

## O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR NA GUARDA COMPARTILHADA: Direitos e Responsabilidades Parentais

Victória Mota de Moraes Quingosta Dias<sup>1</sup>  
Alinne Nauane Espíndola Braga<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre como se dá a relação familiar, mais precisamente o exercício do poder familiar na existência de guarda compartilhada. É sabido que quando os pais de uma criança não coabitam, aquele que vive com o menor fica com mais responsabilidades, sobrecarregando-se, o que deveria ser evitado, uma vez que ambos devem participar da criação do filho igualmente, tendo em vista que o vínculo entre os genitores não pode ser condicionante da responsabilidade devida no desenvolvimento integral da pessoa humana. Assim, necessário aclarar que a guarda compartilhada ocorre por meio de sentença judicial, que materializa a corresponsabilidade parental necessária ante aquele que é o interessado no processo judicial, ou seja, a criança/adolescente. Ademais, no decorrer deste trabalho que configura uma revisão bibliográfica embasada na abordagem da pesquisa qualitativa tem-se uma explanação do porquê a guarda compartilhada é a opção mais acertada para proteger o melhor interesse do menor e seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Melhor Interesse do Menor. Poder Familiar.

### ABSTRACT

This article aims to discuss about how the family relationship happens, precisely, the exercise of family power in the existence of shared custody. It's known that when the child's parents don't cohabit, the one who lives with the minor has more responsibilities, overloading themselves, which should be avoided, as both must participate in raising the child equally, considering that the bond between the parents cannot be a condition of the due responsibility in the integral development of the human person. In this way, it is necessary to clarify that shared custody occurs through a court decision, that materializes the necessary parenteral co-responsibility in the face of the one who is interested in the judicial process, that is the child/adolescent. Furthermore, throughout this work, there is an explanation of why shared custody is the best option to protect the best interest of the minor and his/her development.

Keywords: Shared custody. Best interest of the minor. Family power.

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá – CEAP. E-mail: victoriamotad@gmail.com

<sup>2</sup> Advogada. Mestre em Direito Ambiental. Professora de Direito no Centro de Ensino Superior do Amapá – CEAP.

## 1 INTRODUÇÃO

Pouco se fala sobre a necessidade de divisão de funções entre genitores, alguns acreditam que a mera prestação pecuniária e o favorecimento de momentos de lazer são o suficiente para configurar cumprimento de responsabilidades. Contudo, é importante frisar que o exercício do poder familiar não trata apenas disso, ao contrário, diz respeito a participação ativa e integrativa na vida do menor, no sentido de educação, ensino de valores, desenvolvimento de caráter, assistência à saúde, dentre outros.

O tema aqui apresentado é de extrema relevância, visto que na atualidade as genitoras deixaram de dedicar-se unicamente para o trabalho do lar e criação dos filhos, conquistando espaço no mercado de trabalho passando a dedicar-se também à labuta fora de casa e conseqüentemente ficando um pouco ausentes do lar, coisa que acontece com os homens desde os primórdios. Assim, há a necessidade de equilíbrio nas responsabilidades a serem assumidas pelos genitores.

À vista disso, utilizar-se-á pesquisas bibliográficas e normativas para desenvolver o conceito da expressão “guarda compartilhada”, justificando a necessidade de contribuição de ambos os genitores no desenvolvimento da prole.

Neste sentido, esta pesquisa busca responder a seguinte problemática: De que forma o poder familiar se efetiva na existência da guarda compartilhada à luz do direito brasileiro?

A inexistência de um relacionamento afetivo entre os pais de uma criança não os isenta de dividir as responsabilidades referentes a criação de um filho. Essa cooperação é necessária para a criação, educação e formação do filho como ser social, uma vez que o desequilíbrio nessa relação cria uma criança em desarmonia social. Essa independência de relação conjugal entre os genitores para o exercício do poder familiar está expressa no art. 1.634 do Código Civil, visto que tem como objetivo o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, não faz sentido apenas um dos genitores tomar decisões a respeito da criação de uma criança quando da existência de guarda compartilhada, até em razão da ocasião em que ambos os pais, na maioria das vezes, trabalham e precisam do apoio um do outro na condução da criação de seus filhos, visto que a função “ser pai” cabe aos dois. A responsabilidade abordada refere-se desde os princípios repassados até as formas de repreender o filho, uma vez que é dever dos dois, não sendo justo recair a apenas um dos pais, diminuindo assim a probabilidade de existência de alienação parental.

O objetivo geral deste trabalho é analisar como o poder familiar se efetiva na existência de guarda compartilhada à luz do direito brasileiro. Nessa linha, foram definidos os seguintes objetivos específicos: a) Descrever os aspectos conceituais, teóricos e evolutivos do instituto do Poder Familiar e sua relação com a mulher no tempo; b) Explicar o instituto da Guarda Compartilhada diferenciando-a das demais modalidades destacando o motivo de ser a opção mais adotada por pais separados; e c) Demonstrar como o Poder Familiar e

as responsabilidades parentais podem ser desenvolvidas em harmonia com a Guarda Compartilhada.

A importância do presente trabalho se dá para demonstrar que a guarda compartilhada não se exaure na definição de tempo que a criança estará na companhia de cada genitor. Extrapola questões meramente temporais, devendo estar voltada para o exercício natural da maternidade/paternidade em relação ao filho.

Tem-se a partir desta compreensão que o poder familiar não se encerra quando o filho não está mais na presença de um dos genitores, mas quando ambos cooperam a todo tempo para o bom desenvolvimento humano da criança/adolescente. Nesse diapasão, como contribuição para ciência jurídica, este trabalho apresenta o melhor entendimento sobre o exercício do poder familiar na existência da guarda compartilhada como meio de tutelar os direitos da criança e do adolescente.

O presente estudo foi embasado em vasta pesquisa bibliográfica para responder o problema, usando o método hipotético-dedutivo que visa confirmar a hipótese através de pesquisa qualitativa, não se preocupando com representatividade numérica, e sim com o aprofundamento da compreensão do grupo social, buscando a justificativa das coisas com pesquisa de natureza aplicada.

## 2 O PODER FAMILIAR NO TEMPO E O ESPAÇO DA MULHER NA RELAÇÃO FAMILIAR

Neste capítulo são descritos os aspectos conceituais, teóricos e evolutivos do instituto do Poder Familiar e sua relação com a mulher no tempo.

### 2.1 A RELAÇÃO ENTRE O PODER FAMILIAR E A MULHER HISTORICAMENTE

Rodrigues (2004, p. 353 apud DIAS, 2020, p.301) apresenta o Poder Familiar “como uma evolução do pater potestas, palavra derivada do Direito Romano que significa pátrio poder, ou seja, o poder absoluto e ilimitado concedido aos pais para com os filhos”.

Xavier (1998 apud NOGUEIRA, 2016) completa ainda que a autoridade do pater familiae sobre os filhos prevalecia até mesmo sobre a autoridade do Estado e duraria até a morte do patriarca. Tal expressão tem conotação machista, visto que tem-se por detentor desse poder apenas a figura paterna, o que se justifica com a raiz da palavra.

O pátrio poder tem relação direta com o patriarcado instituído na Roma Antiga, deixando a mulher hierarquicamente subordinada ao marido, assim, era uma função ser esposa e mãe, cabendo a ela os cuidados com a casa e com a prole, contudo decisões relevantes referentes a eles não lhe cabiam, uma vez que não possuía voz ativa na sociedade (NOGUEIRA, 2016).

Mesmo com evoluções sociais ainda existe o patriarcado estrutural, como Machado (2000 apud NOGUEIRA, 2016) denomina “patriarcado contemporâneo”, em que a mulher ainda se encontra em situações de inferioridade unicamente por seu gênero, tanto no que diz respeito ao seu espaço no mercado de trabalho quanto dentro de casa.

### 2.1.1 A evolução histórica do poder familiar e o espaço da mulher com essas mudanças

Com a Revolução Industrial, no século XVII, a sociedade sofreu inúmeras mudanças e uma das mais pontuais foi o espaço conquistado pela mulher fora do lar, passando a fazer parte do mercado de trabalho e consequentemente tendo uma liberdade e finalmente um lugar de fala, mesmo que tímido no começo este já era existente, o que pode ser considerado um grande avanço (ROSA, 2020).

Ao final do século XVIII, mais precisamente no momento pós-revolução Francesa os ideais mudaram, Leite (1991, p. 265 apud ROSA, 2020, p. 40) observa que à época “surgia um novo mundo, marcado, decididamente, por uma nova mentalidade” o que causava grande estranheza aos mais antigos e ao Estado, posto que este juntamente com o patriarca tinha um domínio sob a vida das mulheres.

Sucessivamente, de acordo este autor veio a fase das codificações, na França, 1801, Napoleão cria o Código Civil Francês, que declarava a igualdade de todos perante a lei, todavia não isentou o pátrio poder da autoridade marital, mantendo a mulher na posição de submissa ao marido.

O Brasil no período colonialista seguia as codificações portuguesas, começando pelas Ordenações Afonsinas até sua substituição pelas Ordenações Manuelinas de 1512, seguidamente das Ordenações Filipinas de 1603 que vigoram até a criação e promulgação do Código Civil de 1916 (ROSA, 2020).

### 2.2 A TENTATIVA CONCEITUAL DE PODER FAMILIAR E O SEU EXERCÍCIO

O Código Civil substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, entretanto, essa não agradou tanto, Silvio Rodrigues (2004, p.355) critica “pecou gravemente em se preocupar mais em retirar da expressão a palavra ‘pátrio’ do que incluir o seu real conteúdo, que antes de um poder, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere” (apud DIAS, 2020, p. 302).

Como bem dito acima, o poder familiar é mais uma obrigação, um dever do que um dever propriamente dito, convertendo-se em um múnus, em que a melhor doutrina, ainda, defende que a melhor expressão a ser utilizada acerca deste instituto seja “função parental”, “dever parental” ou “responsabilidade parental” já que devem ser assumidas por ambos os pais. Como bem compreendido e explicado por Sierra a seguir:

O progresso no sentido da redução da autoridade paterna encontra respaldo no Direito cuja tendência expressa o nivelamento das relações entre pais e filhos. A educação, pensada como atividade que requer diálogo constante, indica que o convencimento e a persuasão, e não a norma, são os elementos mais importantes nas relações familiares. Ao inserir padrões de reciprocidade em que a negociação e o diálogo são centrais, as famílias substituem a submissão da hierarquia pela necessidade de confianças, numa perspectiva de valorização do afeto. O respeito ao outro faz da consideração com o desenvolvimento da

individualidade o valor central dessa relação. (SIERRA, 2011, p. 9).

Sabe-se que com o tempo o filho passou de objeto de poder a sujeito de direito, o que ocasionou as diversas modificações no ordenamento jurídico já mencionadas, uma vez que o interesse social mudou. O poder familiar vai além do exercício de autoridade, como dito por Venosa (2018, p. 367 apud DIAS, 2020, p. 303) “é um encargo imposto por lei aos pais”. É tido como um poder-função exercido pelos pais para servir o interesse do filho.

De acordo com Pereira (2018, p. 222 apud DIAS, 2020, p. 303) “o Estado fixa limites de atuação aos titulares do poder familiar; permitindo que este intervenha, se necessário, na relação familiar tendo em vista o melhor interesse do menor”. Diferenciando-se, assim, do pater potestas que concedia ao genitor autoridade suprema sob o filho, não podendo o Estado interferir na relação.

Para Dias (2020), a tentativa conceitual está ligada diretamente ao exercício, uma autoridade parental é detentora de deveres que vão além do clichê de prestação material; desde a proteção daquele menor para que tenha um desenvolvimento físico, moral, educacional, mental e social saudáveis. Ela tem relação com a criação de fato de um ser social, ser este que ao atingir a maioridade saberá que caminhos trilhar e quais escolhas mais acertadas para sua vida.

Além disso, o poder familiar é exercido desde os pequenos afazeres cumpridos como buscar o filho na escola, às tomadas de decisões em conjunto a respeito da vida do menor, seja no sentido de saúde ou mesmo quando este não cumprir com o que lhe foi determinado.

Muito se debate acerca das formas de exercício do poder familiar, mesmo que não normatizado tem-se como mais importante, levando em consideração o melhor interesse do menor, a relação afetiva dos pais para com os filhos, demonstrações de amor, carinho e afeto já possuem uma carga considerável nessa função. Todavia, existem responsabilidades práticas que devem ser consideradas, como alhures, tem a ver com a participação do pai na vida do filho, desde as coisas consideradas mínimas, uma vez que nem o “mínimo” deve recair a apenas um dos genitores, a função deve ser exercida em harmonia por ambos (DIAS, 2020).

Em síntese, como brevemente dito por Dias (2020, p. 304), “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e socioafetiva”. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. O poder familiar deve ser compartilhado igualmente entre ambos os genitores e estão sujeitos a ele os filhos de 0 a 18 anos. Filhos maiores, porém, incapazes estão sujeitos à curatela, que compreende matéria diversa do poder familiar.

### 2.3 A ASCENSÃO DO PODER FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A ascensão do termo deu-se no decorrer de mais de um século, o Código Civil de 1916 já expressava a relação do poder familiar à época ainda denominado pátrio poder. Ele previa que estavam sujeitos ao pátrio poder:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido (grifei), como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher (BRASIL, 1916).

E assegurava o exercício do poder familiar mesmo com o desquite ou pela morte de um dos cônjuges:

Art. 381. O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 326 e 327).

Art. 382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente (BRASIL, 1916).

Nota-se que era positivado no CC/1916 que o exercício do pátrio poder era exclusivo do marido, submetendo também as esposas, concretizando a matéria sobre o quão submissas deveriam ser aos maridos e ratifica que ela não tinha poderes sobre si própria. Outrossim, vale ressaltar que a mulher só poderia exercer o poder familiar sob os filhos em caso da morte do cônjuge ou se o filho fosse ilegítimo não reconhecido pelo pai, nos termos do art. 383 do CC/1916 “o filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor”.

Como se não fosse sexismo o suficiente, a viúva ainda perderia o pátrio poder com relação a seus descendentes se casasse novamente e só o reconquistaria se enviuvasse novamente, como prevê o art. 393 do mesmo código “mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera”.

Após, veio o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) com um texto que alterou o Código Civil, assegurando o pátrio poder a ambos os pais, sendo exercido pelo marido em coparticipação da esposa. Contudo, se no momento de tomada de decisões os pais divergissem prevaleceria a vontade do pai, podendo a mãe recorrer à justiça.

O movimento feminista trouxe inúmeras mudanças favoráveis às detentoras do “sexo frágil”, e uma conquista significativa foi a substituição da expressão “pátrio poder” que para Dias (2020, p. 302) “trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar”.

Posteriormente, a Consolidação do Regime Militar (1967) foi substituída pela Constituição Cidadã em 1988, que concedeu tratamento isonômico entre homens e mulheres com o seguinte texto:

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

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

E essa não foi a única novidade favorecendo as

mulheres que a nova constituição havia trazido, em seu art. 226 estabeleceu a família como base da sociedade, e em seu §5º, garantiu que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, logo caberia a ambos, de forma igual, o exercício do poder familiar diante dos filhos. Para Lima (2012, p. 27, apud ROSA, 2020, p. 57) “as mudanças foram tão pragmáticas que, tal como um divisor de águas, podemos dividir o Direito de Família em antes e depois do advento da Constituição Federal”.

E falando ainda em poder familiar na Constituição, tem-se o art. 227 que consagrou o Princípio da Proteção Integral visando proteger os direitos de crianças e adolescentes, tornando o interesse dos pais enquanto pais em suas funções, subsidiário ao interesse do filho.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), acompanhou as relações familiares e deixou de lado o sentido de controle e passou a ter um sentido de proteção, incluindo mais deveres e obrigações a serem cumpridos dos pais para com os filhos do que de direitos sob eles.

E finalmente em 2003 entrou em vigor o Código Civil de 2002, e com ele o ordenamento jurídico brasileiro ganha um livro para tratar unicamente do Direito de Família, versa-se o Livro IV do Código Civil. A codificação civilista substitui o pátrio poder pelo poder familiar e discorre acerca em seus artigos 1.630 a 1.638, quando assegura à mulher direitos iguais na relação com os filhos, independentemente de haver relação conjugal entre os genitores, expressando sempre “os pais” e não mais “cabe o pai” como no Código Civil de 1916, colocando em prática a isonomia trazida pelo inciso I, do artigo 5º da Constituição Federal. Como exemplo tem-se os seguintes artigos do Código Civil vigente:

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

(...)

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

(...)

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde (grifei), quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Pois bem, em breve apanhado pode-se notar que o “novo” Código Civil assegura à mulher todas as formas de exercer o poder familiar que o antigo código previa somente aos homens. Outra mudança bastante relevante é a respeito da não perda de poder familiar após a contração de novas núpcias, o que não fazia sentido em seu precursor, uma vez que a função de “ser pai” independe do estado civil de cada genitor, como bem enfatizado pelo art. 1.634, CC.

Vale ressaltar que o Código Civil sofreu algumas alterações com a Lei 13.058/14, esta versa a respeito do estabelecimento de significado a expressão “guarda compartilhada” e sua aplicação, contudo esta matéria será abordada em um tópico específico posteriormente.

### 3 O INSTITUTO DA GUARDA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o instrumento que melhor discorre acerca do conceito de guarda, traz em seu artigo 33 que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (...) (BRASIL, 1990)”

Rosa (2020) relembra que ao longo da vida ao entregar algo de grande valor a alguém se diz “garde bem isso”, assim faz uma comparação com o termo “guarda” que para ele tem relação com a necessidade de cuidado, atenção em relação a algo que necessita de especial cautela no trato/resguardo. O uso desta expressão no âmbito jurídico tem relação direta com os cuidados e a proteção necessária devida aos filhos, uma vez que são seres vulneráveis por estarem em fase de desenvolvimento e que precisam de assistência para que, assim, cheguem a fase adulta com êxito.

A guarda surge juntamente com o nascimento de uma criança, Filho (2014, p. 59-60 apud ROSA, 2020, p. 493) completa ainda que “ela surge como um direito-dever natural e originário dos pais” e que “é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas nos dispositivos do Código Civil que versam sobre poder familiar”.

#### 3.1 DAS MODALIDADES DE GUARDA

O artigo 1.583 do Código Civil expressa acerca das modalidades de guarda:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.  
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2002).

Na guarda unilateral apenas um dos genitores possui a custódia física e o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida do menor, todavia isso não significa que o não detentor da guarda perderá o vínculo com o filho, tampouco o poder familiar, tanto que lhe é assegurado o direito de convivência, estabelecido através de acordo entre os genitores ou por decisão judicial, de forma que seja priorizado o bem-estar dos filhos. Cabe a este, inclusive, fiscalizar o cumprimento das obrigações parentais, como o disposto no §5º do artigo 1.583 do Código Civil “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos (...)”.

Já na guarda compartilhada, as decisões acerca do futuro do filho são tomadas em conjunto, Rosa (2015, apud ROSA, 2020, p.498) complementa “ambos os genitores tomarão decisões quanto a escolaridade, saúde, lazer e demais deliberações que cabem aos pais e que são inerentes à vida de uma criança”. Ou seja, é a modalidade de guarda em que ambos os pais compartilham tomadas de decisões e responsabilidades, não que com a guarda unilateral o pai não detentor da guarda do menor seja proibido de participar da criação,

pelo contrário, este também deve dirigir a criação e a educação do filho, como resguarda o inciso I do artigo 1.634, que dita acerca do exercício do poder familiar; mas com a guarda compartilhada compete a ambos a tomada de decisões estruturais acerca da vida dos filhos.

Quando da existência desse tipo de guarda é necessário fixar a residência do filho, ou seja, se este morará com o pai ou com a mãe, conhecida como base de residência. Para Rosa (2020, p. 498) “é consequência direta do estabelecimento do compartilhamento da guarda, podendo acontecer inclusive, segundo a redação do Código Civil, após 2014, que os pais residam em Cidades diferentes”. Acerca, deste assunto o Código Civil em seu artigo 1.583, §3º prevê que a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses destes.

#### 3.1.1 Principais distinções entre a Guarda Compartilhada e Unilateral

Quando trata-se de guarda, é notório como poucas pessoas sabem como de fato se dá cada modalidade de guarda e quais suas diferenças, essa falta de conhecimento sobre o tema faz com que muitos genitores (na maioria das vezes o pai) requeiram a guarda compartilhada achando que se isentarão do pagamento de alimentos, outros acreditam que a guarda compartilhada significa que o filho revezará entre os lares maternos e paternos, todavia estão enganados. Como explicado anteriormente, o menor sempre terá uma única residência fixada.

A diferença mais pontual entre as modalidades de guarda refere-se a tomada de decisões em relação a criação dos filhos, na guarda unilateral as decisões são, como o próprio nome diz, unilaterais e ao genitor não detentor da guarda cabe o direito de convivência familiar, pagamento de alimentos e fiscalização dos interesses do menor. E na guarda compartilhada as decisões são tomadas em conjunto e ao genitor que não reside com o filho lhe cabem os mesmos direitos/deveres do não detentor da guarda unilateral, fiscalização do cumprimento dos deveres por parte do genitor que reside com o menor (COSTA, TEIXEIRA, 2018).

#### 3.2 O MELHOR INTERESSE DO MENOR NA GUARDA COMPARTILHADA

Em 2014 passou a vigorar a Lei 13.058 que alterou alguns artigos do Código Civil acerca da guarda. Costa e Teixeira (2018) defendem que a guarda compartilhada tomou o status de regra geral, e não mais exceção. Isso porque a guarda compartilhada, na maioria dos casos, é a que melhor protege os interesses do menor, tanto que passou a ser a mais escolhida pelos pais nos litígios familiares; e quando há divergência entre os pais acerca da guarda, assegura o artigo 1.584, §2º que:

Art. 1.584  
(...)  
§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores

declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2002).

A guarda compartilhada visa manter o filho em uma relação harmônica entre os pais mesmo que estes não vivam mais sob o mesmo teto. Apesar de as relações afetivas terem sido desfeitas, da relação nasceu uma criança que necessita de cuidados e atenção, que precisa dos pais na rotina mesmo que não diariamente, e a guarda compartilhada vem para aproximar mais àquele que não reside com o filho das tomadas de decisão a respeito da vida dele, ou seja, mesmo que às vezes de longe, fazer parte do desenvolvimento do descendente. A melhor doutrina completa:

O pressuposto da guarda conjunta é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possa decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro deste espírito (LEITE, 2013, p. 271, apud PAES, 2017, on-line).

A Retratos – Revista do IBGE (2019) apresentou algumas estatísticas referentes às sentenças proferidas em ações de divórcio combinadas com guarda que culminam com a concessão de guarda compartilhada, segundo ela após a Lei 13.058/14 o número de registros de guarda compartilhada quase triplicou entre 2014 e 2017, passando de 7,5% para 20,9%, de acordo com as estatísticas do Registro Civil, do IBGE. Assim, pode-se observar que com a possibilidade de fazer ainda mais parte da vida do filho muitos pais optam pela guarda compartilhada, desta forma até os conflitos entre os genitores acerca da criação dos filhos diminuem.

Ressalta-se que se um dos genitores não tiver interesse na guarda compartilhada, este não será obrigado a exercê-la, uma vez que se imposta pode não respeitar o melhor interesse do menor. Acerca disso pontua o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptividade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (grifei) (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido. (STJ, 2016, on-line).

Desta forma, ressalta-se que mesmo que um dos genitores não pretenda ter a guarda do filho, este não perde o direito ao poder familiar tampouco o de fiscalizar se o interesse do menor está sendo satisfeito, igualmente como não o impede de criar laços afetivos com o filho.

Assim, faz-se um paralelo com a Primeira Dimensão dos Direitos Humanos, que consiste nos direitos

individuais, Barros (2006) complementa que no âmbito da primeira dimensão o afeto gera direitos individuais tendo por objeto o próprio afeto, protegido pela Constituição por se tratar de um direito individual implícito, uma vez que o § 2º do art. 5º admite direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e princípios por ela adotados; por ser uma relação entre indivíduos, se desenvolve e evolui como relação social, progredindo socialmente e conseqüentemente gerando responsabilidade entre os sujeitos, o que justifica o afeto ser protegido também como fato social jurígeno, ou seja, gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.

Apesar de não ser o foco deste trabalho, vale frisar que o abandono afetivo pode refletir em danos irreparáveis à vida de uma pessoa, afetando negativamente relações familiares, profissionais e pessoais de modo geral. Tem-se, então, a necessidade de encontrar mecanismos adequados, que se encaixem da melhor forma em cada situação, para desenvolver uma relação parental saudável que não prejudique o desenvolvimento emocional dos envolvidos na relação familiar, evitando o efeito inverso do que se almeja: o melhor interesse do menor. O diálogo entre os genitores é essencial, mesmo que difícil em algumas situações é preciso para que juntos decidam o que é melhor para o filho, uma vez que ele é o "objeto" da relação e deve ter seus direitos resguardados da melhor forma possível.

#### 4 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR NA GUARDA COMPARTILHADA EM TERMOS PRÁTICOS

É sabido que o exercício do poder familiar compete a ambos os pais, independente da situação conjugal entre eles. O artigo 1.634 do Código Civil faz referência em seus incisos acerca das obrigações parentais, in letters:

- (...)
- 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 (dezesseis) 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 (BRASIL, 2002).

Mesmo que o diploma legal não expresse a necessidade afetiva, é importante frisar que esta está entranhada na necessidade humana, Comel (2003, p. 80 apud CALDERAN; DILL, 2011, on-line) aduz que "a pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vai necessitar de ajuda e

participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela”.

Nessa mesma linha, Dias (2020) defende que o poder familiar não se limita a encargos de natureza material e que a essência existencial deste coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos. Tanto que o genitor pode responder por abandono afetivo como pelo não cumprimento de responsabilidade civil, todavia este é assunto diverso do tema central abordado, porém não menos importante.

Além do Código Civil, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam outros direitos aos filhos que se tornam obrigações aos pais. A Constituição Federal de 1988 em seus artigos 227 e 229 assegura aos filhos com absoluta prioridade:

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.

(...)

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

E o Estatuto da Criança e do Adolescente agrega ainda mais as obrigações parentais:

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

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 1990).

Mesmo que a Constituição impute também ao Estado e à sociedade alguns deveres acerca de crianças e adolescentes, cabe aos genitores de forma solidária a maior assistência aos filhos. Dias (2020, p. 69) aborda os princípios da solidariedade e da reciprocidade na família:

A solidariedade é o que cada um deve ao outro. Reciprocidade é o que o outro deve a um. Ou seja, são princípios intercambiáveis. São princípios que têm assento constitucional, tanto que em seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Ambos têm origem de vínculos afetivos, e dispõem de acentuado conteúdo ético. A solidariedade contém em suas entranhas o próprio significado das expressões fraternidade e reciprocidade. A pessoa só existe quando coexiste. (...) A obrigação entre parentes representa a concretização dos princípios da solidariedade e da reciprocidade.

É de extrema relevância pontuar que tanto o pai quanto a mãe são igualmente importantes para a criação da prole, independente do filho ter mais afinidade com um, cabe ao outro se fazer presente. No dizer de Motta (2006, p. 596 apud DIAS, 2020) compartilhar a guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder

familiar. Isso porque o interesse pelo bom desenvolvimento do filho é superior a qualquer problema passado da relação dos genitores.

Pais que mantém uma relação saudável em prol do melhor desenvolvimento dos filhos conseguem através de diálogo chegar em acordos de forma mais rápida com relação a tomadas de decisão sobre a efetiva criação do filho. A guarda compartilhada possibilita assim uma corresponsabilidade parental, ou seja, a divisão de tarefas entre os genitores, fazendo com que ambos se façam presentes na rotina da criança, diferente da mera visitação estipulada judicialmente.

Ser pai e mãe não é uma simples ajuda quando o outro precisa de suporte, mas significa fazer as mesmas coisas, tomar decisões juntos, cuidar quando a criança está doente, participar de reuniões escolares, impor respeito quando lhe é faltado, ensinar valores, e ainda, ficar com a criança durante o dia porque um deles precisou sair para trabalhar.

Uma criança que cresce sem um de seus pais dentro de casa muitas vezes é uma criança que necessita de atenção psicológica para compreender a situação, e quando um dos pais mesmo que sem residir na mesma casa se faz presente, conseqüentemente cria um filho mais amparado e seguro de si, pois vê que mesmo com um dos genitores fora do lar ainda possui a figura do outro presente na sua rotina.

Segundo Dias (2020, p. 380) “a participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos”. Inclusive, essa participação a mais do genitor na rotina faz com que a preferência pelo genitor mais presente diminua, uma vez que ambos estarão presentes nos momentos mais importantes e nos mais corriqueiros da vida da criança.

Rosa (2020) compreende, assim, por óbvio que bom senso e cooperação seriam sentimentos necessários em todas as etapas de criação dos filhos e, caso eles não estejam presentes, o Judiciário – uma vez chamado para interferir na ótica privada – deve resguardar esses anseios em prol daqueles que são titulares de proteção integral.

Compreende-se por tanto que a intervenção do Estado a partir da prolação de sentença declaratória de Guarda Compartilhada ratifica que o bem-estar da criança deve ser assegurado por todos os envolvidos na relação familiar.

#### 4.1 A GUARDA COMPARTILHADA COMO MELHOR ESCOLHA PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR DOS GENITORES

A guarda compartilhada existe para estreitar os laços entre pais e filhos, frisando a importância da convivência e os melhores resultados no desenvolvimento destes. Como dito anteriormente, a Lei 13.058/14 estabeleceu que quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda do filho, e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada por meio de sentença. Isso se justifica pela priorização do melhor desenvolvimento dos filhos. Se ambos os genitores podem se fazer presentes na criação do filho não há razão que os afaste e/ou os exima dessa responsabilidade.

Vale lembrar que mesmo sem residir com o filho, é direito/dever do genitor fiscalizar se as necessidades do menor estão sendo supridas, como também lhe é de responsabilidade prover o melhor, na medida da sua possibilidade, para o bom desenvolvimento da criança/adolescente.

Esse compartilhamento de responsabilidade entre os genitores é nada mais que justo, posto que a relação entre eles deve se manter equilibrada para que a criação do filho siga de forma retilínea, sem mudanças bruscas quando na presença de cada genitor.

Essa relação saudável entre os pais favorece o desenvolvimento de uma criança com menos inseguranças e mais confiante, com boa aceitação do mundo externo, sabendo dos limites necessários que devem rondá-lo, bem como que suas vontades nem sempre devem prevalecer, mas também que é necessário se impor dentro da razoabilidade necessária a um processo de educar sem traumas. Contudo, quando do embate sobre quem será o detentor da guarda, cabe ao Estado assegurar o melhor interesse do menor, que na maioria das vezes é de participação dos genitores de forma estável em seu desenvolvimento (CAETANO, 2016).

Filho (2014, p. 211 apud CAETANO, 2016, on-line) analisa que:

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

Acerca disso, ratifica-se que para o melhor desenvolvimento de crianças/adolescentes filhas de pais separados é essencial o convívio harmônico dos genitores, principalmente para a criação de um futuro adulto sem questões que o prejudique nas relações pessoais/sociais.

A guarda compartilhada visa o melhor para os filhos, não aos pais. Desta forma, se o juiz entender que ambos têm condições de chegar a consensos amigáveis, ter-se-á guarda compartilhada. Filho (2014, p. 211, apud CAETANO, 2016, on-line) discorre que:

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto.

O filho que vê os pais dialogando sem conflito entende que a melhor forma de chegar em um acordo vem de discussões saudáveis, que não precisa se desentender com os outros para se conseguir o que quer. Ele aprende desde sempre que o diálogo é capaz de solucionar divergências de forma saudável, e cresce como uma pessoa que tanto sabe se comunicar e expressar suas vontades quanto que às vezes é necessário ceder em prol de um bem maior, pois ele viu isso durante toda sua vida na relação dos pais e levará isso durante sua existência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo abordou o exercício do poder familiar na atualidade quando da existência de guarda compartilhada, levando em consideração, também, que hoje as genitoras não mais dedicam-se integralmente a criação dos filhos, tendo em vista que, em geral, que já fazem parte do mercado de trabalho e necessitam que os genitores exerçam suas funções/seus papéis naturais para com os filhos, visando a priorização da satisfação de suas necessidades.

Reconhece-se, que o filho é o ser mais importante nessa relação, sendo o titular de proteção integral e necessitando de um desenvolvimento saudável com seus interesses priorizados, respeitados e satisfeitos, constatando-se que para seu devido cumprimento a guarda compartilhada é a melhor alternativa de modalidade de guarda, vez que atribui a ambos os genitores a participação, cumprimento de obrigações e garantia de direitos para com seus sucessores, o que confirma a hipótese da pesquisa.

O exercício do poder familiar na existência da guarda compartilhada vem, portanto, para mostrar que o interesse do filho é superior a problemáticas entre os genitores, os quais devem buscar, sempre que possível e necessário, o diálogo para solucionar as demandas do(s) filho(s), para que este se desenvolva com uma criação linear, visto que quando os pais não entram em consenso acerca da criação do menor ele pode se tornar um adulto sem essência ou até mesmo confuso acerca do certo e do errado, uma vez que se desenvolveu com valores diversos nos lares paternos.

Ter um filho nem sempre é uma opção, mas quando se decide criar uma criança é necessário ter em mente que ela tem necessidades e que na maioria das vezes são cruciais para o seu desenvolvimento, sendo a presença dos genitores, essencial no seu crescimento.

Porém, sabe-se que nem sempre é possível, mas nas hipóteses em que haja a possibilidade, tem-se por necessária a divisão de tarefas, e a presença de ambos para que se entenda a importância de uma base sólida para o seu desenvolvimento enquanto ser inserido socialmente que futuramente será independente, conviverá com pessoas de diferentes grupos, hábitos e costumes. Então para que conviva bem em uma sociedade é necessário estar preparado para isto, e esse preparo vem de casa, do berço, é uma educação dada pela família, preferencialmente pelos genitores.

No decorrer do artigo fora explanado o porquê de a guarda compartilhada ser a melhor opção, às situações cabíveis, para o crescimento e formação de um ser que viverá harmoniosamente em sociedade.

Constatou-se, por fim, as diversas formas de exercício do poder familiar, o equilíbrio necessário nas relações parentais, as divisões de tarefas de forma justa, a importância da presença de ambos os genitores na vida/rotina do filho para evitar a formação de um adulto com problemas psicológicos e dificuldade nas relações pessoais durante a vida.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, S. **A tutela constitucional do afeto**, 2006. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. **Código Civil**, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 21 out. 2020.
- BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada**, 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. **Lei da Guarda Compartilhada**, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm). Acesso em: 21 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: Resp 1626495 SP 2015/0151618-2. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 15/09/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862924052/recurso-especial-resp-1626495-sp-2015-0151618-2>. Acesso em: 19 dez. 2020.
- CAETANO, F. **Guarda compartilhada**: O que é e quais são as vantagens e desvantagens dessa modalidade? 2016. Disponível em: <https://fabiano.caetano.jusbrasil.com.br/artigos/297875423/guarda-compartilhada-o-que-e-e-quais-sao-as-vantagens-e-desvantagens-dessa-modalidade>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- COSTAL, C.L.; TEIXEIRA, E.A. **A Lei sobre a guarda compartilhada**. 2018. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/lei-sobre-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 19 dez. 2020.
- DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed., rev., atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- DILL, M.A.; CALDERAN, T.B. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono**. 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2nc>
- ia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono. Acesso em: 21 dez. 2020.
- MACHADO, L.Z. (2000). **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** In: Sociedade Brasileira de Sociologia (Ed.) Simpósio de Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo, 52ª Reunião Brasileira para o Progresso da Ciência. Brasília: SBP.
- NOGUEIRA, R. **A evolução da sociedade patriarcal e sua influência sobre a identidade feminina e a violência de gênero**. Espírito Santo: 2016. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-evolucao-da-sociedade-patriarcal-e-sua-influencia-sobre-a-identidade-feminina-e-a-violencia-de-genero/#\\_ftnref1](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-evolucao-da-sociedade-patriarcal-e-sua-influencia-sobre-a-identidade-feminina-e-a-violencia-de-genero/#_ftnref1). Acesso em: 20 out. 2020.
- PAES, L.C.A. **A guarda compartilhada sob o enfoque do melhor interesse da criança**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51058/a-guarda-compartilhada-sob-o-enfoque-do-melhor-interesse-da-crianca#:~:text=A%20guarda%20compartilhada%2C%20tamb%C3%A9m%20chamada,o%20melhor%20interesse%20do%20menor>. Acesso em: 19 dez. 2020.
- ROSA, C. P. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. Ed., ver., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- SIERRA, V.M. **Família: teorias e debates**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9.
- TALLMAN, H.; ZASSO, J., MARTINS, R. Dividindo responsabilidades. **Retratos – a revista do IBGE**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 10, 16 fev. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23931-pais-dividem-responsabilidades-na-guarda-compartilhada-dos-filhos>. Acesso em: 15 set. 2020.