necessidades dos filhos.

Por fim, menciona-se também que o princípio do melhor interesse do menor constitui um instituto jurídico que propicia ao magistrado analisar todos os elementos trazidos pela lide familiar e definir qual seja o melhor interesse do menor naquele caso. Em outras palavras, a “imprecisão e a variedade de conteúdo que pode apresentar a noção de interesse do filho aponta para a consagração como uma cláusula geral, um princípio protetivo onde poderiam estar abrigadas todas as suas facetas, adequadas pelo juiz a cada caso concreto” (CARBONERA, 2000, p. 126). Com isso, busca-se a efetividade desse princípio perante a atividade típica do Poder Judiciário: julgar e solucionar os conflitos entre cidadãos visando à paz social.

4 CÓDIGO CIVIL DE 2002 – REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 11.698/2008

O Código Civil de 2002, com fundamento na doutrina do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*), afastou a influência da culpa para fixação da guarda judicial dos filhos, trazendo no *caput* do art. 1.584 (com redação anterior a Lei n. 11.698/2008), a regra geral com a seguinte redação: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

Esse dispositivo estabeleceu a regra da implantação da guarda unilateral para os filhos nos casos de desenlace conjugal. Ela corresponde ao exercício da guarda exclusivamente por um dos genitores tendo em vista o consenso entre eles ou por decisão judicial (ALVES, 2009).

Dessa forma, preserva o interesse do menor, em obediência ao princípio do art. 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do art. 227 da Constituição Federal que consagra o princípio da proteção integral. Assim, mesmo antes da previsão expressa sobre a guarda compartilhada, a intenção do legislador era (e continua sendo) atender à doutrina do melhor interesse da criança (ALVES, 2009).

O instituto da guarda tem objetivo primordial a proteção dos interesses do menor, obrigando o seu responsável a prestar-lhe assistência material e moral, devendo assim, ser atribuída àquele que revelar melhores condições de exercê-la. É evidente que a expressão “melhores condições” não se faz menção à situação econômica dos

envolvidos, mas a todo um conjunto de condições que melhor atendam aos interesses do menor. A Jornada I do STJ 102 estabelece que: “A expressão melhores condições no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “melhores condições para o exercício da guarda do menor”, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável (STJ, Resp 916.350-RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, data do julgamento: 11/03/2008).

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda, correspondendo ao direito/dever decorrente do poder familiar, obrigando ambos os cônjuges e conviventes.

No caso do desenlace conjugal por mútuo consentimento, o art. 1.583 estabelece que, “no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial, por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Assim, os ex-cônjuges/companheiros devem descrever com minúcias sobre a guarda e o direito de visitas, descrevendo as férias escolares, festividades religiosas, período natalino e outros. Entretanto, essa situação não faz coisa julgada, podendo ser modificada futuramente, desde que haja necessidade e conveniência (VENOSA, 2003).

A guarda dos filhos nos casos de separação judicial ou divórcio possui como critério a proteção integral do menor, de acordo com o art. 1.584. No entanto, em situações excepcionais, quando o magistrado concluir que o menor não deve ficar com nenhum dos genitores, a guarda do menor deve ser deferida a terceiro, preferencialmente um integrante da família, conforme parágrafo único do aludido dispositivo. Haverá situação excepcional quando os pais demonstrarem condições negativas para o exercício desta vertente do poder familiar, por exemplo, quando os pais são viciados em drogas, sem ocupação regular e com práticas de violência contra os filhos (ALVES, 2009).

Conforme o art. 1.585, as disposições referentes à guarda unilateral poderão ser aplicadas em sede de medida cautelar de separação de corpos. Também importante afirmar que havendo motivos graves, o magistrado poderá regular de forma completamente diferente a guarda

de menores, sempre utilizando como critério norteador o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança (art. 1.586).

E, ainda, o art. 1.587 afirma que os dispositivos dos art. 1.584 e 1.586 aplicam-se nos casos de invalidade de casamento quando houver filhos comuns. Por sua vez, o art. 1.588 confere ao pai ou à mãe o direito de ter consigo os filhos do leito anterior, quando eles contraírem novas núpcias.

Quanto ao direito de visitas, os pais ou as mães, que não estão com a guarda, possuem o direito inarredável de exercê-lo, conforme o 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”. O art. 1.590 finaliza o capítulo da proteção da pessoa dos filhos com a seguinte redação: “As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores se estendem também aos maiores incapazes”.

A Lei n. 12.398, de 28 de março de 2011, incluiu o parágrafo único ao art. 1.589 estabelecendo o direito de visita a qualquer dos avós, segundo critério do magistrado com a observância dos interesses da criança e do adolescente.

Por fim, conclui-se que o princípio da proteção integral e do melhor interesse do menor são critérios de decisão do magistrado para fixação da guarda, quando não realizada consensualmente pelos genitores. E, mesmo quando houver consenso entre os genitores sobre a guarda dos filhos menores, o magistrado poderá decidir de modo diverso, desde que haja motivo grave e sempre prestigiando o princípio acima mencionado (CASABONA, 2003).

5 GUARDA COMPARTILHADA

5.1 ORIGEM, APLICAÇÃO E RECONHECIMENTO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N. 11.698/2008

A primeira decisão sobre guarda compartilhada (*joint custody*) ocorreu na Inglaterra na década de 60. Sua ideia estendeu-se à França e ao Canadá, espalhando-se por toda a América do Norte. Contudo, foi no direito americano que essa nova tendência se desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos, a guarda compartilhada é intensamente discutida e pesquisada devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A *American Bar Association – ABA* criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (*Child Custody Committee*). Nesse país, há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. Essa nova lei modificou os textos do Código Civil Francês relativos ao exercício da autoridade parental, estabilizando as decisões judiciais.

A “tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos danosos da maioria das decisões”³.

No Brasil, o instituto da guarda compartilhada não foi previsto expressamente pelo ordenamento jurídico nacional (ALVES, 2009). Todavia, isso não impossibilitava a sua aplicação prática, pois utilizava-se as experiências do direito comparado: a) França – Código Civil Francês, art. 373-2; b) Espanha – Código Civil Espanhol, arts. 156, 159 e 160; c) Portugal – Código Civil português art. 1905⁴; d) Cuba – Código de Família de Cuba, arts. 57 e 58; e) Uruguai – Código Civil Uruguaiano, arts. 252 e 257.

Além disso, a jurisprudência instituiu a guarda compartilhada de acordo com a interpretação dos seguintes dispositivos legais: a) art. 229 da Constituição Federal (Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores); b) art. 1.579 do Código Civil de 2002 (O

³ Justificativa do Projeto de n. 6.350/2002, que originou a Lei de Guarda Compartilhada, proposto pelo Deputado Federal Tilden Santiago. RDF n. 47 – Abr-maio/2008- Acontece. p. 218.

⁴ Eduardo dos Santos, ao comentar os diversos aspectos no direito civil de família português, menciona que “[...] o poder paternal é exercido por aquele a quem o filho foi confiado (art. 1906, n. 1). Contudo, os pais podem acordar, neste caso, o exercício do poder paternal em comum dos dois, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoraram na constância do matrimônio (n. 2). E podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos por acordo de ambos os pais ou em que a administração dos bens dos filhos seja assumida pelo progenitor não guardião (n. 3)”. SANTOS, Eduardo dos. *Direito de família*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 539.

divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos); c) art. 1.632 do Código Civil de 2002 (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); d) art. 1.690, parágrafo único do Código Civil de 2002 (Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e aos bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária).

O Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado, em termos genéricos sobre a guarda compartilhada: “é preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. [...] o que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe (RE 60.265/RJ)” (ALVES, 2009, p. 101-2).

Em 2006, o Enunciado n. 355 da IV Jornada de Direito Civil veio a estatuir: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.

5.2 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11.698/08

Após a edição de vários projetos de lei⁵, a Lei (Federal) n. 11.698, de 13 de junho de 2008, consagrou o instituto da guarda compartilhada já amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência. Dessa forma, sendo que o reconhecimento legislativo pacificou a discussão sobre a aplicabilidade do aludido instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em geral, a principal mudança (no Código Civil de 2002) trazida pela Lei n. 11.698/2008 faz menção à previsão expressa da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro proporcionando sua aplicação como regra e trazendo a incidência da guarda unilateral como exceção.

Assim, a guarda unilateral adquiriu os contornos de exceção, de acordo com o art. 1.583, § 1º do Código Civil (inserido pela Lei

⁵ Os projetos de Lei, que inseriram o instituto da guarda compartilhada no Código Civil, foram apresentados todos no ano de 2002. O primeiro projeto de lei foi o de número 6350/2002, elaborado pelo Deputado Federal Tilden Santiago, apresentado em 24.01.2002. Os posteriores foram os projetos de lei n. 6.960 e n. 7.312 de 2002 ambos de autoria do Dep. Ricardo Fiúza. E, por último, o projeto de Lei n. 6315/2002 – Dep. Feu Rosa – 18 de março de 2002.

n. 11.698/2008), sendo atribuída somente a um dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º).

O art. 1.583, § 2º (inserido pela Lei n. 11.698/2008) passou a estatuir que 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: a) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; b) saúde e segurança; c) educação. Contudo, trazendo um rol exemplificativo sem qualquer tipo de ordem de preferência entre eles.

O art. 1.583, § 3º (inserido pela Lei n. 11.698/2008) determina que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha supervisionar os interesses dos filhos.

O art. 1.584, *caput*, estabelece que a guarda unilateral ou compartilhada poderá:

- a) ser requerida, por consenso, pelo pai ou pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; b) 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.

O art. 1.584, § 5º (inserido pela Lei n. 11.698/2008) menciona que “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”.

Ainda, para que não haja a nefasta perda do contato dos filhos com o genitor não guardião, resguarda-se a esse o direito de visitas e de convivência com o filho, de acordo com o consenso dos pais ou por decisão judicial (art. 1.589). Paulo Lôbo menciona a importância do direito de visita não ser tratado meramente como uma visita, pois deve garantir um contato permanente estabelecendo um direito recíproco: de visita atribuído aos pais e de convivência concedida aos filhos (LÔBO *apud* ALVES, 2009, p. 98).

O critério norteador da fixação da guarda unilateral continua sendo o melhor interesse do menor, tendo em vista que essa medida deve ser aplicada sempre em seu benefício (ALVES 2009).

5.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, VANTAGENS E DESVANTAGENS

A guarda compartilhada é o exercício simultâneo/conjunto do poder familiar, afastando-se, desse modo, a dicotomia entre guarda exclusiva, de um lado, e o direito de visita, do outro. Por meio dela, fixa-se o domicílio do menor na residência de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar exercendo intensamente o poder familiar. Isso ocorre por meio da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte, lazer, desse modo, descaracterizando a figura do pai/mãe de fim de semana (ALVES, 2009).

Todavia, a incidência da guarda compartilhada não elimina a obrigação do pagamento da pensão alimentícia por um dos genitores. Sendo assim, ela possui como objetivo ampliar os horizontes da responsabilidade dos pais ocasionando uma co-responsabilidade na educação global dos filhos menores. Enfim, instala uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor. Paulo Lôbo assevera que a guarda compartilhada é caracterizada “pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar” (LÔBO *apud* ALVES, 2009, p. 103).

A regra geral trazida pela Lei n. 11.698/2008, determinando a decretação da guarda compartilhada em “atenção a necessidades específicas do filho em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe” (art. 1.584, II), deve ser analisada de forma que não seja aplicada de forma indiscriminada. No caso em concreto, o magistrado deverá analisar todos os elementos trazidos aos autos do processo para implantação ou não da guarda compartilhada (AKEL, 2009, p. 122).

Para que haja a configuração da guarda compartilhada deve haver um entendimento maior entre os pais⁶, um consenso entre ambos,

⁶ Guarda Compartilhada não aplicada ao caso concreto: 1) TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 659.381.4/3-00, Comarca de São José dos Campos, v.u., Relator Natan Zelinski de Arruda, data do julgamento 10 de dezembro de 2009; 2) TJ/SP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão 6190644400, Comarca de São Paulo, data do julgamento: 01/12/2009, Relator Morato de Andrade; 3) TJ/SP, Apelação com Revisão n. 6545154000, Comarca de Presidente Epitácio, 5ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento 11/11/2009, Relator Erickson Gavazza Marques; 4) TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão 6552704800, Relator: Dimas Carneiro, Comarca de Rio Claro, data do julgamento

pois haverá um convívio entre eles, mesmo após o desenlace conjugal, buscando o melhor interesse do filho menor. Deve haver uma relação harmoniosa a respeito de sua educação e criação. O que pode ser constatado por meio do estudo social ou multidisciplinar.

Sobre a possibilidade de alteração da guarda instituída por meio de decisão judicial ou homologação de acordo, ela somente deve ser realizada quando necessário, resguardando o bem-estar do menor afastando-o de transformações danosas ao seu estado psíquico.

Segundo a nova redação, a guarda compartilhada caracteriza-se como regra (parágrafo 2º do art. 1.584 do CC) e a guarda unilateral corresponde à exceção quando apenas um dos pais revelar melhores condições para o exercício, podendo, ainda ser atribuída a um terceiro (parágrafo 5º do art. 1.584 do CC).

Os pais poderão postular uma ou outra forma em conjunto, quando houver consenso, ou ainda, qualquer deles, em ação autônoma de separação, divórcio, dissolução de união estável ou mesmo em medida cautelar (CAMILLO, 2009, p. 1.893-4).

Dessa forma, a guarda compartilhada possui as seguintes vantagens e objetivos: a) incremento da convivência do menor com ambos os genitores⁷, não obstante o fim do relacionamento amoroso entre aqueles; b) diminuição dos riscos de ocorrência da alienação parental⁸; c) resguarda o princípio da melhor proteção ao menor; d) evita

30/09/2009; 5) TJRS, Agravo de Instrumento n. 70025244955, 7ª C. Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, data de julgamento 24.09.2008.

⁷ CZAPSKI, Aurélia L. Barros, *op. cit.*, p. 1.266. Sua aplicação possibilita o estreitamento dos laços afetivos e familiares.

⁸ Maria Berenice Dias menciona que a síndrome da alienação parental ou implantação de falsas memórias ocorre “muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir o desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade. Ele é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem a ama”. DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 409. Alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa. Quando a Síndrome está presente, a criança dá sua própria contribuição na campanha de desmoralizar o genitor alienado. O projeto de Lei n. 5.197/2009, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra, pune com a perda familiar sobre o filho o pai ou mãe que caluniar, difamar ou injuriar o ex-companheiro ou ex-cônjuge com a intenção de desmoralizá-lo perante o filho. Com

que filhos se tornem moeda de troca dos pais no processo judicial; e) resguarda o princípio do direito à convivência familiar (art. 227 da Constituição Federal e nos arts. 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

E, também: f) consagra a igualdade entre os cônjuges/compañheiros (art. 266, § 5º, c/c art. 226, § 3º), a paternidade responsável (art. 266, § 7º) “fruto do princípio da autonomia privada, o qual está consubstanciado no princípio da liberdade” (art. 5º, caput) (ALVES, 2009, p. 104-5); g) evita que o filho escolha um dos genitores como guardião, afastando, desse modo, a angústia e o desgaste emocional provocados pelo medo de magoar o genitor preterido; h) estabelece a responsabilidade solidária pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores, pois “presume-se que as decisões relativas à educação são tomadas em comum pelos pais, que desempenham papel efetivo na formação diária dos filhos, e havendo dano, a presunção do erro ou falha na educação e vigilância das crianças recai sobre ambos, ainda que a guarda material (física) permaneça apenas com um dos genitores” (AKEL, 2009, p. 107-8)^{9,10}.

a proposta, o deputado espera combater a síndrome da Alienação Parental (RDF n. 55, Ago/Set/2009 – Acontece, p. 234). Importante verificar os dispositivos da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, que menciona, de forma exemplificativa, as formas de alienação parental, as sanções ao alienador e outras medidas processuais.

⁹ Priscila M.P.Côrrea da Fonseca defende posição diversa. Ela entende que a guarda compartilhada decorre do poder familiar, portanto, seria desnecessário que o legislador tivesse repetido tal instituto sobre nova roupagem. Manifesta também que a co-responsabilidade pela educação dos filhos não pode ser rotulada como obrigação facultativamente assumida ou mesmo fruto de imposição judicial, pois ela configura dever –legal que compete a ambos os genitores. FONSECA, Priscila M.P. Côrrea da. Guarda Compartilhada x Poder Familiar: Um inconcebível contra-senso. *Revista IOB de Direito de Família*. Ano X, n. 49, Ago-Set/2008, p. 8.

¹⁰ Eliana Riberti Nazareth menciona que: “o fato de haver desvantagens, senões ou interrogações não deveria inibir o questionamento sobre a aplicabilidade desse tipo novo de guarda [compartilhada] por parte de juizes, advogados, assistentes técnicos, enfim, todos os envolvidos nas disputas pelos filhos. Trata-se de tentar de todas as maneiras possíveis atenuar as perdas inevitáveis de uma separação. Pior seria manter, sem debate, as práticas tradicionais de guarda por ser aparentemente mais fácil, cômodo e menos oneroso”. Eliana Riberti Nazareth. *Com quem fico, com papai ou com mamãe?* Considerações sobre a Guarda Compartilhada. Contribuições da Psicanálise ao Direito de Família. In: *Direito de Família e Ciências Humanas*. Caderno de Estudos n. 1. Coordenação geral: Eliana Riberti Nazareth. Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997. p. 85.

Por outro lado, a maior crítica da doutrina concentra-se no art. 1.584, § 2º do Código Civil segundo o qual “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Para alguns autores esse dispositivo legal trouxe como regra preferencial, quase obrigatória sobre o exercício do poder familiar por meio da guarda compartilhada, após o desenlace conjugal, na hipótese de não haver acordo entre os genitores. De acordo com esse entendimento, isso implicaria em retrocesso no diz respeito à regra geral da guarda unilateral concedida a quem relevar possuir melhores condições, outrora encontrada no art. 1.584, parágrafo único, pois o litígio vivenciado pelos pais impossibilitaria por completo o sucesso da guarda compartilhada. Tal obrigatoriedade provocaria um enorme risco de frustração dessa medida pela discordância dos genitores (ALVES, 2009).

Todavia, a obrigatoriedade da guarda compartilhada deve ser comemorada, pois o conflito entre os genitores pode ser afastado por meio da mediação interdisciplinar^{11,12,13}. Apenas no caso de insucesso da mediação é que ocorrerá a aplicação da medida excepcional da guarda unilateral, desde que haja observância dos parâmetros definidos

¹¹ O art. 1584, § 4º do Código Civil: “Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”. Assim, podemos afirmar que, antes da aplicação da guarda compartilhada, deve ser realizada, necessariamente, a mediação interdisciplinar. Esse dispositivo atribui um poder-dever para o magistrado, desde que imprescindível (caso do art. 1584, § 2º).

¹² Leonardo Barreto Moreira Alves menciona que: “Destarte, essa situação é contornável a partir da prática da mediação. O conflito existente entre os pais, caso trabalhado pela mediação, pode não ser transferido para os filhos, aliás, mais do que isso, pode ser definitivamente, solucionado, harmonizado o convívio familiar e proporcionado um saudável desenvolvimento psíquico dos menores”. ALVES, Leonardo Barreto Moreira, op. cit., p. 110.

¹³ Projeto n. 505/2007 – Estatuto da Família– Apresentado pelo Congresso Nacional pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Redação dos artigos pertinentes ao tema: “Art. 96 A guarda dos filhos e o direito à convivência devem ser definidos nos casos de: I – separação dos pais; II – divórcio; III – invalidez do casamento; IV- dissolução da união estável da união homoafetiva; V – de os pais que não coabitarem. Art. 97. Não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não-guardião. Parágrafo único. Antes de decidir pela guarda compartilhada, sempre que possível, deve ser ouvida a equipe multidisciplinar e utilizada a mediação familiar”.

no art. 1.584, § 2º para proteção do princípio do melhor interesse do menor¹⁴ (ALVES, 2009).

Outro ponto criticado pela doutrina é o art. 1.584, § 1º que estabelece: “Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai ou 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”.

Com isso, a alteração não autorizada ou descumprimento imotivado de cláusula de guarda compartilhada poderá ocasionar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, como por exemplo, o número de horas de convivência com o filho (conforme previsão trazida pelo art. 1.584, § 4º do Código Civil). Assim, essa sanção atinge principalmente o direito de convivência do filho com o genitor punido acarretando, na verdade, uma verdadeira violação do princípio do melhor interesse do menor.

Por fim, a doutrina aponta outra incorreção: o art. 1.583, § 1º do Código Civil. Segundo ela esse dispositivo restringe o exercício da guarda compartilhada aos pais vedando a utilização desse instituto por outras pessoas que, eventualmente, venham a cuidar dos menores. Isso contraria o posicionamento adquirido modernamente pelo direito de família no qual os vínculos familiares são menos jurídicos e mais afetivos, como ocorre no parentesco sócio-afetivo. Para corroborar esse entendimento, há uma tendência da jurisprudência pátria em permitir a guarda compartilhada por terceiros¹⁵. O aludido dispositivo, portanto, comporta interpretação extensiva (ALVES, 2009).

¹⁴ Aurélia L. Barros Czapski menciona que “o curioso é que, antes, os aplicadores do direito entendiam que o compartilhamento poderia ser interessante, desde que houvesse consenso entre os pais e, portanto, não houvesse litígio quanto a atribuição da guarda. Hoje, tal argumento foi afastado pela nova lei, que prevê exatamente o contrário: se não houver consenso, o juiz deve optar pela guarda compartilhada. A imposição do afastamento do filho em relação a um dos genitores e sua família era um prejuízo que não precisava ser vivenciado e que foi superado pela nova redação do presente artigo”. CZAPSKI, Aurélia L. Barros, *op. cit.*, p. 1.270.

¹⁵ STJ, REsp 1147138/SP, Quarta Turma, Min. Relator Aldir Passarinho Junior, data do julgamento 11/05/2010, data da publicação 27/05/2010. Nesse caso, a decisão permitiu que avó e o tio paternos de uma menor tivessem a guarda compartilhada da adolescente, que convive com eles há doze anos, desde os quatro meses de vida. O pai estava preso e a mãe trabalhava em várias cidades, não sendo possível saber quando ia (ou se ia) visitar a filha. Dessa forma, os parentes recorreram à Justiça, pedindo a guarda compartilhada para regularizar uma situação de fato, para o bem-estar e o

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES, APÓS O DESENLACE CONJUGAL, QUE CAUSEM DANOS A TERCEIROS DURANTE A GUARDA UNILATERAL E COMPARTILHADA

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2006), considerando-se que ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar, que a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. E que a falta daquela pode levar à exclusão da responsabilidade. Por exemplo, a jurisprudência possui entendimento majoritário nesse sentido: se o filho se encontra sob a guarda e companhia da mãe, por força da separação judicial, responde esta, e não o pai.

Assim, a responsabilidade civil pelo dano causado a terceiro pelo filho menor será daquele que possui a guarda. Em outras palavras, quando o menor se encontra sob a guarda exclusiva de um dos cônjuges, por força de separação, divórcio ou regulamentação de guarda, a responsabilidade civil recairá sobre o pai ou a mãe que tem o filho em sua companhia (VENOSA, 2003). Segundo Maria Helena Diniz (2009), se o filho menor estava sob a guarda e companhia da mãe, em consequência da separação judicial ou divórcio, essa responderá pelo ato ilícito dele e não o pai (RJTJSP, 54:182), por exercer o poder familiar.

Contudo, essa regra não é inexorável e admite “o detido exame do caso concreto: o menor pode ter cometido o ato ilícito, por exemplo, quando na companhia do genitor, em dia regulamentado de visita” (VENOSA, 2003)¹⁶.

benefício da menor e para poder incluí-la como dependente. Apesar do pedido ser negado nas instâncias inferiores, o Ministro Aldir Passarinho Junior entendeu ser viável o pedido da avó e do tio, já que, na verdade, eles pretendiam tão somente consolidar um fato que já existia, segundo notícia vinculada no site do STJ. Tal decisão corrobora o entendimento de que o art. 1.583, § 1 do Código Civil deve ser interpretado extensivamente, desde que haja a observância do princípio do melhor interesse do menor.

¹⁶ Sílvio de Salvo Venosa adverte: “No caso de separação de direito e de fato dos cônjuges há que se verificar a situação fática, mais do que a jurídica. Embora a guarda possa ter sido atribuída a mãe, pode ocorrer que o filho menor ainda se submetta à autoridade do pai. O caso definirá a responsabilidade que, na dúvida, dentro do espírito da lei, responsabilizará ambos os genitores”. VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 63.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a responsabilidade por fato outrem traduzia uma “solução mais conservadora ao estimular que o sujeito passivo da atividade delituosa ou ilícita (vitima) deveria provar que o responsável mediato (pais, tutor, curador, empregador) concorreu com culpa ou negligência”.

Todavia, atualmente, tal dificuldade foi superada, pois o art. 933 estabelece que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados ali referidos” (STOCO, 2004, p. 907).

Mas há posicionamento diverso. José Fernando Simão (2008, p. 164) entende que a “simples separação de fato não altera as responsabilidades dos pais em relação aos filhos, respondendo, portanto, ambos pelos danos causados pelos menores a terceiro”.

Entretanto, “em casos de pais separados judicialmente, aquele genitor que tiver a guarda do filho estará em sua companhia e será o responsável pela vigilância. Nos dias de visita inverte-se a situação, e o pai ou mãe que não é guardião terá a companhia do filho”. Isso ocorre tendo em vista a teoria do transpasso de responsabilidade na qual a “responsabilidade transpassa-se com o menor, respondendo o genitor que tiver em sua companhia no momento em que este cometer o fato danoso” (SIMÃO, 2008, p. 164).

Entretanto, há posicionamento jurisprudencial no sentido de que, mesmo com a separação do casal, a responsabilidade civil dos pais decorre do poder familiar e não da guarda judicial¹⁷.

Desse modo, menciona-se que a responsabilidade civil dos pais separados (separação de fato, separação judicial ou consensual, divórcio) é, em princípio, daquele genitor que possui a guarda judicial do filho, exercendo sobre ele a autoridade e o dever de vigilância.

Todavia essa afirmação merece mitigação. Isso, porque somente o caso em análise determinará elementos probatórios suficientes para responsabilização civil do genitor guardião ou não, como ocorre no caso em que o menor pratica dano a terceiro durante o período de

¹⁷ Vejamos as seguintes decisões: 1) TJ/SP – Apelação n. 6236204700, Relator João Carlos Garcia, 9ª Câmara de direito Privado, data do julgamento: 23/06/2009; 2) TJ/SP, Apelação com revisão 2511734000, Relator Durval Augusto Rezende Filho, 9ª Câmara de Direito Privado, data de registro: 19/06/2006; 3) STJ, Resp 10744937/MA, Relator Luis Felipe Salomão (1140), Quarta Turma, data do julgamento: 01/10/2009).

visita. Nesse caso, pela teoria do transpasso, o genitor que estiver exercendo o poder de vigilância, no momento do dano causado a terceiro, responderá civilmente.

Todavia, há entendimento no sentido de que o desenlace conjugal não transfere para o genitor guardião o compromisso único pela responsabilidade civil por dano a terceiro praticado pelo filho menor, acarretando a responsabilização de ambos os genitores com fundamento na perpetuidade do poder familiar.

No que se refere à guarda compartilhada, a responsabilidade civil pelos danos causados a terceiro pelos filhos menores será atribuída aos genitores uma vez que ambos exercerão conjuntamente os atributos do poder familiar, principalmente, no que diz respeito aos deveres de educação e vigilância, conforme posicionamento de Maria Helena Diniz (2009) e Ana Carolina Silveira Akel (2009).

CONCLUSÃO

O poder familiar é exercido por ambos os pais com o intuito de proporcionar aos filhos um desenvolvimento físico e mental sadio. Com o desenlace conjugal surge um novo contexto para o exercício desse poder familiar: a guarda dos filhos. Ela é uma expressão indicativa do poder-dever dos pais ou de um dos genitores no sentido de ter em sua companhia e proteger os filhos menores e maiores incapazes, possibilitando o exercício de todas as funções paternas/maternas.

O ordenamento jurídico brasileiro disciplinou a condição do menor diante do desenlace conjugal por meio dos seguintes dispositivos legais: Decreto n. 181 de 1840, Código Civil de 1916, Decreto-Lei n. 3.200/41, Decreto-Lei n. 9.701/46, Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), Lei n. 5.582/70 (que modificou o Decreto-Lei n. 3.200/41), Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio). A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) trouxeram a proteção integral para criança e adolescente. Entretanto, somente com a vigência do Código Civil de 2002 houve a elaboração de dispositivos específicos sobre a fixação da guarda.

A proteção integral da criança e do adolescente e o melhor interesse do menor, além de serem expressos em várias declarações internacionais, foram consolidados no Brasil pela Constituição Federal de 1988, pelo Decreto n. 99.710/90 (que ratificou a Convenção Inter-

nacional dos Direitos da Criança de 1989), pelo Estatuto da Criança e Adolescente e pelo Código Civil de 2002. Servem como parâmetro para implantação de políticas públicas voltadas para a população infante-juvenil e para todas as facetas do exercício do poder familiar, inclusive no que se refere à fixação da guarda.

O Código Civil de 2002 estabeleceu somente a regularização das espécies de guarda denominadas unilateral e compartilhada. Ainda, afastou por completo a culpa para fixação do direito de guarda dos filhos e resguardou o princípio do melhor interesse do menor.

O art. 1.583, § 2º (incluído pela Lei n. 11.698/08) menciona que a guarda unilateral será atribuída a quem tiver melhores condições de exercê-la. Essa expressão não diz respeito à situação econômica, mas ao conjunto de condições que melhor atendam os interesses do menor.

Na prática, a estipulação da guarda (unilateral ou compartilhada) deverá descrever sobre a situação do menor diante das férias escolares, festividades religiosas, período natalino, entre outras atividades. Todavia, tal situação não faz coisa julgada podendo ser alterada posteriormente desde que haja necessidade e conveniência.

Em situações excepcionais, a guarda pode ser deferida a terceiros, conforme previsão do art. 1.583, § 1º c/c art. 1.584, § 5º do Código Civil. Todavia, o magistrado poderá regular a situação de maneira diferente, nos termos do art. 1.586, se houver motivo grave e desde que seja observado o princípio do melhor interesse do menor.

A Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, trouxe o instituto da guarda compartilhada, pacificando a aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com essa lei, a guarda compartilhada deve ser empregada como regra nas situações jurídicas familiares de desenlace matrimonial e companheirismo, caracterizando a aplicabilidade da guarda unilateral como uma exceção.

A guarda compartilhada é prevista na Inglaterra, França, Canadá, Estados Unidos, Espanha, Portugal, Cuba e Uruguai. No Brasil, a jurisprudência já aplicava o instituto da guarda compartilhada com base no direito comparado, no art. 229 da Constituição Federal e nos arts. 1.579, 1.632 e 1.690, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, a guarda compartilhada caracteriza-se no sentido de que o menor possui domicílio na residência de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo o poder familiar por meio da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, como estudo, esporte, lazer, saúde, descaracteri-

zando a figura de pai e mãe de final de semana. Todavia, tal espécie de guarda não elimina a obrigação de prestar pensão alimentícia por um dos genitores.

Com isso, ela possui a proposta de manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que o desenlace conjugal acarreta dos filhos, conferindo o exercício da função parental de forma igualitária. No caso *sub judice*, o magistrado analisará todos os elementos concretos trazidos aos autos do processo para determinar ou não a guarda compartilhada visando sempre o melhor interesse do menor, desde que haja uma situação fática que demonstre um entendimento razoável entre os pais (ex-cônjuges ou ex-companheiros).

Nesse contexto, as vantagens superam as desvantagens da guarda compartilhada. Isso, porque as mencionadas desvantagens, as quais solicita-se à remissão do leitor, podem ser suprimidas pela mediação interdisciplinar e pela interpretação extensiva do art. 1.583, § 1º do Código Civil.

A única desvantagem que restaria seria aquela prevista do art. 1.584, § 1º c/c § 4º uma vez que estabelecem sanções pelo descumprimento dos parâmetros da guarda compartilhada, por exemplo, redução de horas de convivência com o filho. Entretanto, mesmo que se argumente que o maior prejudicado na aplicação dessa medida seja o filho, o magistrado, diante do caso concreto, por meio da proporcionalidade e razoabilidade, poderá aplicá-la, desde que resguarde o melhor interesse da criança.

Menciona-se também que, em regra, a responsabilidade civil pelo dano causado a terceiro decorrente da prática de ato por filho menor será daquele que possui a guarda judicial da criança ou adolescente. Na guarda unilateral (com direito de visita), será aplicada a teoria do transpasso de responsabilidade, respondendo o genitor que tiver em sua companhia o filho menor no momento do fato danoso. Na guarda compartilhada, a responsabilidade civil pelos danos causados a terceiro pelos filhos menores será atribuída a ambos os genitores, pois, nesse caso, ambos exercerão os atributos do poder familiar.

Por fim, conclui-se que o princípio do melhor interesse do menor permeia o ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de propiciar, ao menos legalmente, as restrições e faculdades inerentes ao exercício do poder familiar que assegurem o desenvolvimento físico e mental sadio das crianças e adolescentes pela atuação conjunta dos pais, demais familiares, sociedade e Estado.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/2008. *Revista IOB de Direito de Família*, ano IX, n. 51, p. 98-117, dez./jan. 2009.

ARAI, Rubens Hideo. Guarda compartilhada e ação de assunção de obrigação parental. In: *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. Reflexões sobre os Cinco Anos do Código Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. In: SCAVONE JR, Luiz Antônio *et al.* (Coord.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAHALI, Yussef Said. Comentários aos arts. 34 à 35. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda dos filhos na família constitucionalizada*. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2000.

CASABONA, Marciel Barreto. *O instituto da guarda e sua modalidade compartilhada*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

CAZPSKI, Aurélia L. Barros; MACHADO, Antônio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny *et al.* *Código Civil Interpretado: artigo por artigo - parágrafo por parágrafo*. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Arts. 170 a 232. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 8.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. D-I, v. 2. _____ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. De acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 20.

FIUZA, César. *Direito Civil*. Curso Completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FONSECA, Priscila M. P. Côrrea da. Guarda compartilhada x poder familiar: um inconcebível contra-senso. *Revista IOB de Direito de Família*, ano X, n. 49, ago./set. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENSAGEM n. 368, de 13 de junho de 2008. Mensagem de veto do § 4º do art. 1.583 da Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, alterado pelo art. 1º do Projeto de Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-368-08.htm>. Acesso em: 14 mar. 2010.

NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da Psicanálise ao Direito de Família. In: *Direito de Família e Ciências Humanas*. Caderno de Estudos n. 1. Coordenação geral: Eliana Riberti Nazareth. Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. Revisão técnica de Ricardo Issa Martins. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. De acordo com a Emenda Constitucional 56, de 19.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

Data de Recebimento: 13/02/2011

Data de Aceite: 20/04/2011