

ÍNDICE

CAPÍTULO XI - DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS - arts. 1.583 a 1.590	4
1. Introdução	4
2. Da guarda.....	6
3. Da guarda unilateral.....	10
3.1 Dos fatores para atribuição da guarda unilateral.....	11
4. Da guarda compartilhada	12
5. A quem compete a guarda compartilhada pela nova lei?	19
6. Dos principais pontos da nova lei	21
7. Das indicações e contra-indicações da guarda compartilhada	21
8. Fatores e condições a serem considerados na avaliação da guarda compartilhada	22
9. Da guarda alternada	24
10. De outras espécies de guarda.....	25
11. Da guarda por terceiros	26
12. Da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)	27
13. Da guarda para fins previdenciários.....	27
14. Da guarda provisória dos filhos ou dos menores - art. 1.585	28
15. Da alteração da guarda a bem dos filhos - da liberdade de o juiz decidir sobre a guarda conforme melhor atender aos interesses dos menores - art. 1.586	28
16. aplicação dessas normas na invalidade do casamento - art. 1.587.....	28
17. Do casamento do guardião não implicar na perda do direito de ter os filhos consigo, salvo prova de não serem tratados convenientemente- art. 1.588	28
18. Do direito de convivência e fiscalização pelo genitor não guardião - art. 1.589.....	29
18.1 Direito de fiscalização	30
18.2 Débito alimentar e visitas	31
19. Da aplicação aos filhos maiores incapazes das mesmas normas previstas para os menores - art. 1.590.....	32
Capítulo V - DO PODER FAMILIAR.....	34
arts. 1.630 a 1.638.....	34
1. Da denominação adotada pelo novo Código Civil.....	34
2. Da interpretação do pátrio poder conforme a Constituição	35
3. Das regras sobreviventes do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre poder familiar	35
4. Da sujeição dos filhos ao poder familiar - art. 1.630	36
5. A quem compete o poder familiar - art. 1.631	36
6. De a separação ou o divórcio dos pais não alterar as relações entre pais e filhos - art. 1.632.....	37
7. Do poder familiar ser exclusivo da mãe para o filho de paternidade não reconhecida - art. 1.633.....	38
8. Do exercício do poder familiar - art. 1.634	38
9. Da extinção do poder familiar - art. 1.635	41
10. De os pais não perderem os direitos ao poder familiar quanto aos seus filhos, no caso de aqueles contraírem novas núpcias ou união estável - art. 1.636.....	41

11.	Da suspensão do poder familiar e de outras medidas necessárias à proteção do menor - art. 1.637	42
12.	Da destituição ou perda do poder familiar - art. 1.638	43
13.	Do castigo “moderado” dos filhos	44
SUBTÍTULO II - DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES		
	- arts. 1.689 a 1.693	46
1.	Introdução.....	46
2.	Da administração e usufruto dos bens dos filhos menores - art. 1.689.....	46
3.	Dos bens excluídos do usufruto e da administração dos pais - art. 1.693.....	48
3.1	os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento - art. 1.693, I.....	51
3.2	os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos - art. 1.693, II	52
3.3	os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais - art. 1.693, III.....	52
3.4	os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão - art. 1.693, IV	52
4.	Dos limites à administração dos pais - art. 1.691	53
5.	Da representação e assistência dos pais em relação aos filhos menores - art. 1.690.....	54
6.	Do curador especial - art. 1.692.....	54
7.	Da separação e divórcio não alterar o poder familiar	54
	LEITURA INDICADA	56

CAPÍTULO XI - DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS - ARTS. 1.583 A 1.590

1. INTRODUÇÃO

O tema deste Capítulo XI do CC/02 era objeto, conjuntamente com a dissolução da sociedade conjugal, do Título IV do CC/16. De Título próprio no CC/16, numa alteração estrutural, o CC/02 passou a tratar “da proteção da pessoa dos filhos” no último Capítulo, de n. XI, do Subtítulo I (“Do Casamento”), do Título I (“Do Direito Pessoal”).

Os arts. 1.583 a 1.590 substituem os arts. 9º a 16 da Lei 6.515/77. Esses dispositivos disciplinam as relações dos filhos com os pais que tenham sido casados, ou seja, destinam-se apenas às hipóteses de separação judicial litigiosa ou por mútuo consentimento, bem como as de casamento invalidado (art. 1.587) e as de divórcio direto. Esta conclusão tem origem no próprio texto legal como no fato deste Capítulo XI encontrar-se inserto no Subtítulo I que trata "Do Casamento".

Recentemente foi publicada a Lei n. 11.698, de 13 de julho de 2008, que entrou em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação, alterando os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, regulando a definição de guarda para qualquer tipo de organização familiar, deixando de disciplinar exclusivamente as originárias da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal.

MÁRJORIE E ELISABETH VIÚDES CALHÃO LEÃO¹ - Foi promulgada em 13 de junho de 2008, com vigência após o decurso do prazo de 60 dias, a Lei 11.698 que institui e disciplina a guarda compartilhada, alterando os artigos 1.583 e 1584 do Código Civil brasileiro. A guarda compartilhada já estava inserida no artigo 1.631 § único do Código Civil que estabelece “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”. Assim, se ocorresse divergência entre os genitores, assegurado estava a qualquer deles o direito de recorrer à autoridade judiciária para solucionar a divergência.

A guarda compartilhada já há muito tempo vinha sendo usada em nosso direito, o que já levou SIDNEY SHINE, psicólogo judiciário e psicanalista a escrever que a guarda compartilhada é antes de tudo um princípio no qual o que se ressalva é a responsabilidade conjunta do poder familiar de ambos os pais.

Temos anotado uma r. decisão emanada da Suprema Corte quando do julgamento do RE 60.265 RJ, que teve como relator o e. ministro ELOY DA ROCHA, in RTJ 44/43-46, que vale a pena ressaltar: “O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai e da mãe”.

É o que em linhas gerais dispõe a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU, em seu artigo 9º por exemplo.

SIMONE ROBERTA FONTES² - A Declaração Universal de Direitos da Criança, Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário afirma o Direito de Convivência entre pais e filhos separados e a igualdade nas responsabilidades de criação dos filhos pelos pais.

Em síntese, a alteração trazida pela Lei n.º. 11.698/08, veio apenas regularizar um direito já existente de forma implícita em nosso país. A verdadeira finalidade é conscientizar os pais sobre o bem estar que a guarda compartilhada poderá trazer a seus filhos.

Hoje, a realidade é outra, temos muitos pais (homens) que se dedicam a cuidar de seus filhos, com carinho, amor e dedicação; enquanto a mãe trabalha, estuda, viaja.

FREDERICO LISERRE BARRUFFINI³ - O novo diploma legal veio regulamentar instituto que, já há algum tempo, fazia parte do cenário jurídico nacional, com alguma aceitação por nossos Tribunais.

Entretanto, reconhece-se que ainda havia acentuada resistência de juízes e de alguns tribunais na sua implementação. Tratando-se de tema sensível (guarda de filhos) e sendo a lei lacunosa, predominava a insegurança, motivando a não aplicação da guarda compartilhada.

Para a jornalista INGRID FURTADO,⁴ do Jornal Estado de Minas, vencer a vaidade, o trauma e o orgulho em nome do filho será mais uma árdua tarefa para pais separados que desejam ficar com: a criança.

O momento delicado do divórcio, quando prevalece, na maioria dos casos, mágoas e ressentimentos, pode se transformar também em uma oportunidade de reflexão sobre os vínculos familiares e o futuro dos filhos. Dados do Movimento Pais para Sempre, criado justamente para propor o projeto de lei, revelam que uma série de ações para mudanças processuais está prestes a começar: ainda este mês, dos 952 pais cadastrados na entidade, 66% vão entrar com pedido de alteração da guarda unilateral para o novo modelo.

Somente em 2007 foram distribuídos nas 12 varas de Família de Belo Horizonte 566 processos de pedido de guarda, entre exclusiva, alternada e compartilhada.

A lei nasceu da união de pais divorciados que queriam mais do que visitar os filhos em fins de semana alternados e joga luz sobre o entendimento enraizado de que a mãe é a parte ideal para cuidar das crianças. Especialistas afirmam que não se trata de confronto com as mulheres, mas divisão igualitária dos deveres. De acordo com RODRIGO DIAS, presidente do movimento, há tias e avós que já procuraram a associação e vão lutar na Justiça pela guarda compartilhada do neto ou sobrinho. "Com a lei, mães que cobram mais convivência dos pais com os filhos estão entrando com ações para a mudança na guarda", afirma.

DENISE DUARTE BRUNO⁵ - É possível afirmar que a construção de uma cidadania diferenciada entre homens e mulheres tem fortes raízes na relação de desigualdade estabelecida entre ambos no espaço doméstico. As diferenças, mesmo que não presentes na legislação, ficaram subjacentes à mesma sob a justificativa de proteção e valorização da mulher.

Considerando-se esses aspectos subjacentes à legislação, no referente ao processo de elaboração da Constituição brasileira de 1988, identificamos pelo menos duas contradições interferindo no processo de concepção da cidadania feminina. As duas principais contradições identificadas relacionam-se ao reconhecimento da família nuclear, monogâmica e heterossexual como sendo a organização familiar natural e portadora de direitos. As contradições identificadas foram:

1. houve uma certa dissolução do direito da mulher no direito da família, e
2. persistiu, durante todo o processo, a contradição entre identificar a mulher como alguém a ser protegida – portanto mais frágil – e a função feminina de sustentáculo da estrutura familiar – portanto detentora de maior força.

A “resolução” das contradições configurou ainda para as mulheres, no processo constituinte, uma cidadania diferenciada, embora tenha que se reconhecer que as diferenças legais diminuíram; mas as ambigüidades não, permanecendo, produzindo uma série de ações e reações.

DENISE DUARTE BRUNO⁶ - Portanto, tudo indica ser necessário, de antemão, aos profissionais que atendem essas mulheres, entender que o vampirismo das mesmas não se configura primordialmente como uma atitude mórbida, mas se refere provavelmente à busca do reconhecimento do seu espaço de identificação social e da configuração de sua cidadania.

O entendimento da contradição não implica o reforço da postura feminina de “senhora” dos afetos e das configurações das relações familiares, especialmente das relações parentais-filiais. Implica, sim, a partir do entendimento e desvelamento das contradições, buscar formas de ruptura desse assenhoramento, pois o mesmo apenas reforça posições desiguais: aos homens, o espaço público; às mulheres, o privado.

A possibilidade de ruptura dessa dicotomia requer dos profissionais o desenvolvimento de uma metodologia orientada no sentido de auxiliar as mulheres a saírem da cidadania por concessão para a plena cidadania. Para tal, é importante se ressaltar, nos atendimentos e nos pareceres, a possibilidade de as mulheres terem proteção legal contra a violência e a discriminação, mas sem o reforço da sua posição feminina no centro da família, uma posição contraditória em se pensando que a cidadania plena se configura no espaço público.

O caso de Eva exemplifica essa posição contraditória.

Eva foi avaliada pela assistente social quando requeria a guarda do filho. Era uma moça jovem, bonita, com uma carreira que podia ser descrita como brilhante. Quatro anos antes havia decidido

se separar e deixou o filho, na época com 9 meses, sob a guarda paterna. Na disputa de guarda, Eva não fazia nenhuma alegação no sentido de o menino não estar bem com o pai; ao contrário, ela reconhecia que o pai não só havia atendido de forma adequada todas as necessidades do menino, mas também tinha procurado facilitar e estimular a relação entre mãe e filho.

Após algumas entrevistas, nas quais se insistiu no motivo para a troca de guarda, finalmente Eva desabafou: “Eu sou constantemente cobrada de como, de por que eu abandonei meu filho. Meus amigos, minha família e mesmo minha chefia, sempre me questionam do por que eu, como mãe e mulher, deixei o meu filho. Eu preciso ter a guarda dele, para que as pessoas reconheçam meu verdadeiro lugar na sociedade, que é o lugar de mãe, de mulher. Não adianta tudo que fiz, todo meu trabalho, se agora eu não vencer esta disputa de guarda. As pessoas só enxergam as mulheres como dignas se elas são mães. Eu quero o reconhecimento de minha dignidade”.

O reconhecimento da dignidade de Eva e de todas as mulheres não implicava – e não implica – a questão da guarda do filho, mas ela e os que a rodeavam tinham (e talvez ainda tenham) dificuldade em ter essa clareza. A dignidade do ex-marido de Eva e de todos os homens também não depende da guarda do filho. Ou seja, nem homens nem mulheres devem ser reconhecidos como mais ou menos dignos pelas suas posições nas famílias, mas sim pelo reconhecimento de que ambos são cidadãos, iguais em direitos e deveres.

DENISE DUARTE BRUNO⁷ - Apenas homens e mulheres iguais em direitos e deveres, isto é, com reconhecimento de sua plena dignidade, podem construir famílias menos hierárquicas e mais plenas no que diz respeito a inter-relação de seus membros, sem vampirismos, sem senhoras e sem senhores.

Entender a contradição da constituição da cidadania feminina é um passo neste sentido.

2. DA GUARDA

Pela Lei n. 11.698, de 13 de julho de 2008:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

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

§ 4º. (VETADO).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

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

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

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

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

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

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

§ 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

A existência da distinção entre os institutos do “poder familiar” e da “guarda” constitui premissa para discussão dos vários adjetivos incorporados a este último: monoparental, unilateral, conjunta, compartilhada, revezamento, alternada, unipessoal - dentre outros tantos.

O poder familiar sobre o filho, enquanto menor, foi conferido em igualdade ao pai e à mãe, independente de se tratar fruto de casamento. Na medida da convivência dos pais sob o mesmo teto, aos dois cabe, igualmente, o exercício de todo o conjunto de atributos, direitos e deveres emanados do encargo da autoridade parental: zelar e cuidar cotidianamente pelo filho; administrar e usufruir de bens da prole; conceder autorização para seu casamento ou para tirar passaporte ou para uma mera viagem ao exterior etc. Caracteriza-se por ser impostergável, irrenunciável, indelegável, intransmissível e personalíssimo, tanto no que se refere ao pai quanto à mãe, isonomicamente, em equilíbrio de força e participação.

A “guarda” constitui pequena porção da genérica e abrangente autoridade parental, com ela co-existindo ou não. Ou seja, o guardião não é necessariamente um dos genitores, assim como a mera guarda não confere ao seu titular o poder familiar.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT⁸ - “A 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”. Assim, não é “apenas um *munus*, no sentido exclusivo de obrigação, proteção e zelo... envolve, em contraposição aos deveres que acarreta, algumas vantagens materiais e imateriais em favor de quem a exerce, que podem ser erigidas na qualidade de direitos.”

WALDYR GRISARD FILHO⁹ - O vocábulo guarda, como informa De Plácido e Silva, é “derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em **sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração**”, especificando que guarda de filhos “é locução indicativa, seja do direito ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, *de ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.”

Enfocada por diversos diplomas e oferecendo variegada casuística, torna-se difícil apropriar um conceito unívoco ao instituto de que tratamos, “dos mais delicados de todo o direito de família.” “Tomando por base a definição oferecida por RUBENS LIMONGI FRANÇA, JOSÉ ANTÔNIO DE PAULA SANTOS NETO formula o seguinte conceito: “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”. GUILLERMO A. BORDA compreende no estudo da guarda a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores, correlatamente à obrigação de estes viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados.

Reconhecendo ser tarefa difícil conceituar a guarda, dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja, GUILHERME GONÇALVES STRENGER diz que “**a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar**”. MÁRIO AGUIAR MOURA, compreendendo a guarda como um controle objetivo do desenvolvimento do menor, entende que, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico”.

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao pátrio poder, através dos artigos 384, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia

de posse, conforme o artigo 33, § 1º do ECA, surge, através dos artigos 231, IV, e 379 a 383 do CC, como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no artigo 384, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas, elencadas no artigo 384, do CC.

DAMTOM G. P. SILVA¹⁰ - A guarda consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do pátrio poder ou terceiras pessoas manterem consigo menores ou maiores inválidos a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida.

ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS¹¹ - No campo do Direito de Família, a guarda, por se encontrar intrinsecamente ligada ao poder familiar, vem sofrendo influência direta da nova concepção deste instituto, pois, enquanto no passado o conceito do poder familiar estava estreitamente vinculado ao conjunto de direitos dos pais sobre os filhos, hoje esse conceito está jungido a um conjunto de deveres dos pais sobre os filhos.

Assim, como resultado desta evolução conceitual, a guarda passou a constituir-se num dever dos pais e não mais num direito destes em relação aos filhos e, por via reflexa, o dever da guarda se ampliou, passando a consistir na obrigação do pai ou da mãe em prestar assistência material, moral e educacional, ou seja, na obrigação de ter consigo o filho menor, reger-lhe a conduta e ainda protegê-lo.

ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS¹² - O legislador constituinte, sensível a esta transformação da família moderna, atentando para a evolução social, ampliou o conceito de poder familiar (pátrio poder), determinando que ele será exercido em igualdade de condições, tanto pelo homem quanto pela mulher. Desta equiparação de obrigações emergiram dois princípios: da paternidade responsável e o da co-responsabilidade entre os pais na criação dos filhos.

ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS¹³ - Diante de tais princípios e até mesmo em virtude do novo texto constitucional, que ampliou o poder familiar, surgiram novas modalidades de guarda, também vinculadas à proteção da pessoa dos filhos. Seu propósito consiste em possibilitar aos pais o exercício do poder familiar em igualdade de condições, diferentemente da finalidade da guarda que ainda é exercida nos dias de hoje, onde aquele que detém a guarda do filho conserva todos os direitos em relação a este, enquanto que aquele que não é o detentor da guarda, mantém tão-somente os direitos de visita e fiscalização, além da obrigação alimentar.

HELOÍSA HELENA BARBOZA¹⁴ - Esse último critério, que assume feição evolutiva, embora não tenha ainda recebido o merecido acolhimento pelos tribunais, é o mais condizente com a atual estrutura das entidades familiares, formadas pela comunhão de afetos e reconhecidas pelo Direito como o ambiente adequado de formação do indivíduo e do desenvolvimento de suas plenas potencialidades como ser humano. Mas não é só.

Nesse sentido, a importância do pai para a estruturação da personalidade, da individualidade, tem sido demonstrada amplamente pela Psicologia, afirmando-se que “o pai é antes e tudo o representante de uma função. Seu ofício é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo transmitindo seu nome (o patronímico)”. Não obstante, o mesmo autor afirma que: “A criança humana não é o produto da carne de seus progenitores, nem mesmo de seu desejo de filhos, ou de proezas biotecnológicas desenvolvidas nos procedimentos médicos de procriação assistida. Ele é instituído como tal - criança, filho de ... ou filha de ... - pelo Direito”. Portanto, esse pai, que em termos ideais seria também o biológico, mas pode não sê-lo, é de fundamental significado para que se alcance o pleno desenvolvimento de potencialidades projetado pelo Direito.

DENISE DUARTE BRUNO¹⁵ - Todo e qualquer estudo sobre formas de definição da guarda de crianças em casos de ruptura (ou da não-existência) do laço conjugal de seus genitores, onde as estruturas familiares se organizam em torno de outras relações que não a conjugalidade, assume grande significado na sociedade contemporânea, onde cada vez mais se diversificam as formas de organização familiar.

Junto a tal diversidade e diretamente relacionada a ela, quer como causa ou como conseqüência, três outros fatores tornam relevante a questão da forma como se dão os cuidados e responsabilidades de genitores não-casados para com suas crianças. Esses fatores são: (1) o reconhecimento dos direitos da criança de conviver com ambos os genitores; (2) o questionamento dos

tradicionais papéis de gênero, que definiam a questão da guarda considerando a primazia da convivência das crianças com a mãe, ou seja, valorizava a função materna, e, finalmente, definição da guarda a partir de questões morais, como culpa.

CLAUDETE CARVALHO CANEZIN¹⁶ - O princípio da igualdade entre o homem e a mulher foi consagrado na Constituição Federal de 1988, princípio esse de grande importância nas relações conjugais e nas relações entre pais e filhos. No mesmo sentido, o Código Civil brasileiro vigente, em seu art. 1.630, dispõe que: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".

O exercício do poder familiar compete aos pais, igualmente, pois não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei, conforme o art. 1.631 do mesmo diploma legal.

É através deste poder-dever que os pais mantêm os filhos em sua companhia, proporcionando-lhes proteção, educação, afeto, amor, alimentos, enfim, preparando-os para que possam se desenvolver como pessoas e serem cidadãos capazes de exercer seus direitos e obrigações.

A guarda faz parte do poder familiar, é um encargo intrínseco dentro desse poder, exercido pelos pais igualmente, sobre os filhos menores, enquanto estiverem na vigência do casamento ou enquanto estiverem vivendo sob o mesmo teto, numa união estável ou união de fato; não se questiona quem tem a guarda dos filhos, pois os dois, pai e mãe, têm esse poder naturalmente.

Porém, quando há a ruptura do casamento ou da união estável, surge o problema, pois o pai e mãe têm o poder familiar e não o perdem com o fim do relacionamento, mas a guarda dos filhos é "desdobrada", pois é dada a um dos pais, restando ao outro o direito de visita.

Enquanto pais e filhos estiverem vivendo sob o mesmo teto, a guarda é comum, e as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, bipartem-se as funções parentais, e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente na maioria dos casos concretos.

O fim do casamento ou da união estável não altera o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica normalmente com um deles, com o encargo de prestar assistência material, moral e educacional e assegurar ao não-guardião o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos por parte do guardião.

CLAUDETE CARVALHO CANEZIN¹⁷ - A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar.

Destina-se a guarda primeiramente à assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

Conceituar guarda, de maneira que se mostre suficientemente abrangente, que abrace todas as características relativas ao instituto, é difícil, mas, nas palavras de WALDYR GRISARD FILHO, 1 a guarda não se definiria por si mesma, senão através dos elementos que a assegurariam, reconhecendo ser tarefa difícil conceituar tal instituto, dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja.

O conceito de guarda, para JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO E RUBENS LIMONGI FRANÇA, é assim definido: "Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação."

Para MARIA HELENA DINIZ, "é o instituto que visa a prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato"; já VICENTE SABINO JÚNIOR a entende como "um dever dos pais e um direito dos filhos".

WALDYR GRISARD FILHO continua seu entendimento, afirmando que a guarda é "o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor".

Diante desses conceitos, pode-se conceituar esse instituto como sendo um conjunto de normas e princípios que estabelecem direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, com o fim de zelar pelo seu bem-estar e pelos seus interesses, enquanto menores.

A guarda é um atributo do poder familiar, que é direito e dever exercido por ambos os genitores, em igualdade de condições, não se alterando com o advento da ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

3. DA GUARDA UNILATERAL

Conforme nova redação dada ao art. 1.583, pela Lei n. 11.698/08, a guarda será unilateral ou compartilhada.

Correspondente ao *soly custody*, é também denominada monoparental, exclusiva ou única. Essa é a forma clássica de fixação da custódia nos casos de o par parental não mais coabitar.

Guarda unilateral é a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: **I** – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; **II** – saúde e segurança; **III** – educação. § 3º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Segundo o § 1º do art. 1.583, é a atribuída “a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Não implica na alteração do poder familiar que, no sistema pátrio, independe da titularidade da guarda, o que se confirma pelo fato de a novel redação manter a possibilidade de ser concedida a um terceiro.

Na definição da guarda unilateral por consenso dos pais ou por decisão judicial, levar-se-ão em consideração os critérios enumerados no § 2º do art. 1.583 pelos quais a apuração do genitor que revela melhores condições para exercer a guarda se faz “objetivamente” em prol do que propiciar aos filhos: “I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação”¹⁸. Da mera leitura de tais itens pode-se concluir que nada se têm de objetivo como pretendeu o legislador, permanecendo ainda subjetivo e casuística sua aferição.

Acrescentam-se como fatores a serem apreciados para definição judicial da guarda unilateral em favor de em dos genitores: a) “a faixa etária do filho¹⁹ e outras condições de seu interesse”²⁰ (§ 4º do art. 1.583); b) “atenção a necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe” (inciso II do art. 1.584).

Na hipótese de o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, a deferirá à “pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (§ 5º do art. 1.584).

A fiscalização originalmente prevista no art. 15 da Lei 6.515/77,²¹ recebe nova roupagem no § 3º do art. 1.583 que dispõe: “a guarda unilateral obriga o pai, ou mãe, que não a detenha, a supervisionar os interesses dos filhos”. Em que pese a boa intenção do legislador, por certo, diante da ausência de instrumento e de sanção para tal supervisão, resultará inócua como aquele art. 15.^{22, 23}

Estranha a exigência do § 4º do art. 1.583, que tanto na guarda unilateral quanto na compartilhada, por consenso ou por determinação judicial, seja “determinado período” de sua validade.

SIMONE ROBERTA FONTES²⁴ - A legislação conceituou a guarda unilateral como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que a substitua, bem como a guarda compartilhada como aquela em que há 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, redação dada pelo artigo 1583, parágrafo 1º.

CLAUDETE CARVALHO CANEZIN²⁵ - Guarda unilateral. A guarda unilateral visa a evitar conflitos entre os pais sobre a vida e a educação da criança, assim como impedir que esta seja usada como arma no conflito entre os pais.

A determinação sobre a qual dos pais será atribuída a guarda unilateral e, conseqüentemente, o exercício mais efetivo do poder familiar pode ser feita de dois modos: por acordo dos pais ou mediante uma decisão judicial.

O interesse da criança serve de critério para a escolha de quem será o guardião do filho menor, tendo o outro o direito de visitas.

Mas, em nossa sociedade, a guarda unilateral ainda é conferida às mães; na maioria dos casos, são elas que ficam com a guarda dos filhos, principalmente os de tenra idade, ficando para o outro, que não é o guardião, o direito de visitas e vigilância, que não deverá transformar-se num direito de ingerência. Por isso, o seu titular não dispõe de um direito de ação, nem de um direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião, ou seja, o detentor da guarda.

Nesse modelo, não se exige sequer que o guardião consulte o outro (pai ou mãe) não-guardião sobre as decisões importantes a tomar relativamente ao menor. O não-guardião não pode, nem direta e nem indiretamente, participar da educação dos filhos, nem goza de um direito a ser ouvido pelo seu ex-cônjuge em relação às questões importantes da educação do menor.

Na guarda unilateral, não há contato contínuo com o não-guardião, o que, conseqüentemente, afasta o filho do pai não-guardião. Acerca desse afastamento, WALDYR GRISARD FILHO frisou que: "As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas".

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE conclui que "muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecidas, acabam se desinteressando pelos filhos e 'abandonam' a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe".

A realidade nos mostra que a visita desaparece ao longo do tempo, em manifesta desvantagem para os filhos, e assim vão perdendo o elo familiar que os une, pela falta de convivência diária ou mais efetiva.

Dessa insatisfação relativamente às conseqüências da guarda unilateral, surgiu a necessidade de novas formas de guarda que visem, por um lado, a garantir o direito da criança a relacionar-se com ambos os pais e, por outro, a promover a igualdade de direitos e responsabilidades entre os pais.

3.1 DOS FATORES PARA ATRIBUIÇÃO DA GUARDA UNILATERAL

FREDERICO LISERRE BARRUFFINI²⁶ - Outra observação sobre a nova lei diz respeito ao parágrafo 2º do artigo 1.583, verbis: "§ 2º. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação."

Apesar dos nobres objetivos do legislador, tem-se por equivocada essa "enumeração" de fatores a serem observados na atribuição da guarda unilateral, pois é impossível estabelecer uma graduação, em importância, como parece ter sido o objetivo do dispositivo: primeiro viria o afeto, depois saúde e segurança e, por fim, educação.

Como dosar esses fatores para estabelecer a quem atribuir a guarda? Exemplo: um genitor muito rico que se separa da genitora, deixando esta em situação econômica muito inferior, porque sempre serviu à família e, por isso, afastou-se do mercado de trabalho. Agora passará a viver de pensão alimentícia, tendo de enfrentar o périplo de repetidas "ações de execução de alimentos" para poder sobreviver. Casos como esse são diariamente analisados por juízes e Tribunais. É evidente que o genitor rico poderá, sem sombra de dúvidas, fornecer com maior efetividade saúde, segurança e educação, embora, no critério afeto, a genitora possa estar em vantagem. Com um "placar" de 2 x 1 em favor do genitor, indaga-se: este sagra-se vencedor ou a mãe deve ficar com a guarda, porque está em vantagem no fator "afeto", localizado topograficamente em primeiro lugar na ordem do art. 1.583, parágrafo 2º? Em outras palavras: deve haver uma ordem de importância entre esses fatores?

Além disso, é claro que os incisos I, II e III não esgotam os fatores que devem ser observados pelo juiz na atribuição da guarda. Afeto, saúde, segurança e educação: são os únicos direitos da criança e do adolescente? São os mais importantes? E outros, como esporte, lazer, profissionalização, cultura, alimentação, liberdade (artigo 4º da Lei 8.069/90), não devem ser levados em consideração? Estão compreendidos nos demais?

Por tudo isso, bastaria que o legislador tivesse dito: "§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, atendendo, sempre, ao melhor interesse dos filhos", sem qualquer enumeração de fatores.

Aliás, é assim que deve ser lido o dispositivo. A enumeração nele contida em nada influenciará o julgador, que continuará a considerar todas as circunstâncias que o caso concreto oferecer, sem qualquer ordem de importância entre fatores, mas levando em conta a melhor solução para o interesse global da criança ou adolescente.

Também não se entende por que o legislador só se referiu à guarda unilateral no parágrafo segundo. Não deveriam ser esses mesmos fatores levados em consideração na fixação da guarda compartilhada?

O art. 1.583, parágrafo 3º: extensão e a questão da responsabilidade do genitor pelo abandono moral.

Finalmente, chama a atenção o disposto no parágrafo 3º do artigo 1.583, com o seguinte teor:

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

A depender da interpretação que os Tribunais farão do dispositivo, poderá haver profundas repercussões no campo da responsabilidade civil dos pais em relação aos atos dos filhos menores.

É que, atualmente, predomina na jurisprudência, ao menos do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o pai que não exerce a guarda do filho não deve ser responsabilizado por atos por ele praticados, salvo se, quando de sua ocorrência, o menor se encontrava sob sua responsabilidade direta (exemplo: pai que exercia direito de visitas no final de semana em que o filho, dirigindo seu veículo, acidentou-se e provocou danos a terceiros). Nesse sentido, narrou-se no Informativo 196 do Superior Tribunal de Justiça:

Responsabilidade civil. Acidente. Trânsito. Veículo dirigido por menor. A Terceira Turma decidiu que, ocorrendo acidente de trânsito com veículo dirigido por menor, prevalece a responsabilidade presumida, no caso de pais separados, daquele que detenha a guarda do filho, de acordo com o art. 1.521, I, do CC/1916. REsp 540.459-RS, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, julgado em 18/12/2003.

Questiona-se se ao parágrafo 3º deve-se atribuir tamanha extensão, responsabilizando o genitor que não detém a guarda por atos praticados pelo filho menor. Não parece tenha sido essa a intenção do legislador ao lhe conferir o dever de "supervisionar os interesses dos filhos".

O que se quer estabelecer, na verdade, é um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto, por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o que a doutrina convencionou chamar de "abandono moral".

O dispositivo, assim, poderá lançar novas luzes à discussão relativa à responsabilidade civil do genitor ausente, que atualmente encontra-se com o seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: " Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, julgado em 29/11/05, DJ 27/03/006 p. 299)

Em conclusão, pode-se dizer que o grande mérito da Lei nº 11.698/2008 é de cunho pedagógico, no sentido de "dar o recado" de que é efetivamente possível e, mais que isso, recomendável, o estabelecimento da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, pois a primeira propicia ao menor permanecer em companhia de todos aqueles com quem mantém efetivos laços de afeto, sem que esses laços sejam prejudicados por fatos como a separação judicial ou a dissolução da união estável.

4. DA GUARDA COMPARTILHADA

ELAINE GOMES BARRETO²⁷ - Este instituto que nasceu na Inglaterra por volta de 1960, onde o sistema da *commom law* rompeu com o tradicional deferimento da guarda única, sendo que a mãe possuía a preferência da guarda de seus filhos. Instaurou-se, então, um novo pensamento os tribunais denominado *split ordem*, significando dividir os direitos e obrigações dos pais, vislumbrando com isso o

interesse do menor, sendo que em nosso ordenamento jurídico é denominado criança e adolescente, termo que veio a vigorar a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o passar do tempo, a guarda compartilhada foi repercutindo em toda a Europa, inclusive na França, que adotou apenas o modelo de guarda compartilhada jurídica.

No Ocidente, se expandiu pelo Canadá e nos Estados Unidos da América, principalmente no Estado do Colorado, onde atingiu 90% de aceitação.

Cumprе salientar que este modelo já é adotado em vários países, tais como Portugal e Argentina, com resultados altamente satisfatórios e agora, no Brasil.

Por guarda compartilhada entende-se 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.

A guarda compartilhada passa a ser a de preferência do legislador como regra a ser seguida tanto em razão de acordo dos pais, como em situações em que couber ao juiz defini-la, para tanto, intervindo na audiência de conciliação, esclarecendo aos pais o significado e a importância desta modalidade de custódia (1^a parte do § 1^o do art. 1.584).

Contraditória, no entanto, a determinação de o juiz informar ao pai e à mãe da “similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores” na guarda compartilhada (2^a parte do § 1^o do art. 1.584) e a necessidade de o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, “estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada” (§ 3^o do art. 1.584). Ora, a atribuição igualitária a ambos os genitores de todos os deveres e direitos em relação aos filhos comuns é decorrência lógica da titularidade da autoridade parental, não afetada pela concessão da guarda. Pelo que, se trata de norma redundante e conflitante com a exigência de regulamentação casuística das “atribuições” de cada um conforme orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, constante do mesmo § 3^o.

Acrescenta ainda o § 1^o do art. 1.584 que na audiência de conciliação o juiz, feita apologia à guarda compartilhada, esclarecerá aos pais sobre “as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”, o que pode acabar como desestímulo, frustrando o desiderato perseguido. As sanções estão previstas no § 4^o do art. 1.584 que dispõe “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convívio com o seu filho.” Aliás, difícil a punição de algum dos genitores sem conseqüências para atendimento do melhor interesse da criança.

A guarda compartilhada será definida “em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar”, de comum acordo pelo par parental ou por provocação de qualquer deles e decretada pelo juiz (art. 1.584, I).

Provavelmente, a interpretação da expressão “sempre que possível” constante do § 2^o do art. 1.584 levará a manutenção do *status quo* atual, segundo o qual a guarda compartilhada, em situações de conflito, não é viável. Isto porque condicionada a concessão à sua “possibilidade” ou “viabilidade” em atenção a necessidades específicas do filho ou em “razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste, tanto com o pai quanto com a mãe.” Nesse sentido, depoimento de TÂNIA DA SILVA PEREIRA ao esclarecer que “o compartilhamento pressupõe entendimento entre as partes. Então, mesmo que o juiz fixe este tipo de guarda, a determinação só tem sentido se houver entendimento.”²⁸

Não há disciplina prevista para alimentos na guarda compartilhada. Segundo, TÂNIA DA SILVA PEREIRA, “o compartilhamento da responsabilidade alcançará também esta parte, pois supondo que “a residência seja a casa da mãe, mas o pai fique com a criança duas vezes ao mês de sexta a segunda feira. Como ele ficará mais tempo, a despesa dele será maior. Ele, então, poderá negociar o valor da pensão porque sua convivência será maior.”²⁹

ANDRÉA ALMEIDA CAMPOS,³⁰ com felicidade ímpar, anota que “antes de sermos *homo sapiens* ou seres humanos que pensam, somos *homo affectus*, ou seres humanos que sentem. (...) O direito é, então, o conjunto de regras que tornam possível a convivência harmoniosa entre os seres humanos, dando a cada um o que é seu, ou seja, fazendo-se justiça para que sobrevivamos e sejamos felizes. Quanto mais o

direito se afastar desse propósito, tornando-se um arcabouço normativo frio e não baseado no afeto, mais longe estará da sua razão de ser, que é a de fazer justiça.”

Com LEONARDO BOFF,³¹ lembre-se que “a ética do cuidado completa a ética da justiça. Elas não se opõem mas se compõem na construção de uma convivência humana fecunda, dinâmica, aberta, carregada de solidariedade, afetividade e amorosidade.”

LIA LUFT³² adverte que “quem ama cuida; cuida de si mesmo, da família, da comunidade, do país, pode ser difícil, mas é de uma assustadora simplicidade e não vejo outro caminho.”

Assim, a guarda compartilhada não deve ser imposta como solução para todos os casos, mas deve ser uma opção alternativa à tradicional, conforme a casuística, numa flexibilização do direito ao mosaico familiar coexistente no momento sociocultural brasileiro. A solução para os conflitos familiares, antes de exigir solução judicial passa pelo bom senso e equilíbrio com que o par parental resolve suas diferenças. Com ética, respeito e afeto, as soluções vêm naturalmente e independente de intervenção judicial.

ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS³³ - Guarda compartilhada ou conjunta - É aquela que tem por finalidade permitir aos pais, em relação aos filhos, a manutenção dos vínculos de afinidade e afetividade existentes antes da separação do casal pois, através dela, os pais, embora separados, continuam detendo a guarda simultânea do filho, dividindo as responsabilidades na criação deste, sem que haja supremacia de um sobre o outro. Se ambos detêm a mesma responsabilidade, natural que ambos partilhem das mesmas obrigações. Assim, por exemplo, como as crianças e os adolescentes necessitam de um ponto de referência para a sua própria segurança e formação, também aqui os pais deverão estabelecer residência fixa para o filho, podendo ser a casa da mãe ou pai, mas, apesar disso, persistirão as obrigações do dia-a-dia em relação a ele. Quanto à visitação, tal qual ocorre na guarda exclusiva, os pais deverão regulamentá-la, de forma não contenciosa, podendo ser estipulada livremente, visando a adequar as suas disponibilidades à do filho, sempre fundados no melhor interesse da criança.

WALDYR GRISARD FILHO³⁴ - É um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Nesse contexto, os pais podem planejar a guarda material compartilhada (acordos de visita ou acesso). Implica na divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que é flexível.

SIMONE ROBERTA FONTES³⁵ - O conceito de guarda compartilhada pode ser definido como um sistema no qual os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos. A guarda compartilhada não deve ser confundida com a guarda alternada, na qual existe uma divisão equitativa do tempo com os filhos, entre os cônjuges, pois neste caso a criança reside alguns dias ou meses na casa do pai, e outros na casa da mãe, conforme acordo homologado pelo juiz.

Há, ainda, outros tipos de guarda: a guarda dividida ou unilateral (sistema de visitação, pela qual os filhos ficam sob a guarda de um dos pais, geralmente a mãe e o outro tem o direito de visita) e o aninhamento (os pais é que se mudam para a mesma casa dos filhos, periodicamente).

Em outros países o sistema da guarda compartilhada já é amplamente difundido, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos.

Entre os países pioneiros, está a Inglaterra, que na década de 60, proferiu à primeira decisão sobre a guarda compartilhada *joint custody*. Tais precedentes repercutiram na França e no Canadá. O direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala, sendo a guarda compartilhada um dos tipos que mais cresce nos Estados Unidos da América.

Até a entrada em vigor da Lei n.º. 11.698/08, no Brasil, a regra era a atribuição da guarda exclusiva a um dos genitores, que pelo art.1584 vigentes do Código Civil, deve ser aquele que estiver em

melhores condições de exercê-la, e ao outro cônjuge, atribui-se o direito de visita, podendo, no entanto, ser acordado entre as partes o modelo de guarda desejado.

A partir da vigência da nova legislação, as partes podem requerer a guarda compartilhada (anteriormente já era possível, mas, somente, em casos de separação consensual), bem como o juiz poderá decretá-la em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe, como preceitua a redação do artigo 1584, inciso I e II, inserido pela Lei 11.698/08.

WALDYR GRISARD FILHO³⁶ - O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal. Para o desembargador SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, a guarda compartilhada é a "situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados. O caso mais comum será o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos filhos, ao contrário do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico". Essa igualdade no exercício de suas funções parentais, anota TÂNIA DA SILVA PEREIRA, incentiva a participação permanente na vida dos filhos.

Para a psicóloga e psicanalista MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA, "a guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos".

WALDYR GRISARD FILHO³⁷ - O termo dupla custódia, como JUDITH S. WALLERSTEIN E SANDRA BLAKESLEE denominam a guarda compartilhada, oferece várias definições, que às vezes se confundem. A custódia legal refere-se a um acordo no qual os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos, inclusive a instrução, a educação religiosa, os problemas de saúde e, às vezes, o local de residência. A custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual os pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar um com o outro na tomada de decisões. Não mais se discute sobre as perdas que a separação impõe ao menor. Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos, como observou (acima) CLÓVIS BEVILÁQUA, não prevalecendo contra eles a desunião dos pais, pois, mesmo decomposta, a família continua biparental. O primeiro aspecto a considerar na operacionalização do modelo é sobre a residência do menor, pois "é inconcebível falar-se em guarda de menor na ausência do direito de fixar residência; pois é esse elemento que confere ao guardião o meio de assegurar sua função".

Essa nova modalidade de guarda deve ser compreendida, então, como aquela forma de custódia em que o menor tem uma residência fixa (na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros) - única e não alternada (essa modalidade só aumenta os sentimentos de insegurança e instabilidade na mente do menor, quando passa freqüentemente de mão em mão) -, próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas atividades habituais e onde, é lógico presumir, tem seus amigos e companheiros de jogos. A determinação do local de residência do menor gera "a estabilidade que o direito deseja para o filho" e "não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo", como enfatiza GUILHERME GONÇALVES STRENGER.

Na infância e na juventude, ao menor deve-se evitar grandes alterações em sua vida e rotina, permanecendo tudo o que não for imprescindível mudar. Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e um centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual ele sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida. São dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura. "A mudança é estressante", sentencia EDWARD TEYBER."

Os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local de residência do menor, atendendo-se, sempre, ao seu melhor interesse, devendo ficar com aquele dos pais que apresente melhores condições ao seu pleno desenvolvimento. Cada caso é um caso à discricionariedade do juiz, que deve evitar as fórmulas estereotipadas, utilizadas automática, invariável e tradicionalmente. Tais são preconceituosas, na medida em que desatendem a necessidade do menor e dispensam a presença permanente, conjunta e ininterrupta do pai e da mãe na sua formação para a vida.

A residência única, onde o menor se encontra juridicamente domiciliado, define o espaço dos genitores ao exercício de suas obrigações. Também possibilita ao genitor não-guardião - o que não mora com o menor - o cumprimento de seu dever de visita, que só pode ser regularmente exercido se o menor dispõe de um local permanente de referência, pois o que mora com o filho tem a guarda física, também chamada material, imediata, próxima, mas ambos têm a guarda jurídica.

Quando o juiz, na sentença, outorga a guarda a um dos cônjuges (a parentes ou a terceiros), está determinando a residência habitual do menor, seu domicílio (artigo 36 do CC). Portanto, a residência do menor passa a ser a mesma da pessoa com quem viva. Ela é importante não só aos pais, como a terceiros, para saberem quem tem especificamente o concreto e cotidiano dever de vigilância. Essa escolha é obrigatória para o juiz. Ao fazê-la, estabelece a guarda única (como imperativo legal), excluindo, conseqüentemente, a guarda alternada, quando o menor vive na casa de cada um dos genitores por um certo período de tempo igual, e depois volta. "Isso é muito ruim", exclama FRANÇOISE DOLTO, "porque, nesse caso, não há nem continuum afetivo, nem continuum espacial, nem continuum social". É assim quando "os pais dividem entre si, durante a semana, seu 'filho joguete'".

Pretendendo a guarda compartilhada reequilibrar os papéis parentais (co-responsabilidade) na tomada de decisões importantes relativas aos filhos e incentivar o contato freqüente e contínuo destes com seus dois genitores, não significa uma divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos, como ocorre na guarda alternada (semana com um, semana com outro; semestre com um, semestre com outro). Os filhos nem a guarda se dividem. Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, "a residência continua sendo única", conclui EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE.

CLAUDETE CARVALHO CANEZIN³⁸ - A guarda compartilhada veio à tona para suprir as deficiências dos outros tipos de guarda, principalmente a unilateral, onde há o tradicional sistema de visitas do pai, e a mãe é quem toma todas as decisões sobre a vida da criança. Tal sistema privilegia a mãe, na esmagadora maioria dos casos, gerando relevantes prejuízos - tanto de ordem emocional quanto social - aos filhos.

Os prejuízos também se refletem no pai, cuja falta de contato mais íntimo com os filhos leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços amorosos, tornando-o um mero genitor, privando-o do contato cotidiano das responsabilidades e méritos dos filhos.

Na guarda compartilhada, ambos os pais continuam exercendo em comum a guarda, dividindo a responsabilidade legal sobre os filhos e compartilhando as obrigações pelas decisões importantes relativas ao menor.

Busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e filhos, com a guarda compartilhada, pois mantém pai e mãe envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

INGRID FURTADO - Agora, com a alteração legislativa, a regra passa a ser a guarda compartilhada, devendo os magistrados informar aos pais o seu significado, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos a cada um e as sanções decorrentes da não observância.

O texto altera artigos do Código Civil e prevê que os pais decidam juntos as atividades do dia-a-dia dos filhos, como escola, cursos, passeios e prática religiosa. A nova opção se soma a outras duas, já velhas conhecidas de casais que optaram pela separação: a guarda unilateral ou exclusiva, que estabelece que o menor more em um lar fixo, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não é o guardião, e a alternada, em que duas pessoas dividem o direito sobre a criança não simultaneamente, ou seja, cada um dos pais detém a guarda do filho alternadamente, durante uma semana, meses ou anos.

A guarda compartilhada é então o sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que eles participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como dos direitos e deveres do poder familiar. "A base do direito de família é o bom senso. Trabalhamos com emoções e sentimentos de pessoas. Infelizmente, há pais que usam os filhos como uma arma, um escudo para suas vinganças. E, por isso, é importante avaliarmos a intenção de cada uma das partes nas audiências. Um parecer errado pode comprometer a formação de uma criança. Com o compartilhamento, o filho terá dois guardiões, e não apenas um", afirma o juiz da 6ª Vara de Família da comarca de Belo Horizonte, PEDRO ALEIXO NETO.

Especialistas acreditam que a guarda compartilhada é uma tendência e vai provocar mudanças de comportamento nas famílias brasileiras. A desembargadora e vice-presidente Nacional do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), MARIA BERENICE DIAS, acredita que a lei é um avanço para reduzir os conflitos na disputa pela guarda dos filhos. Estimativas mostram que em 6% dos processos familiares no país já é concedida a guarda compartilhada. E a expectativa é de que os pedidos de alterações nos arranjos aumentem ainda mais depois da promulgação da lei. A melhor opção é aquela que atende os interesses da criança. Com o novo modelo, em função da falta de entendimento dos pais, o juiz pode decidir pela guarda compartilhada", afirma BERENICE.

O juiz da 6ª Vara de Família da Comarca de BH, PEDRO ALEIXO NETO, afirma que a principal vantagem é a possibilidade de resgatar o relacionamento que os filhos desfrutavam na época em que os pais eram casados. Para ele, as funções que o casal assumiu em relação aos filhos permanecerão as mesmas, sem prejuízo às duas partes. Ele diz também que o novo modelo já é uma tendência, e observa que, somente ele, já deferiu dezenas de guardas compartilhadas desde o ano passado. "A lei só veio disciplinar uma prática que nunca foi proibida. A Justiça entra quando há conflitos. Há casos antigos de pais que decidiram pelo compartilhamento de decisões e vivem em harmonia sem precisar de legislação. somente de entendimento", diz.

No entanto, o magistrado acredita que mesmo com ressentimentos e falta de diálogo entre o casal, a lei é aplicável. "Aguarda compartilhada vem para humanizar a relação dos pais com os filhos depois da dissolução do casamento. Mesmo em condições desfavoráveis, com brigas e conflitos, ela é positiva. Nenhum bem é mais precioso que os filhos. E é o amor por eles o fator que vai facilitar a superação das mágoas do casal. O tempo é o remédio para tudo. Convivo com situações degradantes de mães e pais que usam o filho como arma para as situações mal resolvidas. Se não houver um equilíbrio, a criança vai carregar, para o resto da vida, os problemas da separação", observa Neto.

Mas o juiz da 1ª Vara de Família de BH, NEWTON TEIXEIRA CARVALHO, lembra que alguns pais estão buscando o compartilhamento da guarda para evitar pagar pensão. No entanto, isso é um mal-entendido: "O direito à pensão não é anulado na nova lei. Se percebermos que há necessidade, vamos pedir. Mas acredito que se não houver maturidade entre os pais, compartilhar as decisões do dia-a-dia fica inviável", afirma o magistrado.

O psicanalista, psicólogo judicial em direito de família do Fórum de BH e professor da PUC Minas, HÉLIO CARDOSO MIRANDA JÚNIOR, de 43 anos, aponta como principal vantagem da guarda compartilhada a possibilidade de prevenir seqüelas para os filhos. Ansiedade, agressividade, depressão e dificuldades cognitivas podem aparecer em crianças de pais separados. "A guarda compartilhada traz à tona uma situação interessante: não haverá divisão entre quem oferece o provimento e quem lida com as tarefas do dia-a-dia. Claro que isso poderá ser alterado se conveniente para o casal e os filhos. Mas o fato de repensar a situação já é grandiosa para o relacionamento familiar", diz.

O especialista observa que quando há litígio pela guarda das crianças, por mais que os pais sejam discretos e sensatos, o conflito passa para os filhos, de qualquer forma. "E também não será por causa da lei que as brigas entre os pais vão acabar. Por isso é tão importante o consenso", afirma.

Mas o mais fundamental de tudo isso, segundo Hélio, é visto sob o ponto de vista infantil. "Percebo que as crianças se sentem melhores quando vêem que o pai e a mãe são responsáveis por ela e não somente um deles. Para os filhos, o que mais importa é que estão sendo amados e educados", diz o especialista.

O fato de o filho ter um único domicílio ou dois é relativo. "Já vi um caso em que duas meninas conviviam muito bem com o divórcio dos pais e mudavam de casa de 15 em 15 dias. E não havia nenhuma consequência negativa, muito menos falta de referência para elas", observa.

CLAUDETE CARVALHO CANEZIN³⁹ - O vínculo decorrente entre o ser humano e quem o gerou é regulamentado por leis, que contêm direitos e deveres de ambos, predominando o direito dos filhos e os deveres dos pais, independentemente de existência ou não de união dos mesmos.

Havendo dissolução da união dos pais, detentores do poder familiar, esse poder não se dissolve, permanecendo os pais conjuntamente com este poder-dever sobre o filho enquanto menor e incapaz, sendo aqueles responsáveis pela educação – moral e cultural –, sustento e guarda. É este instituto – a guarda, que os pais têm que ter maior sensibilidade na hora da decisão, tendo como objetivo exclusivamente o bem-estar do filho e buscando o melhor para ele, e nunca esquecer que o filho necessita do pai e da mãe para o seu melhor desenvolvimento: por isso, os pais têm que ser maduros suficientes para compartilharem da guarda do filho, independentemente de suas frustrações ou desavenças, pois o poder familiar permanece com ambos os pais, sem questionar-se quem fica com a guarda e o outro ficando com o direito de visita, no caso de guarda unilateral, mas, no caso de compartilhada, ficam os pais com a guarda inalterada, exercendo direitos e obrigações igualmente.

Isto porque o casamento impõe aos cônjuges, respectivamente, deveres comuns a ambos os genitores para com os filhos, como seu efeito fundamental, tendo por objeto a sorte do filho, sustento, guarda e educação. Segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, "ao pai e à mãe incube, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica, sustentar, guardar e educar aqueles a quem deram a vida; velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los e prepará-los para a vida".

O desejo de ambos os pais tem que ser no sentido de compartilhar da criação e da educação do filho e de manterem adequada comunicação para serem motivados a optarem pela guarda compartilhada.

O que a guarda compartilhada pretende é permitir que os pais continuem a agir como tais, dividindo responsabilidades, participando da vida da criança, que é o que não ocorre no modelo de guarda única, em que um possui a guarda e, outro, o direito de visita. Portanto, a pretensão é a conservação dos laços que uniam os pais antes da separação.

O objetivo da guarda compartilhada é reorganizar as relações entre os pais e os filhos na família que foi desunida pela separação, sendo que seu objetivo nada mais é do que a continuidade da autoridade dos pais, assim como era no casamento.

Para que esse modelo seja adotado, deve haver a necessidade de manifestação positiva dos pais, o acordo entre eles é de extrema importância, já que não existe lei regulamentando esse instituto.

A residência do menor não necessariamente será com a mãe, mas sim com o genitor que apresentar melhores condições, e quando se diz "condições" não são só as financeiras, mas também as de carinho, afeto, amor, dedicação. Certo está que um cônjuge terá a guarda física, mas ambos detêm a guarda jurídica. A idéia de uma residência principal procede no sentido de a criança possuir uma estabilidade e não perder assim seu ponto de referência domiciliar, mas nada impede que o filho tenha quarto e coisas pessoais nas duas residências, ficando a criança totalmente à vontade nas duas residências, mas nunca se esquecendo de que o menor tem que ter um lar principal para equilíbrio. Portanto, melhor seria se ambos os pais morassem no mesmo bairro, para evitar situações inesperadas.

Para a psicóloga e psicanalista MARIA ANTONIA PISANO MOTTA: "A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser compreendida como aquela forma de

custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.”

E é com este pensamento e entendimento que os pais têm que buscar a guarda compartilhada, com a moradia principal com um dos genitores, mas tendo o outro genitor todos os direitos e obrigações, compartilhando assim da vida do filho em todos os momentos; pois, com a guarda compartilhada, busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e filhos enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel permanente, ininterrupto e conjunto.

5. A QUEM COMPETE A GUARDA COMPARTILHADA PELA NOVA LEI?

FREDERICO LISERRE BARRUFFINI⁴⁰ - A nova redação do artigo 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil, conceitua a guarda unilateral e a guarda compartilhada, dizendo ser esta 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".

À primeira vista, a redação do dispositivo restringe aos genitores o exercício da guarda compartilhada, no que, a nosso sentir, a lei poderia ter sido mais clara.

Também a nova redação do artigo 1.584, incisos I, II e parágrafos 1º, 2º, reforçariam a opção de restringir aos pais o exercício da guarda compartilhada.

Fez-se, é verdade, uma ressalva no parágrafo 5º, nos seguintes termos:

"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", sem, contudo, expressa referência à guarda compartilhada.

Desse modo, a leitura isolada do parágrafo 5º pode dar a entender que, em se tratando de guarda atribuída a pessoa diversa dos genitores, não seria possível o compartilhamento.

E mais: a interpretar-se de maneira isolada o parágrafo 1º do artigo 1.583, a conclusão seria, de fato, no sentido de que o legislador quis restringir aos genitores o exercício da guarda compartilhada. É que, ao definir a guarda unilateral, utilizou a expressão "Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, parágrafo 5º)" (grifamos), ao passo que, definindo a guarda compartilhada, não se valeu do complemento "ou alguém que o substitua".

Contudo, tal interpretação não deve prevalecer.

Primeiro, porque o parágrafo se interpreta em conjunto com a cabeça do artigo e nesta está dito: "Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:" (grifamos).

Segundo, porque nada justificaria semelhante solução. Ora, são inúmeras as hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto ditarão a necessidade e a conveniência de que se amplie o compartilhamento da guarda a outras pessoas além dos genitores. Exemplificativamente, poderão ser chamados a exercer a guarda compartilhada:

- a) um dos genitores e os avós, maternos ou paternos;
- b) um dos genitores e um dos avós, materno ou paterno;
- c) um avô materno e uma avó paterna;
- d) uma avó materna e um avô paterno;
- e) um dos genitores e a ex-mulher ou ex-companheira daquele genitor;
- f) um dos genitores e outro parente ligado por laços de afinidade ao menor;
- g) um dos genitores e terceira pessoa, não parente, mas ligada ao menor por fortes laços de afetividade e afinidade;

FREDERICO LISERRE BARRUFFINI⁴¹ - Assim, o legislador fez "vista grossa" ao sem-número de especificidades envolvidas no tema da guarda de filhos, esquecendo-se de que estes estão inseridos não apenas no formato tradicional de família (pai-mãe-filhos), mas também nas suas demais variantes, como chamadas "famílias flutuantes" ou eudemonistas, oriundas parcialmente de várias outras [02]. Enfim, negligenciou o fato de que a família constitui verdadeiro caleidoscópio de relações, que muda no tempo

de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma na evolução da cultura, de geração para geração, conforme observou GISELE GROENINGA.

Não se está defendendo que o legislador fizesse expressa menção a esses novos institutos no texto legal – o que, aliás, não seria de boa técnica.

Deveria, apenas, ter se valido, já no artigo 1.583, de uma cláusula aberta, definindo a guarda compartilhada como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai, da mãe, de um deles e alguém que o substitua ou de duas ou mais pessoas aptas que os substituam e que não vivam sob o mesmo teto, nos casos previstos em lei e conforme prudente avaliação do juiz".

A propósito, o Código Civil em vigor é repleto de exemplos em que o legislador se valeu de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, concretizáveis pelo juiz à vista do caso concreto. É característica integrante do espírito da nova codificação, que bem poderia ter sido seguida pela legislação reformadora.

Ora, e se os pais não mais viverem ou se um deles não mais viver? Fica proibida a guarda compartilhada? Imagine-se, hipoteticamente, a hipótese narrada no item "e", acima. O menor, há anos, vive em companhia de um dos genitores e da mulher ou companheira deste – a quem o costume atribuiu a pecha pejorativa de "madrasta", mas que, em muitos casos, desenvolve com o enteado forte relação de afeto. O menor, tal o grau de afinidade, chama-a por "mãe", especialmente naqueles casos em que o convívio se estabelece com a criança desde a mais tenra idade. Muitas vezes, a mãe ou o pai biológicos são falecidos, ausentes ou irresponsáveis no exercício do poder familiar, pois negligenciam afeto ao filho com quem não vivem ou coabitam.

FREDERICO LISERRE BARRUFFINI⁴² - Nesses casos, a "madrasta" ou o "padrasto" tornam-se autênticos "pais de fato" ou "pais sócio-afetivos". Seria razoável negar-lhes a possibilidade de exercício da guarda compartilhada em caso de separação ou dissolução de união estável? Francamente, não. Aliás, a leitura correta das expressões "pai" e "mãe" nos referidos dispositivos deve ser ampla, para compreender, além dos pais biológicos (genitores) e aqueles que adquiriram essa qualidade pela adoção, os pais por afeição, isto é, os pais sócio-afetivos. Trata-se de interpretação conforme a Constituição Federal (princípio da dignidade da pessoa humana: art. 1º, inciso III).

Evidentemente, há vários registros de casos em que o Judiciário, acolhendo essa tese, mesmo antes da Lei nº 11.698/2008, estabeleceu a guarda compartilhada a pessoa diversa dos genitores, como se constata do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a Corte estabeleceu o compartilhamento da guarda entre um dos genitores e a avó da menor: Apelação nº 5123364600, Relator MARCO CÉSAR, 10/09/2007: "Ação de regularização de guarda de menor impúbere proposta pela avó materna à mãe da criança - Oposição trazida pelo pai - Julgamento de procedência, estabelecendo a guarda compartilhada entre a autora e o oponente - Apelo da ré improvido."

Portanto, o Código Civil – seja na redação revogada, seja na atual – não fecha questão. Em matéria de guarda de filhos, o critério dos critérios continua sendo o maior interesse do menor, que, no sistema atual, constitui tanto "critério de controle como critério de solução".

Assim, tudo estará a depender das circunstâncias do caso concreto e, notadamente, do atendimento ao melhor interesse do menor.

Tal critério constitui, a bem da verdade, mais que apenas um critério. Trata-se de verdadeiro princípio universal quando se trata de filhos e, de maneira geral, de crianças e adolescentes, aplicável a todas, absolutamente todas suas relações familiares e sociais (*best interest of children*, do direito anglo-saxão; *migliori interessi dei bambini*, do direito italiano; *interés de los hijos*, do direito espanhol etc).

FREDERICO LISERRE BARRUFFINI⁴³ - E, indo além, pode-se dizer que tal princípio foi alçado, em nosso sistema jurídico (Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.) ao status de meta-princípio ou de postulado normativo em matéria de criança e adolescente, exercendo função de controle, regulação e resolução de conflitos entre outros princípios [04]. Pode-se mesmo dizer, fazendo uma comparação, que o postulado do melhor interesse do menor está para o direito da criança e do adolescente assim como os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade estão para todo o direito público.

SIMONE ROBERTA FONTES⁴⁴ - Não se pode ignorar a noção da guarda compartilhada, preferindo o modelo de guarda exclusiva, sendo esta muitas vezes abusiva e contrária à igualdade constitucionalmente garantida.

O interesse do menor é determinante para a atribuição da guarda. Inúmeras são as vantagens que a guarda compartilhada proporciona para as crianças (possuem melhor auto-estima do que as de famílias monoparentais, são mais seguras, gozam de melhor desenvolvimento psico-social, entre outras), já que estas usufruem de um convívio maior com ambos os pais, o que fomenta uma convivência parental sadia e harmoniosa, que acarreta num crescimento e desenvolvimento mais feliz.

O cenário jurídico internacional já aplica este modelo de guarda, mas a realidade brasileira é diferenciada. Faz-se imprescindível, o desenvolvimento de estudos científicos específicos sobre o tema para que os magistrados possam se orientar e decidir, respeitando sempre o melhor interesse do menor.

Cabe salientar que a separação e o divórcio ou o fim da união estável devem acontecer somente entre o casal, nunca entre os genitores e seus filhos.

Aplicar a guarda compartilhada, não se trata de estabelecer o princípio da igualdade entre homem e mulher o que deve levar em consideração é a JUSTIÇA, pois tanto o homem, pai, a mulher, mãe, devem ter seus direitos e deveres em relação aos filhos. Assim, eles serão beneficiados mesmo numa situação difícil, tal como a ruptura familiar, pois por mais consensual ou amigável que seja, há uma mudança nos hábitos, nos costumes o que causa dor e sofrimento para todas as partes, sendo os filhos os mais prejudicados.

Assim sendo, a guarda compartilhada, com advento da Lei nº. 11.698/08, fez prevalecer a JUSTIÇA, garantindo ao menor o seu bem estar, fundamentado nos princípios constitucionais que garante a vida, a liberdade e igualdade para todos.

6. DOS PRINCIPAIS PONTOS DA NOVA LEI

A guarda compartilhada será mais uma opção para os pais. Ela poderá ser preterida entre os dois modelos mais tradicionais, que são a guarda exclusiva ou unilateral e a alternada.

A guarda compartilhada não anula o pagamento de pensão alimentícia. Mesmo em casos em que os pais dividem igualmente o tempo do filho, quando houver diferença acentuada entre as fontes de renda dos dois, o que tem menos condições financeiras poderá requerer a pensão para a criança.

Na guarda compartilhada, a questão fundamental é que pai e mãe dividem as responsabilidades em relação aos filhos. Os dois são guardiões e estarão em pé de igualdade para tomar decisões a curto e longo prazo.

Os limites de visitação acabam, pois ambos terão que chegar a um acordo sobre como será a rotina da criança e o tempo que ela passará com cada um, sem a necessidade do consentimento judicial.

Não há obrigação de o filho dividir exatamente o mesmo tempo com o pai e a mãe.

O objetivo é que o filho cresça sob os cuidados do pai e da mãe e que os dois se sintam igualmente responsáveis pela criança.

7. DAS INDICAÇÕES E CONTRA-INDICAÇÕES DA GUARDA COMPARTILHADA

DENISE DUARTE BRUNO⁴⁵ - Quanto às ressalvas feitas à guarda compartilhada, a primeira contra-indicação do estabelecimento (ou homologação) da guarda compartilhada refere-se à violência doméstica, quer seja comprovada ou que se tenham indícios significativos de que um dos genitores praticou qualquer ato de violência contra o outro ou contra um dos filhos.

Essa ressalva está presente, por exemplo, na legislação americana, sendo que a regulamentação do Estado do Arizona é bastante clara ao determinar que "guarda conjunta não deve ser considerada se a corte encontra a existência de violência doméstica significativa... ou se a corte tem conhecimento ou evidência da preponderância de uma história de violência doméstica".

Outra contra-indicação da guarda compartilhada, refere-se ao fato de que a separação conjugal sempre traz em si mágoas e ressentimentos, dificultando que os membros do ex-casal mantenham um relacionamento livre de conflitos. Esta contra-indicação assume relevância nos casos nos

quais a guarda compartilhada é decidida ou homologada judicialmente, ou seja, quando ela não acontece na forma de um arranjo espontâneo entre os separandos.

GOLDSTEIN et al. (1996) destacam tal contra-indicação citando um estudo cujas conclusões são no sentido de que, sob a ótica da criança cuja guarda compartilhada foi decidida ou homologada judicialmente, seu bem-estar não está privilegiado, visto que a mesma "pode se sentir presa no meio do conflito parental (...) mesmo que este arranjo de custódia seja resultado de encorajamento feito por mediadores ou juízes". (MACCOBY e MNOOKIN apud GOLDSTEIN et al., 1996, p. 250)

DENISE DUARTE BRUNO⁴⁶ - Outros pesquisadores também se referem ao conflito parental como sendo uma das possíveis contra-indicações ao estabelecimento da guarda compartilhada, destacando que a manutenção do contato entre os membros do ex-casal, requerido neste tipo de guarda, em certos casos pode provocar a continuidade da conflito entre eles, prejudicando as crianças.

Mais uma contra-indicação, relacionada em alguns textos que se opõem à guarda compartilhada, refere-se à instabilidade que tal arranjo pode gerar nas crianças envolvidas, instabilidade esta proveniente das freqüentes mudanças de ambiente.

Tal ressalva nos parece válida nos casos da guarda alternada, sendo expressiva a seguinte crítica: Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem-estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. (RABELO, s/d)

Contrapondo-se às ressalvas feitas à guarda compartilhada e à guarda alternada, temos os aspectos positivos que dão relevância ao seu estabelecimento.

O primeiro é o direito que toda criança tem de conviver com ambos genitores, direito este estabelecido em convenções nacionais e internacionais de direito e códigos elaborados a partir de tais convenções.

O segundo é a compreensão de que, se considerarmos a igualdade entre homens e mulheres, não só ambos têm o direito de conviverem com, e se responsabilizarem igualmente por, seus filhos, mas também que tal convivência é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva das crianças.

As vantagens da guarda compartilhada (e até mesmo da alternada, se for o caso) podem ser relacionadas tanto a partir do ponto de vista dos filhos quanto dos genitores.

Sob a ótica dos filhos, a vantagem está expressa no direito de convivência acima referido, direito este que, segundo alguns estudos, "parece ser um aspecto determinante de ajustamento das crianças ao divórcio" de seus pais (BASTIEN e PAGANI, 1996). Ou seja, a guarda compartilhada reduziria as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam em se adequarem às novas rotinas e aos novos relacionamentos após a separação de seus genitores.

Sob a ótica dos genitores, as vantagens são de três tipos, segundo o estudo canadense publicado por BASTIEN e PAGANI (1996). São elas:

- I - redução do stress e do acúmulo de papéis do genitor que é guardião único;
- II - favorece a que ambos os genitores compartilhem a educação dos filhos; e
- III - ambos os genitores ficam mais satisfeitos, especialmente se decidiram entre si por tal tipo de guarda e não foi uma decisão judicial.

BASTIEN e PAGANI (1996) se posicionam no sentido de que tanto as indicações, quanto especialmente as contra-indicações da guarda compartilhada não são absolutas, devendo ser relativizadas levando-se em consideração alguns fatores intervenientes, relacionados às crianças ou à família.

Os fatores ou variáveis que interfeririam na adaptação das crianças/adolescentes à guarda compartilhada são relacionados abaixo e comentados brevemente logo a seguir.

- I - variáveis individuais, ou seja, relacionadas ao(s) filho(s): idade, sexo e temperamento;
- II - variáveis familiares: relação genitor/filho(s) e relação dos genitores entre si.

8. FATORES E CONDIÇÕES A SEREM CONSIDERADOS NA AVALIAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Com relação à criança/adolescente

a) Idade

No que diz respeito à idade dos filhos quando da separação dos pais, há indicativos de que a adaptação ao pós-divórcio dos pais, independente do tipo de guarda, ocorre da mesma forma em diferentes faixas etárias, podendo se destacar o seguinte, no que diz respeito especificamente à guarda compartilhada, se considerarmos três faixas etárias para a separação dos pais e o estabelecimento do arranjo de guarda (compartilhada ou não).

Para os pré-escolares (0-5 anos), o estabelecimento da guarda compartilhada tem como contrapartida uma redução nos sentimentos de perda e abandono, mas com aumento do desejo de reconciliação entre os pais e o risco das crianças terem dificuldade em suportar a instabilidade, mesmo que os pais sejam afetivos e empenhem-se no arranjo realizado.

Por sua vez, crianças na fase escolar (6-11 anos) costumam ter problemas de ajustamento independente do tipo de guarda, sendo que a guarda compartilhada pode ser adequada para os anos finais dessa faixa etária: há indicativos de que os pré-adolescentes se adaptam bem a este tipo de guarda, desde que os horários sejam estáveis e os pais colaborem entre si.

Já no que diz respeito aos adolescentes (11-19 anos), as atividades fora do grupo familiar, típicas e necessárias nesta faixa etária, criam desvantagens em flexibilizar a organização dos horários da guarda compartilhada. Estudos não conclusivos indicam que os adolescentes podem tanto serem beneficiados quanto prejudicados pela guarda compartilhada.

b) Sexo

No que diz respeito aos ganhos que meninos e meninas possam ter em arranjos de guarda compartilhada, os autores citados apresentam duas conclusões:

I - meninos com problemas de ajustamento emocional tem dificuldades independente do tipo de guarda (KLINE, 1989 apud BASTIEN e PAGANI, 1996)

II - meninas em guarda única e meninos em guarda compartilhada têm maior nível de ansiedade do que meninas em guarda compartilhada e meninos em guarda única.

Ou seja, há estudos demonstrando que meninas se beneficiam mais do que meninos quando sua guarda é exercida em conjunto por seu pai e sua mãe, e que meninos têm maior dificuldade, seja qual for o arranjo de guarda (especialmente se têm problemas de ajustamento).

c) Temperamento e capacidade de adaptação

Segundo os autores já referidos, não há estudos que tenham avaliado de forma metódica e isolada essas variáveis, havendo apenas um indicativo e uma hipótese:

I - indicativo: crianças com temperamento difícil têm mais problemas em Qualquer que seja o tipo de guarda;

II - hipótese: o temperamento da criança influi na decisão dos pais, havendo uma tendência em se optar pela guarda compartilhada quando a criança tem temperamento mais fácil.

DENISE DUARTE BRUNO⁴⁷ - Com relação à família.

a) Relação entre pais e filhos

A guarda compartilhada só é indicada se ambos os genitores têm boa relação com o(s) filho(s).

b) Relação dos genitores entre si

As dificuldades de relacionamento entre os genitores não podem ser de tal intensidade que os impeça de se comunicarem para realizarem arranjos quanto ao(s) filho(s).

Os fatores apresentados acima, quer com relação às crianças, quer com relação à organização familiar, embora possam servir de parâmetros quando da opção em estabelecer ou não a guarda compartilhada, são discutidos por BASTIEN e PAGANI (1996) em dois níveis:

I - provêm de pesquisas realizadas apenas em um estrato social, ou seja, as chamadas classes médias e altas;

II - as pesquisas não levaram em conta os processos familiares relacionados à decisão e as consequências do estabelecimento da guarda compartilhada.

As autoras discutem, ainda, o fato de que a adaptação das crianças à guarda compartilhada não depende de uma variável isolada, mas da interação de diversas variáveis. Independente dessa interação, algumas condições devem ser consideradas antes do estabelecimento, judicial ou não, da guarda compartilhada (ou conjunta).

DENISE DUARTE BRUNO⁴⁸ - Além de se descartar a necessidade de verificação da existência de violência doméstica (conforme referido no item 2), alguns pré-requisitos devem ser considerados quando do estabelecimento da guarda compartilhada. Algumas dessas condições devem ser consideradas de forma preliminar, no momento mesmo em que se considera a possibilidade da guarda compartilhada, e outras devem ser foco de atenção especial quando se regulamenta este tipo de arranjo. As condições ou pré-requisitos que devem ser considerados preliminarmente dizem respeito às condições e capacidades dos genitores, e referem-se a quanto cada um dos pais pode:

(1) transmitir confiança e respeito ao outro genitor, (2) direcionar seu comportamento sobre o bem-estar da criança e não considerá-la como sua posse, (3) estar disposto a fazer concessões, (4) ser capaz de falar com o ex-cônjuge, pelo menos no que diz respeito à criança, (5) reconhecer e aceitar as diferenças entre os genitores, (6) transmitir confiança à criança. (BASTIEN e PAGANI, 1996)

Se estas condições dos pais precedem qualquer estabelecimento de guarda compartilhada, quando a mesma for estabelecida ou homologada por algum organismo formal deve-se, ainda, avaliar se a guarda compartilhada atende aos melhores interesses da criança naquele contexto específico. Caso a formalização se dê através do Judiciário, alguns outros parâmetros podem ser utilizados para análise da conveniência da medida, tais como os previstos na legislação americana transcritos abaixo:

1) O acordo ou a falta de acordo entre os pais quanto à guarda conjunta.

2) Se a falta de acordo dos pais seria infundada ou é influenciada por uma questão não relacionada aos melhores interesses da criança.

3) As habilidades passadas, presentes e futuras dos pais em cooperar na tomada de decisões sobre a criança na extensão requerida pelo estabelecimento da guarda conjunta.

4) Se o arranjo de guarda conjunta é logisticamente possível.

Além de avaliar tais aspectos, a mesma legislação prevê que o estabelecimento ou a homologação de um acordo de guarda compartilhada deve ser precedido da apresentação, por parte dos genitores, de uma proposta onde estejam previstos: (1) direitos e responsabilidades de cada um; (2) esquema de permanência da criança com cada um; (3) formas de resolução de conflitos ou questões não previamente definidas; (4) previsão de periodicidade de revisão do plano estabelecido; e (5) a compreensão das partes de que "guarda conjunta não significa necessariamente tempo" igual com a criança.

A guarda compartilhada pode ser estabelecida a qualquer momento, mas parece-nos que só deve sê-lo se considerar os parâmetros relacionados acima, especialmente no que concerne à capacidade dos pais em cooperarem e se respeitarem mutuamente. Frente a todos os temas tratados neste texto, e até para dar um final ao mesmo, a seguir faremos alguns comentários quanto à proposta de legislação brasileira da guarda compartilhada.

9. DA GUARDA ALTERNADA

Por guarda alternada (ou por revezamento) entende-se a atribuída simultaneamente a ambos os genitores, fixada a alternância de períodos em que o filho residirá com cada um deles. Exemplificativamente: uma semana com o pai e depois uma semana com a mãe; um mês com o pai e o posterior com a mãe.

ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS⁴⁹ - Guarda alternada é aquela em que cada um dos genitores detém a guarda do filho alternadamente, de acordo com limite espaço-temporal preestabelecido, sem que haja interferência de um ou outro dos pais no período que não lhe foi estipulado, ou seja, cada genitor exercerá a guarda com todos os atributos desta no período que lhe couber. Este período poderá ser de seis meses, um ano ou uma semana, dependendo da vontade dos pais. Merece ser questionado o sucesso dessa modalidade de guarda. Primeiro porque a alternância não atende ao princípio do melhor interesse do filho.

Além disto, essa inconstância na vida da criança ou do adolescente irá refletir-se na sua formação, dificultando a aquisição de bons hábitos e valores sociais determinados e, provavelmente, terá conseqüências no seu desenvolvimento psíquico, transformando-o num ser inseguro. Importante, ainda, frisar que para que a guarda alternada efetivamente tenha bom êxito é preciso que os cônjuges possuam similar padrão de vida, tanto do ponto de vista financeiro quanto moral, de maneira que os filhos possam experimentar continuamente, estejam sob os cuidados de um ou outro dos pais, as mesmas oportunidades e orientações.

WALDYR GRISARD FILHO⁵⁰ - Na guarda alternada tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de "continuidade", que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

WALDYR GRISARD FILHO⁵¹ - A guarda material compartilhada é acompanhada quase sempre pela guarda jurídica compartilhada. "A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período, os papéis invertem-se."

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, invertem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única. Refere-se esse modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade. Por isso a Jurisprudência a desabona, quando a criança passa de mão em mão.

Observa ARMANDO LEANDRO, que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor: "Pode ela afetar gravemente o equilíbrio do menor, sobretudo se é de pouca idade. Conforme opiniões autorizadas (confr., v. g., ANNA FREUD, JOSEPH SOLDSTEIN E ALBERT SOLNIT, in 'Beyond the best interests of the child', págs. 32 e segs.) - que a experiência comum parece confirmar -, uma das necessidades básicas da criança é a da continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares".

10. DE OUTRAS ESPÉCIES DE GUARDA

WALDYR GRISARD FILHO⁵² - Na constância do casamento, tanto na família *legítima* como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores. É a chamada *GUARDA COMUM*, consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ao pátrio poder não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.

Trata-se, nesse caso, da **guarda desmembrada do pátrio poder**, intervindo o Estado, através do juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem não detém o pátrio poder, para a devida proteção do menor. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial. Além dessas situações extremas - guarda decorrente do pátrio poder é guarda desse desmembrada -, conhece a doutrina outras modalidades de guarda.

GUARDA ORIGINÁRIA é aquela que corresponde aos pais, tal como mencionado acima, integrada no pátrio poder, como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção, a representação. Sua origem, sendo natural, é *originária* dos pais.

GUARDA DERIVADA é a que surge da lei, através dos artigos 407, 409 e 410 do CC, e corresponde a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou

testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme artigo 30 do ECA.

WALDYR GRISARD FILHO⁵³ - É, na primeira figura, também chamada temporária, a que surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar. Trata-se, obviamente, de uma medida *provisória*, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. O menor, então, confiado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da guarda única.

DENISE DUARTE BRUNO⁵⁴ - No aninhamento ou nidação são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivam os menores, em períodos alternados de tempo. É o arranjo no qual não são as crianças que mudam de casa, mas os pais. Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos. Este tipo, apresentado por RABELO (s/d) como sendo "raro", refere-se àqueles arranjos nos quais as crianças permanecem sempre morando na mesma casa e com as mesmas rotinas, sendo que os pais, por períodos alternados, se mudam para atender e conviver com os filhos.

DENISE DUARTE BRUNO⁵⁵ - Deve-se de pronto destacar que as expressões "conjunta" e "compartilhada", embora sejam diferentes entre si, são usadas para definir o mesmo tipo de arranjo, como destaca RABELO (s/d) que define tais arranjos da seguinte forma: Pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. Neste tipo de guarda, "um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho", mas ambos tem os mesmos direitos e deveres para com a prole. A definição de guarda conjunta para pelo menos um autor, STAHL (1994), refere-se de forma específica ao arranjo no qual ambos os genitores têm a "custódia física e legal conjunta de uma criança". (p. 156)

Guarda legal conjunta - O conceito de guarda legal conjunta refere-se àquele arranjo, determinado ou homologado judicialmente, no qual os dois pais exercem conjuntamente a autoridade parental partilhando as decisões importantes, relativas, por exemplo, ao bem estar dos filhos, mas somente um dos genitores detêm a guarda física legal. (BASTIEN e PAGANI, 1996) Ou seja, a criança vive com um dos genitores, mas o outro participa de todas as decisões, responsabilidades e de grande parte dos cuidados, sendo estes últimos divididos de comum acordo entre os pais. Este tipo de arranjo difere dos dois apresentados a seguir, que prevêm alternância na moradia das crianças.

Guarda física compartilhada - Neste tipo de arranjo, a criança vive alguns períodos com um dos genitores e outros períodos com o outro, ou seja, "o período de vida da criança é dividido entre as residências dos dois genitores". (BASTIEN e PAGANI, 1996)

Guarda alternada - A guarda alternada, que prevê seu estabelecimento ou homologação judicial, implica em que por períodos de tempo pré-estabelecidos, geralmente de forma equânime entre ambos os genitores, cada um deles detenha "de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental". (RABELO, s/d)

11. DA GUARDA POR TERCEIROS

Conforme art. 5º do art. 1.584, 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.

WALDYR GRISARD FILHO⁵⁶ - Dentre os parentes, os avós têm sido os preferidos. Não há entre eles ordem preferencial. Primeiro, porque inexistente previsão legal; segundo, porque impera o princípio do artigo 5º, I, da CF. Repita-se, aqui, que sobreleva o interesse do menor, auferido no exame circunstancial dos fatos. A guarda por terceiro obriga este à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, como se vê no artigo 33 do ECA, que não ficam dispensados de seus deveres de assistência, v.g., alimentos, uma vez que não afeta o pátrio poder.

AVÓ CONSEGUE NO STJ A GUARDA DE NETA COM QUEM CONVIVE DESDE O NASCIMENTO

- Nas decisões sobre a guarda de menores, deve ser preservado o interesse da criança, e sua manutenção

em ambiente capaz de assegurar seu bem estar, físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros. Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu, por maioria, a O.A.S.S. a guarda de sua neta M.C.S.T, mesmo estando seus pais vivos e vivendo juntos. No caso, a avó entrou com uma ação pedindo a guarda da neta de nove anos, afirmando que convive com a menor desde o nascimento, mantendo com ela um relacionamento de carinho, amor e dedicação. Assegurou, também, ter condições físicas e econômicas para sustentá-la. O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido, porque, embora os pais atravessassem dificuldades financeiras, eles podem criar e sustentar a menor, não se configurando a situação peculiar exigida. Em apelação, a avó voltou a sustentar que devem prevalecer os interesses da menor, seu bem-estar, educação, saúde, moradia e lazer. Entretanto o Tribunal de Justiça do Piauí não acolheu o recurso. No STJ, O.A.S.S afirmou que a lei não exige situação irregular para deferimento da guarda. A única exigência que faz, prosseguiu a avó, é que se preserve o interesse da menor, "este já demonstrado fartamente nos autos". Ao decidir, o relator, Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, destacou que não há, nos autos, notícia de que os pais não se opõem ao pedido e que, embora vivam juntos, sustentam outro filho com poucos recursos financeiros. Ressaltou, também, que a menor recebe assistência material, moral e educacional, bem como vive com a avó desde os primeiros dias de vida. "Não vejo como recusar a guarda da menor à avó, pois os interesses da criança, leia-se bem-estar, devem ser preservados. A menor é criada em um ambiente que lhe assegura bem-estar moral, material, atestado por estudo social e prova testemunhal", disse o Ministro. Os Ministros NANCY ANDRIGHI E CASTRO FILHO votaram com o relator. Os Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito divergiram do entendimento do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. (dados do processo não informados na fonte) Fonte: STJ. Publicado em 3/7/06. <http://www.iob.com.br/juridico/noticia_integra.asp?id=14475> Acesso em 14/7/06.

12. DA GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

"Apesar de o instituto da guarda estar intimamente ligado ao do poder familiar, não se esgota neste nem com ele se confunde, podendo subsistir com ou sem o poder familiar, donde se conclui que, da mesma forma que não cessa o poder familiar para o cônjuge que não ficou com a guarda de seus filhos, também não há perda do poder familiar sobre o filho, quando a guarda é conferida a terceiros, por ordem judicial ou não.

ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS⁵⁷ - A guarda, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui-se na primeira forma de colocação em família substituta, e como tal, tem por objeto ou finalidade regularizar a posse de fato de uma criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a quem quer que seja, inclusive aos pais.

WALDYR GRISARD FILHO⁵⁸ - O Estatuto da Criança e do Adolescente, dispendo sobre a proteção integral do menor, em obediência aos princípios constitucionais estampados nos artigos 227 e 229, também cuida da guarda de filhos, através dos artigos 33 a 35, de forma diversa. Na expressão de ANTÔNIO CHAVES, a guarda de que trata a lei estatutária só se aplica ao menor em situação irregular, isto é, separado da família, por morte ou por abandono dos pais. Para outros autores, porém, com mais razão, a "guarda pode ser deferida com relação a qualquer menor de 18 anos, independentemente de sua condição", pois o novo Estatuto, que incorpora a doutrina sociojurídica da proteção integral proposta pela ONU, contrariamente aos anteriores Códigos de Menores, acabou com a idéia de situação irregular. A guarda, na medida em que se destaca do pátrio poder, é a forma mais simples de colocação do menor em família substituta, nada importando sua situação jurídica, conforme se depreende do artigo 28 do ECA.

13. DA GUARDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

WALDYR GRISARD FILHO⁵⁹ - Não existindo parentes nem estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança será colocada em instituição governamental ou não, conforme o artigo 30 do ECA, como solução última à sua guarda, cumprindo o Estado seu dever de assegurar ao menor os direitos fundamentais insculpidos no artigo 227 da Carta Magna. Falamos alhures da guarda para fins previdenciários. A guarda assegura ao menor a condição de dependente *para todos os fins e efeitos de direito e*, de modo expresse, *os previdenciários*, como se vê no artigo 33, § 3º, do ECA, consolidando a proteção à saúde, que o artigo 227 da CF, impõe ao Estado. Manifesta-se contrário a essa modalidade de guarda J. M.

LEONI LOPES DE OLIVEIRA, quando demonstrado que a única finalidade é garantir ao menor usufruir os benefícios previdenciários do guardião. Tem ela, diz, finalidade maior. Os benefícios previdenciários são conseqüências da guarda, e não a sua finalidade 8°. No mesmo sentido, ANA MARIA MOREIRA MARCHESA, que entende haver discrepância entre as situações fática e jurídica, favorecendo a simulação. Acrescenta-se, além do debate já exposto, malgrado aquele outro sobre ter ou não a lei especial contemplado expressamente a concessão de guarda para fins previdenciários, o que a razão aconselha e a jurisprudência consagra: "Guarda e responsabilidade para fins previdenciários. Possibilidade jurídica do pedido face o Estatuto da Criança e do Adolescente. Provimento do recurso. ECA, arts. 6°, 7°, 33, § 2°, 153 e 198, VII" em abono à Doutrina da proteção integral, consagrada pela própria lei tutelar.

14. DA GUARDA PROVISÓRIA DOS FILHOS OU DOS MENORES – ART. 1.585

Também a definição de guarda em cautelar de separação de corpos, deverá ser regida pelo art. 1.584, como determina o art. 1.585. Pela redação dada a esse dispositivo, fica clara a possibilidade da cumulação do pedido de cautelar de separação de corpos com o de guarda provisória de filho. E em consonância com o art. 888, VII do CPC (*a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita*) sempre que o juiz conceder a guarda para um dos genitores, deverá regulamentar o direito de visitas do outro, permitindo a convivência do filho com ambos os pais.

15. DA ALTERAÇÃO DA GUARDA A BEM DOS FILHOS – DA LIBERDADE DE O JUIZ DECIDIR SOBRE A GUARDA CONFORME MELHOR ATENDER AOS INTERESSES DOS MENORES – ART. 1.586

O art. 1.586 permite a alteração da guarda decidida amigável ou litigiosamente, a bem dos filhos, desde que haja "motivos graves" para tanto. A possibilidade de modificação da guarda decorre do fato de tratar-se de relação continuativa no tempo e que assim, por força do art. 471 do CPC, pode ser objeto de revisão, não adquirindo a decisão a força da coisa julgada material. A Lei 6.515/77 não contém expressa previsão sobre mudança de guarda.

Na medida em que a guarda deve sempre atender aos supremos interesses da criança ou do adolescente, com certeza que não são apenas "motivos graves" que podem permitir a alteração da guarda. Essa deverá ser permitida também em razão da vontade do filho que, em razão dos seus direitos constitucionalmente protegidos com primazia, garantidos os seus direitos ainda a liberdade, ao respeito, à manifestação e à dignidade, não pode deixar de ter valor para definir uma modificação do anteriormente estabelecido sobre a sua guarda. Condicionar a mudança de guarda apenas a "motivos graves" constitui uma forma de incentivo a que os genitores tenham que atacar um ao outro ao invés de apenas defender os direitos do filho de ser ouvido, de ser respeitado, de ter o seu querer e de, enfim, desenvolver a sua personalidade.

16. APLICAÇÃO DESSAS NORMAS NA INVALIDADE DO CASAMENTO – ART. 1.587

O art. 1.587 prevê que no caso de invalidade do casamento, havendo filhos, observar-se-á a regra de aferição do genitor que revela melhores condições para exercer a guarda (art. 1.594), podendo conferi-la até mesmo a terceiros (§ único do art. 1.594), autorizado a regular de maneira diferente da estabelecida em "havendo motivos graves" (art. 1.586).

17. DO CASAMENTO DO GUARDIÃO NÃO IMPLICAR NA PERDA DO DIREITO DE TER OS FILHOS CONSIGO, SALVO PROVA DE NÃO SEREM TRATADOS CONVENIENTEMENTE- ART. 1.588

O art. 1.588 deixa expresso que "o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente." Esta norma é mera repetição do contido de maneira concisa e genérica no § único do art. 1.579. Não deveria haver restrição à mudança da guarda apenas à hipótese dos filhos

não serem "tratados convenientemente". Basta lembrar que, apesar de bem tratado, o filho, por ciúme ou outro motivo pessoal, não quer conviver ou não se sinta feliz sob o mesmo teto do cônjuge de seu guardião. Novamente, a vontade do filho deve ser ouvida e, tanto quanto possível, respeitada. O legislador que pretendeu ser moderno e inovador ao dar liberdade para que a guarda fosse concedida ao genitor que revelasse "melhores condições para exercê-la" foi, contraditoriamente, castrador ao condicionar a modificação da guarda a "motivos graves" ou a que seja "provado não ser tratado convenientemente". A guarda deve estar continuativa no tempo condicionada àquela regra de ser estabelecida em favor do genitor que revelar melhores condições para exercê-la em atendimento aos interesses do filho, o que está ligado visceralmente à vontade da prole e ao seu supremo direito de ser feliz.

18. DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA E FISCALIZAÇÃO PELO GENITOR NÃO GUARDIÃO – ART. 1.589

O CC/02 perdeu oportunidade de evoluir no que tange ao direito de convivência do genitor não guardião com o filho, mais conhecido como "direito de visitas". O art. 1.589 apenas reproduziu o art. 15 da Lei 6.515/77 permitindo que o juiz fixe o direito do genitor não guardião *visitar* e ter os filhos em sua companhia, assegurado ainda que possa "fiscalizar sua manutenção e educação". No entanto, deixou de impor sanção para a desobediência às regras relativas às visitas ou para que se possa efetivar a fiscalização sobre a manutenção e educação dos filhos. Não se pode obrigar compulsoriamente ao genitor não guardião a conviver com os filhos ou a exercer o direito de visitas que lhe esteja assegurado. Mas há que se impor ao guardião que respeite o direito assegurado ao outro de maneira que, desobedecer a regulamentação de convivência, deve implicar em punição que pode ir desde a multa (conforme sugerido por ROLF MADALENO) até a caracterização do crime de desobediência e a perda da guarda por desatendimento aos interesses do filho que, dentro do possível, deve conviver com ambos os genitores para manter íntegra a sua identidade com as suas duplas raízes.

Art. 1.589: incluir parágrafos com a redação abaixo proposta: parágrafo 1º: "O regulamento das visitas atenderá prioritariamente aos interesses dos menores e será estabelecido de forma a permitir a integração dos filhos com a família do genitor não guardião." parágrafo 2º: "O não cumprimento do regulamento de visitas além de caracterizar crime de desobediência, poderá acarretar a reversão da guarda." parágrafo 3º: "O genitor não guardião, no exercício da fiscalização da manutenção dos filhos, poderá exigir do outro prestação de contas que, acarretará a suspensão do pagamento da pensão até que se realize." *Motivo*: As relações dos pais com os filhos, após a separação, estão a exigir uma regulamentação mais detalhada para evitar que os menores se transformem em instrumento de manipulação entre os genitores, permitindo maior aproximação dos filhos com o cônjuge não guardião e sua família, e uma adequada fiscalização do emprego do valor correspondente à pensão alimentícia.

Proposta do Dep. Ricardo Fiúza de alteração do art. 1.589: "§ 1º: Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade; § 2º: O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos."

É de se ver, portanto, que o novo Código, à semelhança da Lei do Divórcio, em verdade, não regulou o direito de visitas e o direito de ter os filhos em companhia; apenas os previu, conferindo aos cônjuges ou ao Juiz o poder de fixá-lo como melhor lhes aprouver, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

INÁCIO DE CARVALHO NETO⁶⁰ - Naturalmente poderá o Juiz negar ao cônjuge o direito de ter os filhos em sua companhia se constatar que isto lhes será prejudicial. Pode até mesmo, em casos extremos, obstar-lhe o direito de visita.

Entre estes casos extremos, entretanto, não se encontra a inadimplência da pensão alimentícia, embora alguns assim já se tenham manifestado. O devedor da pensão deve ser executado, podendo, inclusive, sofrer restrição em sua liberdade, mas não pode ser restringido, por este motivo, em seu direito de visita, que é instituído mais em benefício do próprio filho do que do genitor. Não se pode aceitar, assim, que a suspensão do direito de visitas seja usada como forma de compelir o devedor ao pagamento dos alimentos, como pretendeu Borda.

O direito de visita, que pode até mesmo ser considerado um dever, é irrenunciável. Assim, é completamente ineficaz a cláusula inserta no acordo de separação consensual no sentido de que um dos cônjuges renuncia a ele. Tal cláusula é tida como não escrita.

Não se perde o pátrio-poder por falta de exercício do direito de visitas.

O que ficar estabelecido quanto ao direito de visitas, seja por acordo na separação ou no divórcio consensual, seja por fixação judicial, confere direito ao cônjuge privado da guarda, podendo ser exigido judicialmente. Não se exclui, até mesmo, a possibilidade de reversão da guarda se o cônjuge que a detém nega ao outro o direito de visitas. Mas a não observância, pelo cônjuge que detém a guarda, do direito do outro, não caracteriza o crime de desobediência.

O fato de o genitor destituído da guarda deixar de restituir o filho em seu poder em razão do direito de visitas pode configurar o crime do art. 249 do Código Penal, não se exigindo, para tanto, que esteja o mesmo privado do pátrio-poder. Discutível é, entretanto, a aplicação do crime previsto no art. 359 do mesmo Código, havendo até quem diga não subsistir tal dispositivo. É, no entanto, favorável à aplicação, embora restringindo à hipótese de genitor destituído do poder familiar, a doutrina de Luiz Régis PRADO e Cezar Roberto BITENCOURT, havendo também decisões neste sentido.

Mas este direito dos avós é de menor extensão que o direito dos pais estipulado no art. 1.589, não compreendendo o direito de ter consigo os netos, e não podendo “tumultuar as relações pais-filhos sob pena de introduzir-se no seio da família a desordem, a confusão e o desrespeito”.

INÁCIO DE CARVALHO NETO⁶¹ - O cônjuge que detém a guarda dos filhos comuns não pode embaraçar propositadamente o exercício do direito de visitas. Não se lhe impede, no entanto, a mudança de domicílio, até mesmo para outro Estado da Federação, desde que o objetivo único não seja a negação das visitas. Neste sentido, inclusive, decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

“... Desde que a mãe diga para onde vai, pode ela fixar novo domicílio, levando os filhos, em qualquer parte do território nacional. Direito constitucional de locomoção. Ordem de ‘habeas corpus’ deferida para suspender a determinação de retorno dos filhos, ora pacientes, à cidade de residência do pai, mantendo, por conseguinte, a guarda provisória com a mãe na cidade onde se encontra” (STJ - HC 7.670-BA - REL. MIN. EDSON VIDIGAL - LBJ 203/658, VERB. 16.212.)

E sequer é válida cláusula em acordo que impeça o cônjuge que ficou com a guarda de mudar seu domicílio, posto que já se tenha decidido contrariamente. O que se tem em vista, em verdade, é o abuso do direito do cônjuge que tem a guarda dos filhos. Se, objetivamente ou subjetivamente, ficar caracterizado o ato abusivo do cônjuge na mudança de domicílio, poderá ele, inclusive, perder a guarda dos filhos. Mas não pode ele viajar para o exterior com os filhos sem o consentimento do outro cônjuge, conforme expressamente dispõe o art. 84, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º. 8.069/90). Entretanto, recusando injustamente a autorização o cônjuge privado da guarda, poderá o outro pedir o suprimento judicial. A mudança para o exterior, por si só, não é motivo para alteração da guarda dos filhos.

18.1 DIREITO DE FISCALIZAÇÃO

INÁCIO DE CARVALHO NETO⁶² - O art. 15 da Lei n.º. 6.515/77 introduziu em nosso direito positivo uma figura nova: o direito de fiscalização da manutenção e educação dos filhos pelos pais em cuja guarda não estejam os filhos. Este dispositivo foi repetido no art. 1.589 do novo Código.

A par do direito de visitas, tem o genitor privado da guarda o direito à fiscalização. O uso correto de tão importante inovação legal poderá ser extremamente benéfico aos filhos.

A nosso ver, pode a fiscalização ser exercida até mesmo judicialmente, se o genitor que tem a guarda dos filhos a embaraçar, o que também pode justificar a alteração na guarda dos filhos.

Já se pretendeu não ser cabível este pedido de contas por não ser o alimentante, e sim o filho, o titular dos bens administrados pelo cônjuge que tem a guarda. Mas, com YUSSEF SAID CAHALI, entendemos não se sustentar tal entendimento:

INÁCIO DE CARVALHO NETO⁶³ - O autor arrola os seguintes requisitos para o exercício deste direito: “a) o beneficiário dos alimentos seja exclusivamente o filho posto sob sua guarda, afastada, assim, a hipótese de terem sido concedidos os alimentos englobadamente, para a genitora e filhos sob sua guarda; pois, como foi visto antes, a concessão nesses termos terá sido *intuitu familiae*,... b) a prestação de

contas não tenha por finalidade a apuração de crédito ou débito, com vistas a uma eventual restituição ou execução forçada (do art. 918 do CPC), uma vez que, embora assim prestados por intermediação da genitora ou de terceiro, os alimentos são irrepetíveis”.

INÁCIO DE CARVALHO NETO⁶⁴ - Com base nesta fiscalização poderá o cônjuge privado da guarda pedir a redução do valor da pensão, se constatar a desnecessidade do valor antes fixado, assim como pode, judicialmente, pedir a reversão de alguma decisão tomada pelo cônjuge que tem a guarda com relação aos filhos.

Não se exclui, até mesmo, a possibilidade de, com base na fiscalização exercida, vir o cônjuge a pedir a reversão da guarda dos filhos, provando não estarem estes sendo bem tratados ou bem educados ou não estarem os recursos sendo aplicados em benefício da prole.

Mas deve-se ter em mente que o direito é de fiscalização, não cabendo ao cônjuge destituído da guarda a tomada de decisões com relação aos filhos, que competem, em princípio, ao cônjuge encarregado da guarda.

18.2 DÉBITO ALIMENTAR E VISITAS

INÁCIO DE CARVALHO NETO⁶⁵ - Outra causa de suspensão ou exclusão do direito de visitas está na inadimplência alimentar. De ordinário, o pai, que apresenta condições financeiras e não solve obrigação de alimentos aos filhos, insiste na pretensão de exercer o direito de visitas, como se tratasse de qualificações jurídicas independentes. Não será demais repisar em que o direito de visitas não se estrutura como objeto de prazer pessoal dos genitores, predispondo-se, antes, como dever, à tutela de necessidade própria do desenvolvimento adequado da personalidade dos filhos, devendo seu exercício manifestar, assim, a natural preocupação do bem estar destes que envolve toda a concepção das faculdades do pátrio-poder. Ora, não se entende nem justifica que o pai, capaz de assegurar a subsistência material do filho e que, culposamente, desatende a esta obrigação primeira, possa afetar, na pretensão das visitas, afeição e cuidados que não demonstra na ordem das prioridades da vida. O inadimplemento, em que é elementar a nota de culpa, do dever de sustento dos filhos menores, porque contraditório e incompatível com a exigibilidade do direito de visitas, autoriza a suspensão destas, no decurso de execução alimentar. Alimentos e visitas não são entidades autônomas, senão expressões conexas do mesmo dever unitário e do mesmo substrato moral do pátrio-poder” (PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. RJTJSP 80/13, In NETO, Inácio de Carvalho. *Separação e Divórcio: teoria e prática à luz do Novo Código Civil*. 5ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 367)

“Note Bem: aquele que, separado judicialmente e desprovido do pátrio poder, recusa-se a entregar filho menor incorre nas sanções do art. 359, CP” (PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 200, In NETO, Inácio de Carvalho. *Separação e Divórcio: teoria e prática à luz do Novo Código Civil*. 5ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 370).

“Em determinados casos, contudo, como por exemplo a escolha de colégio, as decisões que não tenham podido ser tomadas em harmonia pelos cônjuges, poderão ser submetidas ao juiz, que então solucionará a questão, tendo sempre presentes os superiores interesses dos filhos” (PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio... cit.*, p. 72, In NETO, Inácio de Carvalho. *Separação e Divórcio: teoria e prática à luz do Novo Código Civil*. 5ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 375)

“Ela se exerce sobre dois aspectos principais, evidenciados no art. 15: a manutenção do menor e sua educação. Qualquer deslize do cônjuge no tocante ao exercício de tais deveres legitima o outro a reclamar do juiz as providências para a reparação de tais defeitos, podendo até, em certos casos de maior gravidade, legitimar-se a postulação da suspensão ou perda do direito de guarda, se motivos justificarem a tomada de tal decisão” (ABREU, José. *Op. cit.*, p. 83, In NETO, Inácio de Carvalho. *Separação e Divórcio: teoria e prática à luz do Novo Código Civil*. 5ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 375)

“Em tais casos, importante é a atuação do juiz, no sentido da harmonização dos interesses dos filhos e dos direitos dos cônjuges em torno de tais questões, sendo conveniente lembrar, por exemplo, que, em princípio, a escolha do colégio, os cuidados com a alimentação, higiene e vestuário são encargos que incumbem ao cônjuge detentor da guarda, ao outro cônjuge cabendo apenas a respectiva fiscalização”

(PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio... *cit.*, p. 72, *In* NETO, Inácio de Carvalho. *Separação e Divórcio: teoria e prática à luz do Novo Código Civil*. 5ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 375)

19. DA APLICAÇÃO AOS FILHOS MAIORES INCAPAZES DAS MESMAS NORMAS PREVISTAS PARA OS MENORES - ART. 1.590

O art. 1.590, repetindo o art. 16 da Lei 6.515/77, determina que "as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes."

CAPÍTULO V - DO PODER FAMILIAR

ARTS. 1.630 A 1.638

1. DA DENOMINAÇÃO ADOTADA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

Pátrio poder passa a ser denominado de "poder familiar", concedendo-se isonomia no seu exercício para o pai e a mãe capítulo V, art. 1.630.

Enunciado 112 – Art. 1.630: em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio *rebus sic stantibus*.⁶⁶

PAULO LUIZ NETO LOBO⁶⁷ - O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária - voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos - para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres. A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão "pátrio poder", mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

Desafortunadamente, o novo Código não apreendeu a natureza transformada do instituto, mantendo praticamente intacta a disciplina normativa do Código de 1916, com adaptações tópicas.

Ainda com relação à terminologia, ressalte-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por "autoridade parental". A França a utilizou desde a legislação de 1970, que introduziu profundas mudanças no Direito de Família, com as alterações substanciais promovidas pela Lei de 4 de março de 2002. O Direito de Família americano tende a preferi-lo, como anota HARRY D. KRAUSE. Com efeito, parece-me que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. "Parental" destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. O termo "paternal" sofreria a mesma inadequação do termo tradicional.

A discussão terminológica é oportuna, pois expressa a mudança radical operada no instituto. Contudo, para que se possa avançar na exposição do conteúdo, valer-me-ei, doravante, dos termos empregados pelo novo Código.

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni juris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do quantum despótico, restringindo esses poderes domésticos. No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.

A redução do quantum despótico do antigo pátrio poder foi uma constante, na história do Direito. O *patria potestas* dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade.

A evolução gradativa deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é sua atual natureza.

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da

circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem. É, como diz Pietro Perlingieri. "um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los".

Extrai-se do artigo 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, a fortiori ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correspectivos a direitos cujo titular é o filho.

2. DA INTERPRETAÇÃO DO PÁTRIO PODER CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O princípio da interpretação conforme com a Constituição é uma das mais importantes contribuições dos constitucionalistas nas últimas décadas. Consiste, basicamente, em explorar ao máximo a compatibilidade com a Constituição das normas infraconstitucionais a ela anteriores ou supervenientes, e a partir dela. Apenas deve ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma quando a incompatibilidade dela com a Constituição for insuperável. Essa diretriz hermenêutica harmoniza-se com os princípios da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e da força normativa própria da Constituição. Mais importante é a função que desempenha na interpretação do conteúdo das leis, que há de ser conformado, delimitado e densificado pelos princípios e normas constitucionais. Assim, o Código há de ser interpretado, sempre, a partir da Constituição. No passado e, infelizmente, na atitude de muitos aplicadores do Direito, a operação hermenêutica encontrava-se invertida, pois a Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e códigos. No que concerne aos princípios, a regra do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de vedação de *non liquet* ("Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"), favoreceu a inversão hermenêutica, pois os princípios foram tidos como supletivos. Essa regra da LICC há de ser interpretada "em conformidade com a Constituição", ou seja, apenas em relação aos princípios gerais que não sejam constitucionais, pois estes não são supletivos, mas conformadores da lei.

O advento do novo Código traz à baila essas demarcações conceituais, imprescindíveis à sua interpretação adequada. Significa dizer que suas normas não de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras que a Constituição estabeleceu para a família no ordenamento jurídico nacional, animados de valores inteiramente diferentes dos que predominavam na sociedade brasileira, na época em que se deu a redação do capítulo relativo ao pátrio poder do Código de 1916, que, em grande medida, manteve-se no capítulo destinado ao poder familiar para a família do século XXI. As palavras utilizadas pelo legislador de 1916, reaproveitadas pelo legislador do novo Código, são apenas signos, cujos conteúdos deverão ser hauridos dos princípios e regras estabelecidos pela Constituição.

3. DAS REGRAS SOBREVIVENTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOBRE PODER FAMILIAR

O ECA trata do poder familiar em duas passagens, a saber: a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, arts. 21 a 24; b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do pátrio poder, arts. 155 a 163, que estabelecem regras próprias, uma vez que a legislação processual é apenas supletiva.

As regras procedimentais do ECA permanecerão, pois o novo Código delas não trata nem é com elas incompatível. No ECA são legitimados para a ação de perda ou suspensão do poder familiar o Ministério Público ou "quem tenha legítimo interesse". Prevê-se a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado a pessoa idônea (art. 157). A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163).

Quanto ao direito material, há convergência entre o novo Código e o ECA sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o novo Código, repetindo o anterior, opta pelas dimensões do exercício dos poderes, como será demonstrado abaixo. No ECA há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no novo Código, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (arts. 22 e 24). Em suma, não se vislumbra antinomia (cronológica ou de especialidade) entre os dois textos legais, não se podendo alvitrar a derrogação da lei anterior (ECA), salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar. Como a menoridade, no

novo Código, foi reduzida para até os 18 anos – deixou de haver divergência com o que o ECA denomina de criança (até 12 anos) e adolescente (até 18 anos) – para fins do poder familiar, passa a ser a denominação comum aos campos de aplicação de ambas as leis.

4. DA SUJEIÇÃO DOS FILHOS AO PODER FAMILIAR - ART. 1.630

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁶⁸ - "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de "pátrio dever", por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. A denominação "poder familiar" é melhor que "pátrio poder" utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao "poder". Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por "autoridade parental", tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder. Constitui um múnus público. Ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É irrenunciável, indelegável e imprescritível. Os pais não podem renunciar a ele, nem transferi-lo a outrem. A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas feita em juízo, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz. Os pais dele não decaem pelo fato de não exercitá-lo. Preceitua o art. 1.630 do Código Civil que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, "enquanto menores". O dispositivo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos. Durante o casamento e a união estável, compete a ambos os pais e deve ser exercido em igualdade de condições, podendo qualquer deles, em caso de divergência, recorrer ao juiz para solucioná-la.

5. A QUEM COMPETE O PODER FAMILIAR - ART. 1.631

Art. 1.631. Durante o casamento, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. **Art. 1.631: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; ..."** *Motivo:* A CF atribuiu a união estável a característica de entidade familiar. E por esta razão as regras relativas ao poder familiar devem ser aplicadas durante a sua vigência.

Proposta do IBDFAM -1.631, "caput" - **REDAÇÃO ATUAL** : "Durante o casamento, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade." **REDAÇÃO PROPOSTA:** "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade." **JUSTIFICATIVA:** A CF atribuiu à união estável a condição de entidade familiar. Por essa razão, as regras relativas ao poder familiar devem ser aplicadas em seu âmbito.

Proposta do IBDFAM - **Art. 1.631, parágrafo único - REDAÇÃO ATUAL** : "Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo." **REDAÇÃO PROPOSTA** : "Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo." **JUSTIFICATIVA** : O uso do termo pais mostra-se mais conveniente e preciso, uma vez que progenitores alcança todos os ascendentes. Ademais, progenitores ou mesmo genitores são conceitos muito ligados ao parentesco consanguíneo (de lembrar que genitores são também os doadores anônimos de gametas masculinos e femininos), o que afastaria, em princípio, a incidência da regra quanto aos filhos adotivos !

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁶⁹ - Na falta de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (CC, art. 1.631; ECA, art. 21). Compete também aos que se identifiquem como pai ou mãe do menor, na família monoparental."

PAULO LUIZ NETO LOBO⁷⁰ - O novo Código estabelece que "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores", podendo levar à interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspectivos. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos.

O ECA estabelece que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, "na forma do que dispuser a legislação civil". O novo Código refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça

o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.⁸

O poder familiar, concebido como múnus, é um complexo de direitos e deveres. O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo Estado para exercício de poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho.

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade.

O novo Código estabelece que havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia (art. 1.631). No art. 1.589, quando tratou da dissolução da sociedade conjugal, estabelece que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos mas os ter em suas companhias, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o art. 1.579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita. A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. Neste sentido, o "direito à companhia" é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ter assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos. No caso da guarda compartilhada,¹⁰ por ser modo de preservação das relações familiares, entre pais e filhos, tendo ambos os pais direitos/deveres equivalentes, a regra de exclusão do novo Código não pode ser aplicada.

É importante frisar que o novo Código revogou a norma contida no art. 10 da Lei n. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Conseqüentemente, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando-se a odiosa regra da culpa do pai ou da mãe.

O novo Código não utiliza os termos "criança" e "adolescente", presentes na Constituição, no capítulo dedicado à família, porém "menor". Mais uma vez, em conformidade com a Constituição, menor deve ser entendido como criança ou adolescente, segundo a distinção que o ECA faz.

O art. 1.633 do novo Código determina, repetindo essencialmente o Código anterior, que o filho não reconhecido pelo pai "fica sob o poder familiar exclusivo da mãe". A redação aprovada pelo Senado Federal, para o artigo correspondente, previa "autoridade da mãe", muito mais adequado do que o malposto poder, que prevaleceu na Câmara dos Deputados. Se a mãe for desconhecida, diz a lei, o menor ficará sob autoridade de tutor. Para haver tutela, todavia, ambos os pais devem ser desconhecidos. O disciplinamento do ECA sobre desconhecimento dos pais, que permanece aplicável, é mais abrangente, pois não apenas se refere à tutela, mas à colocação do menor em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28).

Por ser dever, o poder familiar assegura ao menor o direito imprescritível ao reconhecimento do estado de filiação (art. 27), exercitável contra os pais.

6. DE A SEPARAÇÃO OU O DIVÓRCIO DOS PAIS NÃO ALTERAR AS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS - ART. 1.632

Art. 1.632. A separação judicial não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. **Art. 1.632: "A separação judicial ou a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos..."** *Motivo:* A CF atribuiu a união estável a característica de entidade familiar. E por esta razão as regras relativas ao poder familiar devem ser aplicadas durante a sua vigência.

Proposta do IBDFAM - **Art. 1.632 - REDAÇÃO ATUAL** : "A separação judicial não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos." **REDAÇÃO PROPOSTA** : "A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos." **JUSTIFICATIVA** : Esqueceu o legislador de cuidar aqui das hipóteses de divórcio e de dissolução da união estável. No ordenamento atual, a regra encontra-se

expressa no art. 27 da Lei 6.515/77. Sem dúvida que o divórcio, assim como a dissolução da união estável, também não podem dar causa à modificação das relações entre pais e filhos, o que cumpre deixar explicitado na norma. Ademais, suprimindo-se a referência final quanto à alteração no direito dos pais de terem em sua companhia os filhos, enseja-se uma maior abertura em favor da moderna concepção de guarda compartilhada.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁷¹ - "A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (CC, art. 1.632), assegurando-se ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro. O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente. O filho havido fora do casamento ficará sob o poder do genitor que o reconheceu, Se ambos o reconheceram, ambos serão os titulares, mas a guarda ficará com quem revelar melhores condições para exercê-la. - JORGE FELIPE FRANKLIN ALVES e GERALDO MAGELA ALVES⁷² - - "A circunstância do filho se achar sob a guarda de um dos genitores não retira, do outro, o poder familiar. Quem perde a guarda nem por isso é destituído das faculdades inerentes ao poder familiar (v. art. 1.632 do novo Código). A guarda, já se afirmou, é da natureza, mas não é da essência do pátrio poder."

7. DO PODER FAMILIAR SER EXCLUSIVO DA MÃE PARA O FILHO DE PATERNIDADE NÃO RECONHECIDA - ART. 1.633

Art. 1.633 - O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor". **Art. 1.633:** "O filho não reconhecido por ambos os pais ficará sob a autoridade do genitor que o reconheceu; se ambos forem desconhecidos ou incapazes do exercício parental, dar-se-á tutor ao menor." *Motivo:* Esta é uma situação fática previsível e que deve ter seu regulamento estabelecido na lei.

Proposta do IBDFAM - **Art. 1.633 - REDAÇÃO ATUAL** : "O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor." **PROPOSTA** : Suprimir. **JUSTIFICATIVA** : A primeira parte do artigo é inteiramente desnecessária, por dizer o óbvio. Quanto à segunda parte, não tendo o menor pai ou mãe em condições de exercer o poder familiar, sua situação remete para a Lei 8.069/90, que regula a colocação em família substituta.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁷³ - O filho, "não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor" (CC, art. 1.633)."

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA⁷⁴ - Todos os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, em razão da igualdade entre os filhos, independentemente da natureza da filiação estabelecida pela Constituição Federal (art. 227, § 6º). Juridicamente, o parentesco entre pai e filho estabelece-se com o reconhecimento da filiação. Se apenas um dos genitores reconhecer o vínculo da filiação, que via de regra é a mãe - *mater semper certa est* - caberá a esta a exclusividade no exercício do poder familiar.

O reconhecimento ou a declaração judicial posterior do vínculo de filiação do genitor omissis implica a partilha do poder parental com esse genitor, embora possa ser determinado que o filho seja criado e educado sem a presença daquele que recusou a declaração de reconhecimento em ação de investigação da paternidade (art. 1.616).

Deferir-se-á a tutela do menor a terceiro quando não for reconhecido por nenhum dos pais ou quando, reconhecido pela mãe, esta não tiver condições de exercer o poder parental.

8. DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR - ART. 1.634

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁷⁵ - " Conteúdo do poder familiar - quanto à pessoa dos filhos - O art. 1.634 do Código Civil enumera os direitos e deveres que incumbem aos pais, referentes à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação; - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁷⁶ - Criar um filho é muito mais que tê-lo em sua companhia. Significa não só dar-lhe o sustento, como também assistência médica, escolaridade, carinho e proteção. É, ainda, ensinar-lhe os valores reais da existência, preparando-o para ser cidadão, uma pessoa participante da comunidade onde vive, solidária para com o próximo, ciente de como deve exercer seus direitos e cumprir as suas obrigações, capaz de, no futuro, prover o próprio sustento. Logicamente que isso deve se dar em conformidade com os padrões socio-econômicos e,

também, culturais de cada família. Não se pode, por exemplo, exigir de uma família com baixa renda que coloque seu filho numa escola particular de alto nível, mas se pode exigir que o coloque em uma escola pública. Também não se pode esperar que lhe sejam oferecidas lutas refeições, mas que seja alimentado, corretamente, dentro das possibilidades. Por outro lado, carinho não custa dinheiro; portanto se pode exigir que os pais tratem bem os seus filhos. Como lembra Silvio Rodrigues, o descumprimento do dever de sustento e de não prover a instrução primária do filho, sem justa causa, constituem, crimes de abandono material e intelectual, sujeitando os pais negligentes à pena de detenção e de multa. -

II - tê-los em sua companhia e guarda; - CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁷⁷ - Como consequência do direito e dever de ter os filhos em sua companhia e guarda (CC, art. 1.634, II), podem os pais reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (inciso VI), por meio de ação de busca e apreensão. A entrega de filho a pessoa inidônea pode configurar o crime previsto no art. 245 do Código Penal. - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁷⁸ - Ter o filho em companhia é um direito, pois é prazeroso desfrutar da presença daquele de quem se gosta e, presume-se, que os pais amem os seus filhos. No entanto, ao lado desse direito, está o de guarda, como condição do dever de educação que lhes incumbe e que implica na responsabilidade quanto aos atos praticados pelo filho. Como direito-dever, a guarda abrange o dever de vigilância, seja em relação às atitudes, como também às companhias dos filhos, não devendo os pais permitir sua convivência com pessoas nas quais não depositam confiança. A infração a esse dever acarreta para os genitores a responsabilidade advinda da culpa *in vigilando* na hipótese do filho praticar ato ilícito. Normalmente a pessoa só responde por culpa própria, uma vez que pela sua conduta antijurídica fica obrigado a reparar o dano causado. No entanto, muitas vezes o comportamento antijurídico de uma pessoa acaba refletindo em outra, surgindo para esta a obrigação de indenizar. Existindo a presunção de que os pais são os responsáveis pelos atos contrários à lei praticados pelos filhos e que causem danos a outrem, desde que provada a relação de causalidade entre o fato e o dano os pais só poderão elidir a responsabilidade provando que não deixaram de exercer a vigilância ou que houve caso fortuito ou força maior, o que nem sempre é fácil. Podemos imaginar, por exemplo, que o filho tenha praticado tal ato quando estava ou deveria estar na escola, faltando esta com o seu dever de vigilância, uma vez que o ilícito aconteceu dentro do recinto escolar, ou mesmo fora, havendo o menor, nesta hipótese, deixado o estabelecimento por descuido da autoridade responsável. Na hipótese da força maior podemos visualizar a situação em que o menor, sob I a mira de uma arma, é obrigado a furtar e a dirigir um automóvel causando um acidente com consequências danosas para terceiros. Evidentemente que nessas situações não se poderia obrigar os pais a indenizar.

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁷⁹ - Embora havendo atingido a idade matrimonial (a mulher com dezesseis anos e o homem com dezoito), ainda são relativamente incapazes, e precisam da anuência dos pais para que possam se casar. Cabe a eles avaliar se os filhos têm maturidade e condições de enfrentar a vida futura, constituindo família. A negativa tem que ser fundamentada, porque os interessados poderão comparecer perante a autoridade judiciária, que, se ficar convencida de que a negativa foi fútil ou egoísta, suprirá aquele consentimento.

IV - 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; - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁸⁰ - O legislador permite que os pais, na preocupação de morrer e deixar os filhos, nomeiem um tutor, através de testamento ou outro documento autêntico, a fim de que este possa dar continuidade ao processo educacional que iniciaram. Presume-se que ninguém, mais do que os pais, saiba o que é bom para os seus filhos e, nesse sentido, escolham um tutor de sua confiança.

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁸¹ - Esse direito é uma consequência da incapacidade jurídica dos menores, que não podem atuar sozinhos na vida civil devido a própria imaturidade que pode levá-los à prática de atos que os prejudique. Presume o legislador, que ninguém melhor do que os pais, devido ao interesse que têm em relação aos filhos, estaria apto a exercer esse direito.

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁸² - Trata-se de um dos efeitos do direito de guarda. Se o filho está ilegalmente em companhia de outra pessoa, os pais poderão valer-se da ação de busca e apreensão, com possibilidade de obtenção de liminar, sem que a outra parte seja ouvida, afim de que a criança ou adolescente lhes seja devolvida.

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição." - CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁸³ - Para conseguir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (CC, art. 1.634, VII), os pais podem até castigá-los fisicamente, desde que o façam moderadamente. A aplicação de castigos imoderados caracteriza o crime

de maus-tratos, causa de perda do poder familiar (CC, art. 1.638, I)." - MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO⁸⁴ - Dizia muito bem CLÓVIS BEVILÁQUA ao comentar esse direito: "Uma das formas de educação é habituar a criança ao trabalho compatível com a sua idade. Além disso, trabalhando para os pais, os filhos sentem que a sua parte na vida não é feita somente de direitos. Compete-lhes também, deveres. E é com essa troca de serviços recíprocos que mais se apertam os laços afetivos da família".

Em relação aos bens dos filhos, de acordo com o art. 385, compete aos pais administrá-los, devendo providenciar a sua conservação, efetuando benfeitorias necessárias, como também, pagar os respectivos tributos. Não poderão, contudo, alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, a não ser que, em estado de necessidade, requeiram ao juiz autorização para isso, comprovando os motivos que alegam.

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA⁸⁵ - O principal dever dos pais no exercício do poder parental é o de criação e educação dos filhos. Esse dever contém o zelo material e moral para que o filho fisicamente sobreviva e através da educação forme seu espírito e seu caráter. O descumprimento desse dever sujeita os pais aos delitos de abandono material, abandono moral e intelectual (CP, art. 244 a 246).

Ter a companhia e a guarda dos filhos é complemento do dever de educá-los e criá-los.

A prerrogativa de conceder ou negar consentimento para o casamento não é absoluta no direito brasileiro, pois a sua denegação, quando injusta, pode ser suprida judicialmente (art. 1.519).

A nomeação de tutor por testamento ou documento autêntico justifica-se em razão da impossibilidade do outro genitor de exercer o poder familiar, como em caso de morte ou incapacidade (art. 1.729).

A representação pelos pais até os dezesseis anos e a assistência, após essa idade, nos atos da vida civil em que forem partes é uma proteção legal conferida aos menores a fim de impedir que a inexperiência os conduza à prática de atos prejudiciais.

O direito de reclamar os filhos menores só se legitima quando dirigido contra pessoal que ilegalmente os detenha, em face do direito de guarda.

Por fim, o direito dos pais de exigir obediência, respeito e os serviços próprios da idade e condição do menor faz parte da criação e educação dos filhos. Esse direito deve ser exercido com moderação, pois qualquer abuso pode levar à suspensão ou perda do poder parental, além das sanções penais cabíveis.

PAULO LUIZ NETO LOBO⁸⁶ - Conferindo ao instituto o atributo preferencial de poder, o novo Código reproduz, quase literalmente, as sete hipóteses de "competências" (a redação é: "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: ...") atribuídas aos pais, a saber: a) dirigir a educação e criação; b) ter direito de companhia e guarda; c) dar consentimento para casar; d) nomear tutor; e) representar e assistir o filho nos atos da vida civil; f) retomar o filho contra quem o detenha; g) exigir obediência, respeito e "serviços próprios de sua idade e condição".

A leitura das hipóteses de exercício do poder familiar está a demonstrar que significam expressão do poder doméstico, sem referência expressa aos deveres, que passaram à frente na configuração do instituto. O novo Código é omissivo quanto aos deveres que a Constituição cometeu à família, como acima foram destacados.

O ECA, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais (art. 22) "o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores" e, sempre no interesses destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo novo Código somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição. O dever de guarda não é inerente ao poder familiar, pois pode ser atribuído a outrem.

Tenho por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III, e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a "serviços próprios de sua idade e condição", além de consistir em abuso (art. 227, § 4.º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos.

O induzimento ao menor para fugir do lugar em que se exercite o poder familiar constitui crime, sujeito a pena de detenção de um mês a um ano, previsto no artigo 248 do Código Penal. Também constitui crime subtrair o menor à autoridade de quem detém o poder familiar, sujeito à pena de detenção de dois meses a dois anos (art. 248 do Código Penal). O crime considera-se agravado, com pena de

reclusão de dois a seis anos, se a subtração do menor, de quem detém o poder familiar, se der com intuito de colocá-lo forçosamente em lar substituto.

9. DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR - ART. 1.635

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁸⁷ - "Extinção e suspensão do poder familiar - extinção - A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial. O art. 1.635 do Código Civil menciona as seguintes causas de extinção: morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial na forma do art. 1.638. Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor. Presume a lei que os maiores de dezoito anos e os emancipados não mais precisam da proteção conferida aos incapazes. A adoção extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante.

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA⁸⁸ - O poder parental só se extingue na hipótese de morte de ambos os pais, caso em que deve ser nomeado tutor, a fim de que represente ou assista o menor nos atos de sua vida civil. Se morrer apenas um dos pais, o poder parental passa a ser exercido pelo outro.

No que se refere à emancipação, se os pais forem vivos, ambos deverão concedê-la, em razão de o poder parental ser exercido em condições de igualdade pelo pai e pela mãe. Se houver discordância entre os pais na concessão ou não da emancipação, é assegurado o direito de recorrer ao Poder Judiciário. Na falta de um dos pais, o outro poderá emancipar o filho, sem restrições. Para tanto, faz-se necessário que o menor tenha dezesseis anos (art. 511, parágrafo único). Com o casamento, os filhos, independentemente da idade, são emancipados, desaparecendo, assim, o poder familiar. A emancipação, neste caso, prevalece ainda que o filho venha a ficar viúvo ou que ocorra a separação judicial ou o divórcio (art. 511, parágrafo único). Ocorre, também, a emancipação do menor pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (art. 511, parágrafo único).

O poder familiar extingue-se com a maioridade, ou seja, aos dezoito anos, em razão da capacidade civil ser atingida com essa idade (art. 511, caput).

Com a adoção há a transferência do poder parental do pai natural ao pai adotivo, pois inadmissível seria que o primeiro o conservasse estando o filho legitimamente sob o poder do segundo. Lembre-se que a morte do pai adotivo não restaura o poder parental do pai biológico.

PAULO LUIZ NETO LOBO⁸⁹ - A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar.

São hipóteses exclusivas: a) morte dos pais ou do filho; b) emancipação do filho; c) maioridade do filho; d) adoção do filho, por terceiros; e) perda em virtude de decisão judicial.

A morte de um dos pais faz concentrar, no sobrevivente, o poder familiar. A emancipação dá-se por concessão dos pais, mediante instrumento público, dispensando-se homologação judicial, se o filho contar mais de 16 anos. A natureza da adoção, que imita a natureza e impõe o corte definitivo com o parentesco original, leva ao desaparecimento do poder familiar.

A perda por decisão judicial, por sua vez, depende da configuração das seguintes hipóteses: a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar. A quarta hipótese não existia no Código anterior.

Quanto ao castigo imoderado, por sua relevância, merece ser destacado abaixo. A moral e os bons costumes são aferidos objetivamente, segundo standards valorativos predominantes na comunidade, no tempo e no espaço, incluindo as condutas que o Direito considera ilícitas. Não podem prevalecer os juízos de valor subjetivos do juiz, pois constituiriam abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor, não podendo a perda do poder familiar orientar-se, exclusivamente, no sentido de pena ao pai faltoso.

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar deve ser preferida à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade.

10. DE OS PAIS NÃO PERDEREM OS DIREITOS AO PODER FAMILIAR QUANTO AOS SEUS FILHOS, NO CASO DE AQUELES CONTRAÍREM NOVAS NÚPCIAS OU UNIÃO ESTÁVEL - ART. 1.636

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge. *Parágrafo único.* Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem. **Art. 1.636:** "O pai ou a mãe que contrai novas núpcias ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do leito anterior os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro." *Parágrafo único:* Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou mãe solteiros que se casarem ou que constituírem união estável." *Motivo:* Adequar o texto à proteção conferida pela CF à união estável.

Proposta do IBDFAM -**Art. 1.636 - REDAÇÃO ATUAL** : "O pai ou a mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge. *Parágrafo único.* Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem". **REDAÇÃO PROPOSTA** : "O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. *Parágrafo único.* Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou constituírem união estável." **JUSTIFICATIVA** : Adequar o texto à proteção conferida pela CF à união estável. Ademais, propõe-se a substituição do termo "leito" por "relacionamento", por refletir uma linguagem mais contemporânea.

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA⁹⁰ - Dispunha a redação original do art. 393 do Código Civil de 1916 que "a mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder..., mas, enviuvando, os recupera". A Lei n 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), em razão da elevada carga discriminatória daquele dispositivo, alterou a sua redação, para dispor: "a mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido".

Como a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres (arts. 511, I, e 226, § 511), não há mais razão para que somente a mulher tenha direito à prerrogativa prevista no art. 393, que também cabe ao homem.

Além disso, o art. 1.632 do novo Código Civil prescreve que as relações entre pais e filhos não se alteram no caso de separação judicial, divórcio e dissolução de união estável, exceto o direito dos pais de terem os filhos em sua guarda.

11. DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E DE OUTRAS MEDIDAS NECESSÁRIAS À PROTEÇÃO DO MENOR - ART. 1.637

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹¹ - "Suspensão - A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves, mencionadas no art. 1.637 do Código Civil, e que representam, no geral, infração genérica aos deveres paternos. É temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Desaparecendo a causa, pode o pai, ou a mãe, recuperar o poder familiar. É facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho."

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA⁹² - Trata este artigo da suspensão do poder familiar e de outras medidas que sejam havidas como necessárias à proteção do menor. É "norma genérica e, no caso, há de se examinar se a atitude dos pais, ou de um deles, é prejudicial ao normal desenvolvimento do menor", para que se aplique a sanção de suspensão do poder familiar.

A suspensão do poder familiar ou outras medidas também podem ser aplicadas quando os pais arruinarem os bens dos filhos, pois, como administradores desses bens, devem agir com diligência e presteza, a fim de garantir a segurança material dos filhos.

A condenação por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda dois anos de prisão é outra hipótese de suspensão do poder familiar.

A suspensão baseada na falta de cumprimento de deveres ou na má administração dos bens dos filhos pode atingir apenas um ou mais filhos, sem que atinja toda a prole". Porém, "se fundamentada na condenação, atingirá todos os filhos.

O novo Código manteve, praticamente intactas, as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar, salvo o acréscimo de normas de remissão a outras de mesma natureza. A suspensão impede, temporariamente, o exercício do poder familiar.

São três as hipóteses de suspensão do poder familiar dos pais, a saber (art. 1.637): a) descumprimento dos "deveres a eles (pais) inerentes"; b) ruína dos bens dos filhos; c) condenação em

virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As duas primeiras hipóteses caracterizam abuso do poder familiar.

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurarem aos filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A suspensão pode ser sempre revista, quando superados os fatores que a provocaram. No interesse dos filhos e da convivência familiar, apenas deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus haveres.

12. DA DESTITUIÇÃO OU PERDA DO PODER FAMILIAR - ART. 1.638

Proposta do IBDFAM - **Art. 1.638, inc. III -REDAÇÃO ATUAL:** "*praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.*" **REDAÇÃO PROPOSTA:** "*praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, que causem comprovado prejuízo ao filho.*" **JUSTIFICATIVA :** Tendo em mira que o objetivo da regra é a proteção do filho, há que tornar preciso que a conduta do genitor apta a ensejar a destituição do pátrio poder é aquela que resulte em prejuízo do menor. Caso contrário, a regra, por seu conteúdo subjetivo, poderá dar azo a interpretações moralistas, desvinculadas do interesse do filho (ou acaso uma prostituta não pode ser boa mãe ?)

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹³ - A extinção por decisão judicial, que não existia no Código anterior, depende da configuração das hipóteses enumeradas no art. 1.638 como causas de perda. CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹⁴ - A perda (ou destituição), que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, V), decorre de faltas graves, que configuram inclusive ilícitos penais e são especificadas no art. 1.638 do Código Civil:

I) castigo imoderado do filho; aplicação de castigos imoderados aos filhos (crime de maus-tratos),

II) abandono do filho; abandono (crimes de abandono material e intelectual). Frise-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 23) dispõe que a falta ou carência de recursos materiais não constitui, por si só, motivo suficiente para a suspensão ou a perda do poder familiar, devendo o menor, se não concorrer outro motivo que autorize a decretação da medida, ser incluído em programas oficiais de auxílio. "A infração ao dever de criação configura, em tese, o crime de abandono material (CP, art. 244) e constitui causa de perda do poder familiar (CC, art. 1.638, II). A perda deste não desobriga os pais de sustentar os filhos, sendo-lhes devidos alimentos ainda que estejam em poder da mãe, em condições de mantê-los. Não fosse assim, o genitor faltoso seria beneficiado com a exoneração do encargo, que recairia integralmente sobre o outro cônjuge. Ora, a suspensão e a perda do poder familiar constituem punição e não prêmio ao comportamento faltoso. A infração ao dever de proporcionar ao menos educação primária aos filhos caracteriza o crime de abandono intelectual (CP, art. 246)."

III) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; - CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹⁵ - prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (crimes de natureza sexual contra os filhos ou conduta inconveniente, como uso de entorpecentes ou entrega da mãe à prostituição). O Código Penal também prevê a perda do poder familiar como efeito da condenação, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho (art. 92, II). A Consolidação das Leis do Trabalho preceitua, no art. 437, parágrafo único, a destituição do poder familiar como sanção aplicável aos pais que permitirem o trabalho dos filhos em locais nocivos à sua saúde ou o exercício de atividades atentatórias à sua moral. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a perda do poder familiar pela infração ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (arts. 22 e 24), hipótese esta já abrangida pelo art. 1.638, II, do Código Civil.

IV) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar." - CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹⁶ - e reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹⁷ - O novo Código Civil não traça regras procedimentais para a extinção ou suspensão do poder familiar. Por inexistir incompatibilidade, permanecerão as do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste são legitimados para a ação o Ministério Público ou "quem tenha legítimo interesse". A suspensão do poder familiar poderá ser decretada liminar ou incidentalmente, ficando o menor confiado a pessoa idônea (art. 157). A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163).

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹⁸ - Antigamente, dentre as diferenças entre suspensão e perda do poder familiar, apontava-se a seguinte: a suspensão podia ser decretada por simples despacho, sem forma nem figura de juízo, mas a perda dependia de procedimento contencioso. Hoje, no entanto, tal diferença não mais existe, pois o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que a "perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório". O art. 155 do aludido diploma disciplina o procedimento a ser seguido, que pode ter início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse. Havendo motivo grave, poderá o juiz, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder (expressão mantida pelo ECA), liminarmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁹⁹ - A perda do poder familiar é permanente, mas não se pode dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. É imperativa, e não facultativa. Abrange toda a prole, por representar um reconhecimento judicial de que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício. Entretanto, como se deve dar prevalência aos interesses do menor, já se decidiu, em caso de perda do poder familiar por abuso sexual de pai contra filha, que a destituição não atingiria o filho, que trabalhava com o pai e estava aprendendo o ofício, sem nenhum problema de relacionamento. Entendeu-se que, nesse caso especial, separá-lo do pai trar-lhe-ia prejuízo ao invés de benefício.

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA¹⁰⁰ - A primeira hipótese de destituição ou perda do poder familiar é o castigo imoderado dado pelos pais aos filhos. Admite-se que os pais possam castigar os filhos, quando necessário e de forma moderada, em razão do poder familiar. No entanto deve-se evitar quaisquer agressões físicas ou psíquicas restringindo-se o castigo apenas a proibições de certos privilégios, especialmente relacionados ao lazer, pois o objetivo do exercício do pátrio poder deve ser sempre o de propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade do menor e isso não se consegue com brutalidades.

Outra hipótese de destituição do poder familiar é o abandono, tanto no aspecto moral quanto no material. Assim, o abandono configura-se no ato de deixar o filho sem assistência material e no descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade.

A terceira hipótese de destituição é a prática pelos pais de atos contrários à moral e aos bons costumes, pois ao agir dessa forma prejudicam a formação dos filhos.

A inclusão de novo inciso representa outra hipótese para a perda do exercício do "poder familiar", a da reiteração no descumprimento dos deveres dos pais, enunciados em disposições diversas do Código, como o de sustento, guarda e educação dos filhos, direção da sociedade conjugal no interesse da família etc. A reiteração de atos lesivos aos interesses dos filhos deve importar em penalidade mais grave, a da perda do poder parental, e não a da sua mera suspensão.

13. DO CASTIGO "MODERADO" DOS FILHOS

PAULO LUIZ NETO LOBO¹⁰¹ - Como resquício do antigo pátrio poder, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo "moderado" dos filhos. O novo Código, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer.

Deixando de lado as discussões havidas em outros campos, sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que "moderado", pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O artigo 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. Note-se que a Constituição (art. 5.º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade do filho.

SUBTÍTULO II - DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES - ARTS. 1.689 A 1.693

1. INTRODUÇÃO

O Subtítulo II do Título II que se refere ao “direito patrimonial” é dedicado ao usufruto e à administração dos bens de filhos menores pelos seus genitores, matéria que no CC/16 era tratada dentro do que hoje passou a ser denominado poder familiar. O legislador buscou tratar em separado dos direitos pessoais e dos direitos patrimoniais decorrentes do poder familiar.

Pouca novidade traz este capítulo do novo CC, fazendo apenas adequação do CC/16 à isonomia dos direitos paternos e maternos no exercício do poder familiar, também em relação aos bens dos filhos menores.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹⁰² - “Quanto aos bens dos filhos - Uma inovação foi a exclusão de toda a seção relativa ao pátrio poder quanto aos bens dos filhos, constante do Código Civil de 1916, transferindo-a para o Título II, destinado ao direito patrimonial no novo diploma, com a denominação “Do usufruto e da administração dos bens de filhos menores” (Subtítulo II). Trata-se, todavia, de matéria relativa ao poder familiar.

Os atributos na ordem patrimonial dizem respeito à administração e ao direito de usufruto. Os pais, em igualdade de condições, são os administradores legais dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária (CC, arts. 1.689, II, e 1.690, parágrafo único). Não podem, porém, praticar atos que ultrapassem os limites da simples administração. Para alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores precisam obter autorização judicial, mediante a demonstração da necessidade, ou evidente interesse da prole (art. 1.691). Expedido o alvará, a venda poderá ser feita a quem melhor pagar, não devendo o preço ser inferior ao da avaliação. Não se exige a oferta em hasta pública. Se a venda se efetivar sem a autorização judicial, padecerá de nulidade, porém relativa, porque só poderá ser oposta pelo próprio filho, seus herdeiros ou seu representante legal (CC, art. 1.691, parágrafo único).”

2. DA ADMINISTRAÇÃO E USUFRUTO DOS BENS DOS FILHOS MENORES - ART. 1.689

É mantido no art. 1.689 o direito do pai e da mãe, enquanto titulares do poder familiar, ao usufruto e administração dos bens dos filhos menores, salvo os bens excluídos e que são os taxativamente enumerados no art. 1.693.

A Lei investe os pais na função de administradores naturais dos bens dos filhos submetidos ao seu poder familiar, função que em tese é irrenunciável e gratuita. Tal administração abrange todos os atos que visam à conservação, o melhoramento e a produtividade dos bens dos filhos, a percepção de seus frutos e a aplicação de seus rendimentos. Além do direito à administração, têm os pais também o direito de usufruto sobre os bens dos filhos menores, o que implica no direito de fruir as utilidades e frutos destes bens. E este usufruto tem características especiais: a) decorre de determinação legal, e não de negócio jurídico. b) não reclama inscrição no Registro Imobiliário. c) alcança todos os bens que constituem o patrimônio do filho, com as exceções previstas em Lei. d) não admite cessão e é irrenunciável. e) não exige caução e é impenhorável. f) é instituto de direito de família.

Anota ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO¹⁰³ que “o usufruto dos bens dos filhos menores pelos genitores é uma decorrência lógica do poder familiar. Sendo os filhos absolutamente incapazes (art. 3º), ou relativamente incapazes (art. 4º) para o exercício dos atos da vida civil, cabe aos pais representá-los e assisti-los, respectivamente. Em regra o usufrutuário é, também, o administrador dos bens. ‘O poder de administrar compreende os atos idôneos à conservação e ao incremento do patrimônio do filho. Exerce-se sobre todos os bens, salvo naturalmente os excluídos expressamente pela vontade de quem os doou ou legou ao filho’ (ORLANDO GOMES)”.

Como ambos os pais são igualmente titulares deste direito à administração e ao usufruto sobre os bens dos filhos menores, em caso de divergência entre eles, deverão recorrer ao juiz para que dê a necessária solução, conforme art. 1.690, parágrafo único.

As rendas produzidas pelo patrimônio do filho pertencem aos pais, que exercem administração que dispensa a prestação de contas relativamente aos rendimentos produzidos (para a maioria dos autores: ORLANDO GOMES, MARIA HELENA DINIZ, MARCO AURÉLIO DA SILVA VIANA).

Esclarece CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹⁰⁴ que estes direitos consistem numa “compensação dos encargos decorrentes de sua criação e educação. Trata-se de usufruto legal, que dispensa prestação de contas e da caução a que se refere o art. 1.400 do Código Civil.” Mas os bens deverão ser entregues ao filho, alcançada a maioridade, com seus acrescentamentos, sem que os pais tenham qualquer remuneração.

As hipóteses de exclusão dos pais da administração e usufruto dos bens do filho menor, são as mesmas previstas no art. 391 do CC/16, adequadas às hipóteses do inciso I, a igualdade dos filhos e a do inciso II aos novos tempos, generalizando as hipóteses em que o filho entre 16 e 18 anos pode constituir seu próprio patrimônio.

Na hipótese de impedimento ou incapacidade de qualquer dos genitores de exercer o poder familiar, também a administração e o usufruto sobre os bens dos filhos menores caberá ao outro com exclusividade. A suspensão ou destituição do poder familiar exclui aquele genitor punido do direito de usufruir ou administrar os bens dos menores, o que caberá apenas ao outro.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹⁰⁵ - “Aos pais pertence o usufruto, as rendas dos bens dos filhos menores (CC, art. 1.689, I), como uma compensação dos encargos decorrentes de sua criação e educação. Trata-se de *usufruto legal*, que dispensa prestação de contas e da caução a que se refere o art. 1.400 do Código Civil.”

SILVIO RODRIGUES,¹⁰⁶ “Mantém, em linhas gerais, a qualidade de usufrutuário e administrador dos bens dos filhos menores (art. 1.689), devendo os pais decidir em comum as questões relativas a esse patrimônio, podendo qualquer deles, no caso de divergência, recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único). A alienação ou imposição de ônus real sobre bens são permitidas apenas com a autorização judicial, condicionada à prova da necessidade ou evidente interesse da prole, podendo o ato indevidamente praticado ser anulado pelos filhos, seus herdeiros ou representante legal (art. 1.691 e seu parágrafo único). Inova o legislador em poupar o genitor viúvo da perda do usufruto sobre os bens dos filhos quando recasar antes de fazer o inventário e der a partilha aos herdeiros dos bens do falecido (CC/1916, arts. 183, XIII, e 225; *v.*, ainda, n. 54, *supra*)”

SILVIO RODRIGUES,¹⁰⁷ Os bens deixados ao filho para fim certo e determinado, como na deixa testamentária em que os bens são destinados à educação do menor. Nesse caso, o desvio da renda torna impossível alcançar o fim almejado pelo testador. O novo Código não reproduz essa exclusão no subtítulo em exame, mas é decorrência natural da previsão testamentária que, nesse caso, perderão os pais a liberdade no usufruto e administração do patrimônio assim constituído, pela natureza do encargo imposto, independentemente de previsão específica nessa parte da lei relativa ao poder familiar.

Mantém, em linhas gerais, a qualidade de usufrutuário e administrador dos bens dos filhos menores (art. 1.689), devendo os pais decidir em comum as questões relativas a esse patrimônio, podendo qualquer deles, no caso de divergência, recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único). A alienação ou imposição de ônus real sobre bens são permitidas apenas com a autorização judicial, condicionada à prova da necessidade ou evidente interesse da prole, podendo o ato indevidamente praticado ser anulado pelos filhos, seus herdeiros ou representante legal (art. 1.691 e seu parágrafo único). Inova o legislador em poupar o genitor viúvo da perda do usufruto sobre os bens dos filhos quando recasar antes de fazer o inventário e der a partilha aos herdeiros dos bens do falecido (CC/1916, arts. 183, XIII, e 225; *v.*, ainda, n. 54, *supra*).

SILVIO RODRIGUES,¹⁰⁸ Os bens deixados ao filho para fim certo e determinado, como na deixa testamentária em que os bens são destinados à educação do menor. Nesse caso, o desvio da renda torna impossível alcançar o fim almejado pelo testador. O novo Código não reproduz essa exclusão no subtítulo em exame, mas é decorrência natural da previsão testamentária que, nesse caso, perderão os pais a liberdade no usufruto e administração do patrimônio assim constituído, pela natureza do encargo imposto, independentemente de previsão específica nessa parte da lei relativa ao poder familiar.

JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES¹⁰⁹ Ocorrendo a suspensão ou a destituição do poder familiar, o suspenso ou destituído perde o direito de usufruir e administrar os bens do filho, assumindo o usufruto e administração, com exclusividade, o out JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES¹¹⁰ Ocorrendo a suspensão ou a destituição do poder familiar, o suspenso ou destituído perde o direito de usufruir e

administrar os bens do filho, assumindo o usufruto e administração, com exclusividade, o outro cônjuge. De registrar-se ainda, quanto ao pai ou mãe, que se enviuvem e se casem novamente sem ter dado a inventário os bens de seu casal anterior, é obrigado a dar imóvel seu em hipoteca legal, como garantia dos bens dos filhos do leito anterior (art. 1.488, II)".

JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE E GERALDO MAGELA ALVES¹¹¹ "Como vimos, o novo Código disciplinou as relações pessoais separadamente das relações patrimoniais. Os arts. 1.689 a 1.693 do Código disciplinam as relações patrimoniais entre pais e filhos. Ou seja, os filhos menores podem ser donos, mas os pais detêm o usufruto legal de seus bens, como já existia no direito pátrio. Os pais representam e assistem os filhos nos atos da vida civil. Há atos em que dependem de autorização judicial, expressa em alvará, como para vender ou onerar bens dos filhos menores. A matéria era disciplinada no Código de 1916 nos arts. 385 e seguintes, tendo sofrido pequenas alterações. Não há necessidade de hasta pública para venda de bens de filhos menores sob o poder familiar, basta alvará judicial".

Como vimos, o novo Código disciplinou as relações pessoais separadamente das relações patrimoniais. Os arts. 1.689 a 1.693 do Código disciplinam as relações patrimoniais entre pais e filhos. Ou seja, os filhos menores podem ser donos, mas os pais detêm o usufruto legal de seus bens, como já existia no direito pátrio. Os pais representam e assistem os filhos nos atos da vida civil. Há atos em que dependem de autorização judicial, expressa em alvará, como para vender ou onerar bens dos filhos menores. A matéria era disciplinada no Código de 1916 nos arts. 385 e seguintes, tendo sofrido pequenas alterações. Não há necessidade de hasta pública para venda de bens de filhos menores sob o poder familiar, basta alvará judicial.

DANIELA FARIA TAVARES¹¹² "A Constituição Federal de 1988, retratando os anseios da sociedade, proclamou que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 4º e 5º CF).

O ordenamento jurídico constitucional reformulou o conceito de família, abolindo a figura e o conceito de chefe desta, antes focada no homem, e estabeleceu no art. 229 que ambos os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

DANIELA FARIA TAVARES¹¹³ O novo Código Civil, atendendo aos ditames da Constituição Federal, suprimiu a expressão "pátrio poder", substituindo-a por "poder familiar", e, na forma do que estabelecem os arts. 1.631 e 1.689, conferiu a ambos os pais exercício daquele.

Ao contrário da sistemática do atual Código Civil, que disciplina a administração e o usufruto dos bens dos filhos menores no capítulo que trata do pátrio poder, o novo Código regulamenta estes institutos no subtítulo II do título que cuida do regime patrimonial.

No tocante ao usufruto dos bens dos filhos, o novo Código também aboliu a penalidade prevista no art. 225 da atual Codificação, a que faz referência o art. 389 do atual Diploma Legal, que estabelece que o viúvo ou a viúva - com filhos do cônjuge falecido -, que se casar antes de providenciar o inventário dos bens e a respectiva partilha aos herdeiros, perde o direito ao usufruto dos bens destes filhos.

A nova legislação apenas procurou adequar o dispositivo comentado à ordem constitucional vigente. O artigo 1.689 do novo Código não trouxe, entretanto, qualquer inovação, já que repetiu as normas dos arts. 385 e 390 do atual Código, as quais regulamentam tanto o poder de administração dos pais quanto aos bens dos filhos menores como o direito de estes mesmos pais usufruírem dos referidos bens".

3. DOS BENS EXCLUÍDOS DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS PAIS - ART. 1.693

A alteração neste ponto consiste na ausência de previsão da perda pelo genitor viúvo do usufruto sobre os bens dos filhos, caso venha a casar-se novamente antes de fazer o inventário e der a partilha aos herdeiros dos bens do falecido, como era disciplinado nos arts. 183, XIII, e 225 do CC/16.

Sobre a questão da autorização judicial exigida no *caput* do art. 1.691 apropriadas as considerações de VIRGÍLIO PANAGIOTIS STARVRIDIS no sentido de que "o *caput* do art. 1.691 estabelece que no que tange ao exercício da administração dos bens dos filhos, somente três atos necessitam de autorização judicial: a alienação de imóveis, a instituição de ônus reais sobre estes e a contratação de obrigações que ultrapassam os limites da simples administração. Entretanto, a experiência tem

demonstrado que em outras situações além das três assinaladas, seria recomendável a intervenção judicial. Não é raro o incapaz receber grandes quantias em dinheiro. Isto ocorre, geralmente, em duas situações. A primeira hipótese é quando do recebimento de seguro de vida deixado por falecimento de um dos seus pais. Por diversos motivos, como o alto valor e a preocupação com a efetiva e regular quitação, geralmente as companhias de seguro exigem alvará judicial em favor do representante do beneficiário incapaz autorizando-o a receber o benefício. A segunda hipótese trata do recebimento de verba fixada em sentença que julgou procedente pedido ofertado em demanda que visa à reparação dos danos materiais e morais decorrentes de responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual. Não há qualquer previsão legal no que toca à necessidade de autorização judicial quanto à destinação ou emprego da verba recebida, cabendo ao pai ou à mãe, com exclusividade, decidir sobre sua aplicação.

O caput do art. 1.693 exclui do usufruto e administração dos pais:

CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹¹⁴ "O art. 1.693 menciona os bens excluídos do usufruto e da administração dos pais: a) os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; b) os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; c) os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; d) os bens que ao filho couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão."

SILVIO RODRIGUES,¹¹⁵ "Examino cada uma das hipóteses, reproduzidas pelo novo Código, com anotações que a seguir promovemos. Os *bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento*. Nesses casos visa-se impedir que o reconhecimento seja apenas produto do intuito do pai de beneficiar-se com o usufruto ou com a administração dos bens do filho. Se o móvel do pai que pretende reconhecer não for somente o de aproveitar-se da fortuna do filho, ele o reconhecerá de qualquer forma, privando-se, contudo, do usufruto e da administração dos bens do menor. Os *adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública*. Aqui se encontra, sem dúvida, um resquício da velha teoria romana dos pecúlios. Como apontei, o *filius familias* não tinha, de início, capacidade para ser titular de um patrimônio. Ao depois, e aos poucos, se lhe foi reconhecendo a prerrogativa de fazer seu aquilo que obtinha na atividade militar (pecúlio castrense), em atividades públicas (pecúlio quase-castrense), ou que vinha a adquirir por outros meios (pecúlio adventício e profectício). Esses pecúlios constituíam patrimônio seu, alheio ao domínio e à interferência do *pater*. A regra brasileira, em comentário, resulta da influência romana. , Insignificante, entretanto, é o seu alcance prático, pois, como a maioria se atinge aos 21 anos, no Código vigente, e aos 18 na nova lei, e como põe ela fim ao pátrio poder, a exceção encontra sempre limitada duração. Nesse particular, amplia o novo Código a disposição, assim contemplando a hipótese: " os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional, e os bens com tais recursos adquiridos". Os *deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais*. A hipótese mais freqüente é a de pais separados que testam bens aos filhos, com cláusula de que não serão administrados pelo progenitor sobrevivente. Os *bens que ao filho couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão*. A exclusão por indignidade, de que cogita lei (CC/1916, arts. 1.595 e s.; CC/2002, arts. 1.814 e s.), é uma pena que se aplica ao herdeiro ingrato e que consiste em privá-lo da sucessão. Como os efeitos da pena são pessoais, ela não atinge os filhos do indigno, que, dessa maneira, herdaram como se seu pai morto fosse. Ora, se o indigno pudesse administrar ou ter o usufruto dos bens havidos por seu filho, em sucessão de que foi excluído, a pena a ele imposta perderia parte de sua eficácia. E sua ingratidão ficaria apenas parcialmente punida. Por isso lei tira-lhe tanto a administração como o usufruto sobre tais bens. Em todas essas hipóteses o juiz deverá nomear curador especial, que administrará os bens subtraídos à administração paterna. Finalmente, a hipótese dada pelos Decretos-leis n. 2.063, de 4 de abril de 1940, e 3.182, de 9 de abril de 1941, consignando que as ações de companhias de seguros e bancos, pertencentes a menores sujeitos ao pátrio poder de pessoa estrangeira, devem ser administradas por brasileiros.

JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES¹¹⁶ "A administração e o usufruto dos bens dos filhos menores constituem uma imposição do poder familiar. Todavia, existem situações de fato que recomendam a quebra do princípio. Em primeiro lugar, se o pretense pai biológico não reconhece o filho, os bens por este adquiridos serão administrados e usufruídos apenas pela mãe, em regra notoriamente conhecida. Se e quando houver o reconhecimento, o encargo passará automaticamente ao casal.

Podendo fazê-lo e exercendo profissão lucrativa o menor acima de dezesseis, os valores por ele auferidos em tal condição, assim como os bens outros que adquira com esses valores também se excluem

da gerência dos pais, pois se mostra injusto que o poder familiar se estendesse aos bens assim qualificados.

A doação e a deixa de bens em testamento constituem liberalidades, em razão do que ao doador e ao testador se assegura o direito de impor ao donatário ou legatário encargos ou condições. Feita a liberalidade sob a condição de administração e usufruto pelo próprio favorecido, excluído fica o exercício desses encargos pelos pais do menor adquirente. Na hipótese, o pressuposto é o de que o doador ou testador indique pessoa capaz para o encargo específico, ou, na omissão, caberá ao juiz fazer a designação, a pedido dos próprios pais, do menor assistido por eles, ou do Ministério Público.

JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES¹¹⁷ Finalmente, ocorrendo a hipótese de os pais serem excluídos da herança, segundo a previsão dos artigos 1.814 e 1.816, parágrafo único, os seus descendentes recolhem os bens da herança, como se mortos fossem os pais. Caso em que, como bem anotado por Carvalho Santos, o excluído da sucessão não terá direito à administração e ao usufruto dos bens, e nem mesmo direito à sucessão eventual desses bens (op. cit., v. V p. 119)".

JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES¹¹⁸ "A administração e o usufruto dos bens dos filhos menores constituem uma imposição do poder familiar. Todavia, existem situações de fato que recomendam a quebra do princípio. Em primeiro lugar, se o pretenso pai biológico não reconhece o filho, os bens por este adquiridos serão administrados e usufruídos apenas pela mãe, em regra notoriamente conhecida. Se e quando houver o reconhecimento, o encargo passará automaticamente ao casal.

Podendo fazê-lo e exercendo profissão lucrativa o menor acima de dezesseis, os valores por ele auferidos em tal condição, assim como os bens outros que adquira com esses valores também se excluem da gerência dos pais, pois se mostra injusto que o poder familiar se estendesse aos bens assim qualificados.

A doação e a deixa de bens em testamento constituem liberalidades, em razão do que ao doador e ao testador se assegura o direito de impor ao donatário ou legatário encargos ou condições. Feita a liberalidade sob a condição de administração e usufruto pelo próprio favorecido, excluído fica o exercício desses encargos pelos pais do menor adquirente. Na hipótese, o pressuposto é o de que o doador ou testador indique pessoa capaz para o encargo específico, ou, na omissão, caberá ao juiz fazer a designação, a pedido dos próprios pais, do menor assistido por eles, ou do Ministério Público.

Finalmente, ocorrendo a hipótese de os pais serem excluídos da herança, segundo a previsão dos artigos 1.814 e 1.816, parágrafo único, os seus descendentes recolhem os bens da herança, como se mortos fossem os pais. Caso em que, como bem anotado por Carvalho Santos, o excluído da sucessão não terá direito à administração e ao usufruto dos bens, e nem mesmo direito à sucessão eventual desses bens (op. cit., v. V p. 119)".

ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO¹¹⁹ "Histórico - O dispositivo em estudo sofreu emendas no Senado Federal e na Câmara dos Deputados no período final de tramitação. A emenda aprovada pelo Senado deu melhor redação *ao caput* e substituiu a expressão do inciso I, "filho ilegítimo", por "filho havido fora do casamento", por ser a adequada em face da igualdade dos filhos prevista no § 6º do art. 227 da Constituição Federal. A emenda aprovada pela Câmara dos Deputados substituiu o vocábulo "proventos" por "valores".

Não houve modificação substancial em relação ao Código Civil de 1916. O novo Código deixou de se referir apenas aos "bens deixados ao filho, para fim determinado" (art. 390, II, c/c o art. 1.916) e ampliou as hipóteses do inciso II (art. 391, II, c/c o art. 1.916). Agora, todos os rendimentos auferidos pelo trabalho do maior de 16 anos e os bens adquiridos com esses recursos não mais estão sujeitos ao usufruto e à administração pelos pais (art. 1.693, II). O filho será assistido pelos pais.

A exclusão prevista no inciso I, ou seja, dos bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento, é consequência lógica da situação fática. Sem reconhecimento, o pai não poderá exercer o poder familiar. Cabe à mãe, portanto, exercê-lo com exclusividade (art. 1.633).

O inciso III refere-se aos bens deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados pelos pais. A exclusão aqui verificada é por disposição de vontade de quem os doou ou os deixou por sucessão.

ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO¹²⁰ Quando os pais são excluídos da sucessão - inciso IV -, ficam igualmente impedidos de exercer a administração e usufruto dos bens que couberem aos filhos. A disposição se justifica, pois, se assim não fosse, os pais estariam tirando proveito dos bens a que não fizeram jus. Igual disposição encontra-se no art. 1.816, parágrafo único, deste Código".

DANIELA FARIA TAVARES¹²¹ “Da mesma forma que o dispositivo anterior, o art. 1.693 praticamente repete as normas dos arts. 390 e 391 do atual Código Civil. O novo Código apenas procurou conferir melhor feição redacional ao inciso II do art. 391, ao fixar, no inciso II do artigo em tela, a exclusão do usufruto, dos valores auferidos pelo filho no exercício da atividade profissional”.

INÁCIO DE CARVALHO NETO E ÉRICA HARUMI FUNGIE¹²² Comparação - O novo Código conjugou a redação de dois artigos que tratavam dos bens do menor excluídos do usufruto legal e da administração paterna num único dispositivo, passando a excluir, em todos os casos, tanto o usufruto quanto a administração dos bens.

O inc. I não mais faz menção à ilegitimidade do filho, à luz do princípio da igualdade entre os filhos disciplinado pela Constituição Federal.

O inc. II, com melhor técnica, utilizou terminologia mais abrangente, não sendo mais taxativo.

O inc. III é conjugação dos antigos inciso I do art. 390 e inc. III do art. 391 .

O inc. IV repete a redação do inc. IV do antigo art. 391, utilizando o vocábulo "filhos" (no plural).

Breves comentários - Alguns bens do menor ficam excluídos do usufruto e da administração paterna, ficando a administração reservada a curador especial nomeado pelo Juiz. Entre os bens destacam-se:

I) os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento: a vedação implica coibir eventual reconhecimento de filiação com vistas ao benefício do usufruto e da administração dos bens do menor.

II) os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos: qualquer valor auferido no exercício de atividade profissional pelo filho maior de dezesseis anos, quando deixa de ser incapaz absoluto (art. 4º, inc. I), fica excluído do usufruto e da administração paterna, assim como os bens adquiridos com os respectivos valores. O Código deixou de incluir o filho maior de quatorze anos que exerce atividade profissional na condição de aprendiz, conforme a permissão do art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal. Tendo em vista o fim protetivo deste dispositivo, deve-se também estendê-lo aos aprendizes.

III) os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais. Esta limitação pode, por exemplo, ser feita em testamento por pais separados que prescrevem cláusula de exclusão dos bens deixados da administração do progenitor sobrevivente .

IV) os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão, no caso de indignidade (art. 1.816, parágrafo único) ou de deserdação (art. 1.961). Tendo em vista que na indignidade e na deserdação os sucessores do excluído herdaram, não seria justo que o herdeiro ingrato venha a administrar ou ter em usufruto os bens havidos por seu filho, em sucessão de que foi excluído. Desta forma, a lei priva do excluído a administração e o usufruto de tais bens”.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY¹²³ “Reconhecimento de filhos. Se o reconhecimento é consequência de ter havido casamento nulo entre os pais, ainda que sem as condições do putativo (CC 1561), excluem-se do usufruto, também, os bens que foram adquiridos pelo menor antes dessa celebração (CC 1617 c/c 1561 § 2º).

Bens de filhos reconhecidos judicialmente. O CC 1616 prescreve ser possível que o juiz, após julgar procedente ação de investigação de paternidade, determine que o filho se crie fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade. Os bens desses filhos não estão sujeitos ao usufruto dos pais, pois apenas os que estão em Pleno exercício do poder familiar (CC 1689) podem administrar o bem dos filhos e desfrutar de direito de usufruto sobre esses bens.

Filho menor que trabalha. Hipótese em que o menor tem atividade remunerada, mas não sobrevive com economia própria. Do contrário já não mais seria incapaz (CC 5.º par.ún. V).

Filhos herdeiros testamentários ou donatários de outrem. A hipótese do CC 1732 §2.º pode ilustrar essa ocorrência.

Herdeiros excluídos. CC 1816 par.ún.”.

3.1 OS BENS ADQUIRIDOS PELO FILHO HAVIDO FORA DO CASAMENTO, ANTES DO RECONHECIMENTO - ART. 1.693, I

A exclusão prevista no inciso I, ou seja, dos bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento, é consequência lógica da situação fática. Sem reconhecimento, o pai não poderá exercer o poder familiar. Cabe à mãe, portanto, exercê-lo com exclusividade (art. 1.633),- como bem anotado por ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO.¹²⁴

Com clareza, observa SILVIO RODRIGUES¹²⁵ que “nesses casos visa-se impedir que o reconhecimento seja apenas produto do intuito do pai de beneficiar-se com o usufruto ou com a administração dos bens do filho. Se o móvel do pai que pretende reconhecer não for somente o de aproveitar-se da fortuna do filho, ele o reconhecerá de qualquer forma, privando-se, contudo, do usufruto e da administração dos bens do menor.”

3.2 OS VALORES AUFERIDOS PELO FILHO MAIOR DE 16 ANOS, NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL E OS BENS COM TAIS RECURSOS ADQUIRIDOS - ART. 1.693, II

PAULO LUIZ NETTO LÔBO¹²⁶ considera que a redação dada ao art. 1.693, inciso II, que exclui do usufruto e da administração dos pais "os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos", modificou o texto legal anterior, trazendo inovação no sentido de instituir verdadeiros "bens reservados" em benefício do filho maior de 16 anos que os adquirir em virtude de qualquer atividade profissional que desenvolva.

Segundo ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO¹²⁷, o novo Código deixou de se referir apenas aos "bens deixados ao filho, para fim determinado" (art. 390, II, c/c o art. 1.916) e ampliou as hipóteses do inciso II (art. 391, II, c/c o art. 1.916). Agora, todos os rendimentos auferidos pelo trabalho do maior de 16 anos e os bens adquiridos com esses recursos não mais estão sujeitos ao usufruto e à administração pelos pais (art. 1.693, II). O filho será assistido pelos pais.

3.3 OS BENS DEIXADOS OU DOADOS AO FILHO, SOB A CONDIÇÃO DE NÃO SEREM USUFRUÍDOS, OU ADMINISTRADOS, PELOS PAIS - ART. 1.693, III

Está mantida a possibilidade de, em testamento ou doação, excluir o genitor da administração e usufruto do bem do filho.

Explicam NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY¹²⁸ que trata-se do “curador de herança de menor”, e que “a hipótese do CC 1733 § 2º atinge também o filho menor sob o exercício do poder familiar dos pais e limita-se ao zelo pelos bens deixados, por herança ou legado, para menor sob tutela ou poder familiar. A nomeação é feita pelo testador e não pode recair em pessoa que apresente as falhas apontadas no CC 1735 I a VI. O curador assim nomeado limita-se a administrar o patrimônio objeto dessa herança ou legado”.

Nada impede que tal curador seja administrador da herança legítima ou testamentária do menor. Pode haver a nomeação do curador mesmo no caso do outro genitor estar em condições de exercer o poder familiar. Quando os genitores não convivem juntos e têm restrições recíprocas, é comum que algum deles - ou ambos - faça testamento nomeando um curador para administrar os bens do menor, evitando que o ex-cônjuge indiretamente se beneficie do patrimônio deixado para o filho.

3.4 OS BENS QUE AOS FILHOS COUBEREM NA HERANÇA, QUANDO OS PAIS FOREM EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO - ART. 1.693, IV

Esta disposição é semelhante a do art. 1.816, parágrafo único, do CC/02 que se justifica, porque, do contrário, os pais estariam tirando proveito dos bens a que não fizeram jus.

A hipótese do inciso IV relativa à perda do direito a administração e usufruto dos bens do filho menor, quando os pais forem excluídos da sucessão, deveria ser aplicada aos dois genitores, se estes ainda conviverem, caso apenas um sofra a pena porque, do contrário, indiretamente aquele privado da sucessão continuará beneficiado. Ex.: a mãe casada, com duas filhas menores mata o pai (avô das suas filhas) e é excluída da sucessão deste, com o que, por representação, as filhas menores herdaram os bens do avô. O marido dela será o usufrutuário e administrador dos bens com o que, convivendo aquela mulher com ele, indiretamente está se beneficiando dos bens de cuja sucessão e usufruto ela foi excluída.

Salienta SILVIO RODRIGUES¹²⁹ que “a exclusão por indignidade, de que cogita a lei (CC/1916, arts. 1.595 e s.; CC/2002, arts. 1.814 e s.), é uma pena que se aplica ao herdeiro ingrato e que consiste em privá-lo da sucessão. Como os efeitos da pena são pessoais, ela não atinge os filhos do indigno, que, dessa maneira, herdaram como se seu pai morto fosse. Ora, se o indigno pudesse administrar ou ter o usufruto dos bens havidos por seu filho, em sucessão de que foi excluído, a pena a ele imposta perderia parte de sua eficácia. E sua ingratitude ficaria apenas parcialmente punida. Por isso a lei tira-lhe tanto a administração como o usufruto sobre tais bens. Em todas essas hipóteses o juiz deverá nomear curador especial, que administrará os bens subtraídos à administração paterna. Finalmente, a hipótese dada pelos Decretos-leis n. 2.063, de 4 de abril de 1940, e 3.182, de 9 de abril de 1941, consignando que as ações de companhias de seguros e bancos, pertencentes a menores sujeitos ao pátrio poder de pessoa estrangeira, devem ser administradas por brasileiros.”

Quando os pais são excluídos da sucessão - inciso IV -, ficam igualmente impedidos de exercer a administração e usufruto dos bens que couberem aos filhos. A disposição.”. (ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. In: FIUZA, Ricardo (Coord.) Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1500-1501.)

4. DOS LIMITES À ADMINISTRAÇÃO DOS PAIS - ART. 1.691

Aos pais, como administradores e usufrutuários dos bens dos filhos menores é vedada a prática de atos que ultrapassem os limites da mera administração. O legislador visa com a restrição que impõe no caput do art. 1.691 proteger os interesses dos menores quanto a possíveis atos de má administração ou malversação dos bens pelos pais genitores, enquanto titulares do poder familiar.

Visa o dispositivo preservar o patrimônio do menor íntegro, tanto quanto possível, até a sua maioridade, bem como proteger terceiros que integrem a relação jurídica, negociando direito do menor. Na hipótese de haver manifesto interesse e utilidade para os menores, desde que seja essa demonstrada, convencendo-se o representante do Ministério Público e o Magistrado, poder-se-á obter autorização judicial, para eventual alienação do bem, o que não precisa ser necessariamente em hasta pública.

Neste sentido, observa JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE e GERALDO MAGELA ALVES¹³⁰ Não há necessidade de hasta pública para venda de bens de filhos menores sob o poder familiar, basta alvará judicial”. No entanto, sem autorização judicial, não é possível alienar os imóveis, hipotecar, gravar de ônus reais, nem contrair obrigações que ultrapassem o limite indicado pela lei. E caso praticados, sem a devida autorização, este ato é inválido.¹³¹

O art. 1.691 mantém a norma do art. 386 CC/16 segundo a qual os pais não podem alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Mantém também, no parágrafo único do dispositivo, a legitimidade aos filhos, herdeiros, e representante legal para argüir a invalidade dos atos previstos no art. 1.691, tal como estava contido no art. 388 do CC/16.

Observa SILVIO RODRIGUES¹³² que “os bens deixados ao filho para fim certo e determinado, como na deusa testamentária em que os bens são destinados à educação do menor. Nesse caso, o desvio da renda torna impossível alcançar o fim almejado pelo testador. O novo Código não reproduz essa exclusão no subtítulo em exame, mas é decorrência natural da previsão testamentária que, nesse caso, perderão os pais a liberdade no usufruto e administração do patrimônio assim constituído, pela natureza do encargo imposto, independentemente de previsão específica nessa parte da lei relativa ao poder familiar.”

Consideram meramente anuláveis os atos praticados com violação ao *caput* do art. 1.691, JOSÉ COSTA LOURES E TAÍS GUIMARÃES¹³³ que anotam que “os atos profligados no presente artigo são anuláveis, indicando a lei as pessoas que podem pleitear em juízo a sua anulação, podendo o próprio filho fazê-lo, quando atingir a maioridade; os seus herdeiros, se falecer ele enquanto menor; ou o seu representante legal, se estiver ele sob tutela. O prazo para a propositura da ação é de decadência e de dois anos, segundo a regra geral do artigo 179, contados, como já se disse, da data em que o menor completar a maioridade”.

5. DA REPRESENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES - ART. 1.690

O art. 1.690 é mera repetição do art. 1.634, V, e ainda encontra-se deslocado neste capítulo destinado aos direitos patrimoniais.

O art. 1.690 diz que "compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados." Isto é, atribui igualmente aos genitores o direito de representar os filhos menores de 16 anos e de assisti-los até os 18 anos ou emancipação; só na *falta* dos genitores é que o outro assume a representação ou assistência exclusiva sobre o filho. Por falta deverá ser entendida qualquer uma das hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar previstas nos arts. 1.635 e segs. PAULO LUIZ NETTO LÔBO¹³⁴ diz que este artigo que prevê a representação dos filhos menores de 16 anos e a assistência aos filhos entre 16 e 18 anos é de natureza pessoal, não se atendo apenas às questões de cunho patrimonial, o que implica dizer que ele encontra-se em capítulo inadequado e deveria estar do capítulo V destinado ao poder familiar.

Opina JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE e GERALDO MAGELA ALVES¹³⁵ no sentido de que "o art. 1.690 é expresso, no sentido de que a representação e assistência dos filhos menores é feita em conjunto pelos pais. Interpreta-se, assim, o dispositivo constitucional, como recomendando a administração da sociedade conjugal não por qualquer um, mas por ambos os cônjuges. No regime do CC de 1916, o administrador era o pai e, na sua falta, a mãe. Agora, são ambos e não qualquer deles. Se não houver, portanto, consenso entre os pais, a solução será recorrer ao Juiz (§ único, art. 1.690). Embora vencidos, nesse particular, pensamos que o dispositivo constitucional autoriza qualquer dos cônjuges a administrar a sociedade conjugal".

6. DO CURADOR ESPECIAL - ART. 1.692

É mantida a figura do curador especial para as hipóteses em que houver colisão de interesses dos pais e filhos (o art. 1.692 do CC/02 tem a mesma previsão do art. 387 do CC/16). O art. 9º, I do CPC tem disciplina semelhante a esta norma.

Leciona CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹³⁶ que "sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, o juiz lhe dará *curador especial* (art. 1.692). Não se exige, para tanto, prova de que o pai pretende lesar o filho. Basta que se coloquem em situações cujos interesses são aparentemente antagônicos, como acontece na venda de ascendente a descendente, que depende do consentimento dos demais descendentes. Se um destes for menor, ser-lhe-á nomeado curador especial, para representá-lo na anuência."

O objetivo do comando legal é a proteção do interesse do menor, em face de choque com o interesse de seus pais, conforme observa ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO,¹³⁷ que explica que "o curador especial ao menor deverá ser nomeado a pedido do próprio menor ou a requerimento do Ministério Público. Para a nomeação do curador especial não é necessária prova de que os pais pretendem causar lesão ao patrimônio do filho. É o bastante a aparência de conflito de interesse. O curador especial tem o dever de defender os interesses do menor, representando-o apenas nos atos administrativos em conflito. Os pais permanecem exercendo o poder familiar sobre o filho menor, nos moldes do art. 1.634".

Adequada a distinção feita por NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY¹³⁸ "não se deve confundir a atuação do Ministério Público no exercício da chamada *curadoria de incapazes* (CPC 82 II), com a nomeação do curador especial de que trata o CPC 9º II. Este artigo CC 1692 trata das duas figuras. No processo em que haja interesses de menores, colidam ou não os interesses desses com os de seus pais ou representantes, o MP deve sempre intervir, por força do CPC 82 II. Se, durante o processo, houver colidência de interesses do menor com os de seus representantes, haverá necessidade de nomeação de curador especial a este menor (CPC 9º II) e de atuação do órgão do MP. (CPC 82 II e CC 1692)".

7. DA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO NÃO ALTERAR O PODER FAMILIAR

Tanto os direitos assegurados de usufruto e administração dos bens do filho menor (art. 1.689), como os de representação e assistência do filho menor (art. 1.690), não são alterados em razão da

separação ou divórcio dos pais, não havendo preferência em que tais atribuições passem a ser exclusivas do guardião, por força do art. 1.632: "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos." Portanto, a guarda dá ao genitor apenas o direito de custódia sobre o filho, sem privilegiá-lo em relação aos demais atributos inerentes ao poder familiar que continuarão a ser exercidos igualmente pelo pai e pela mãe, buscando uma solução judicial em caso de divergência (art. 1.631 parágrafo único, norma repetida no art. 1.690 parágrafo único).

A concessão da guarda do filho a um dos genitores não esvazia o poder familiar em nada, o que por si só já demonstra a inutilidade, data venia, da guarda compartilhada no nosso sistema jurídico, poder ter neste ponto uma divergência nevrálgica com o direito português, por exemplo, onde o guardião passa a ser o único titular do poder familiar.

LEITURA INDICADA

ALIENAÇÃO PARENTAL

Maria Berenice Dias¹³⁹

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

Quem lida com conflitos familiares certamente já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome: “síndrome de alienação parental” ou “implantação de falsas memórias”.

Este tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente e irresponsável. 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, faz surgir um desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade. É levado a rejeitar o outro genitor, a odiá-lo. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização.

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

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o genitor distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Esta notícia, levada ao Poder Judiciário, gera situação das mais delicadas. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio. Mas como o juiz tem a obrigação de assegurar proteção integral, reverte a guarda ou suspende as visitas e determina a realização de estudos sociais e psicológicos. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho.

O mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem às vezes durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo.

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas. Deve buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que está frente à síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

É preciso se ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.

A estas questões devem todos estar muito atentos.

¹ A guarda compartilhada disciplinada pela Lei 11.698 de 13 de Junho de 2008

http://www.segs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=7666&Itemid=157, acesso em 6 out. 2008.

² FONTES, Simone Roberta. Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. de setembro de 2008. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/108727/lei-n-11698-08-a-guarda-compartilhada-simone-roberta-fontes>, acesso em 6 out. 2008.

³ BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 06 out. 2008.

⁴ FURTADO, INGRID. *Equilíbrio em família*. Jornal Estado de Minas, Caderno Gerais, 17 ago. 2008, p. 21, 24 e 25.

⁵ BRUNO, Denise Duarte. *Cidadania Concedida – Uma Possibilidade de se Pensar sob o Enfoque Social do Vampirismo Emocional*. In RBDF nº 24, jun-jul/2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 46.

⁶ BRUNO, Denise Duarte. *Cidadania Concedida – Uma Possibilidade de se Pensar sob o Enfoque Social do Vampirismo Emocional*. In RBDF nº 24, jun-jul/2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 47.

⁷ BRUNO, Denise Duarte. *Cidadania Concedida – Uma Possibilidade de se Pensar sob o Enfoque Social do Vampirismo Emocional*. In RBDF nº 24, jun-jul/2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 46.

⁸ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1984, p. 1.

⁹ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 48.

¹⁰ http://www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_20_2_3_2.html, acesso em 24 jul. 2008.

¹¹ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. *O novo Código Civil do Direito de família*. LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.149

¹² SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. *O novo Código Civil do Direito de família*. LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.151

¹³ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. *O novo Código Civil do Direito de família*. LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.151

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. *Direito à Identidade Genética*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3, 2002, Belo Horizonte. *Família e Cidadania, o Novo CCB e a Vacatio legis*. Anais... . Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 379.

¹⁵ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 27.

¹⁶ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral*. In RBDF nº 28, 2005, p. 5.

¹⁷ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral*. In RBDF nº 28, 2005, p. 7.

¹⁸ “O princípio que deve nortear a decisão do juiz e o interesse maior a ser preservado é o bem-estar do infante, não apenas o econômico, mas também o psicossocial, aquele que melhor contempla sua necessidade de viver em ambiente harmonioso, sentindo-se amado e respeitado. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n.º 1.0024.06.252524-1/001. Relator: Desembargador Silas Vieira. Belo Horizonte, MG, 19 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 29 maio 2008.)

- ¹⁹ “Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada quando o casal tem convivência problemática e choques constantes.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0000.00.343058-4/000. Relator: Desembargador Wander Marotta. Belo Horizonte, MG, 7 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 29 maio 2008.).
- ²⁰ “Justifica-se a concessão da guarda à mãe, no interesse do filho menor, na hipótese de pais que residem em cidades distantes, para que se evitem prejuízos à formação do infante”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0521.03.022519-2/001. Relator: Desembargador Fernando Bráulio. Belo Horizonte, MG, 26 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 29 maio 2008)
- ²¹ Art. 15 da Lei. 6.515/77: “Os pais, cuja guarda não estejam consigo, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”
- ²² “A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna, como materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0024.05.887697-5/001. Relator: Desembargador Hyparco Immesi. Belo Horizonte, MG, 9 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 29 maio 2008.)
- ²³ “Torna-se não recomendável autorizar a guarda compartilhada, permanecendo as menores de tenra idade sob a guarda do pai, desde a separação de fato do casal, em virtude de adultério cometido pela genitora daquelas.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0000.00.261535-9/000. Relator: Desembargador Kildare Carvalho. Belo Horizonte, MG, 27 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 29 maio 2008.)
- ²⁴ FONTES, Simone Roberta. Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. de setembro de 2008. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/108727/lei-n-11698-08-a-guarda-compartilhada-simone-roberta-fontes>, acesso em 6 out. 2008.
- ²⁵ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral*. In RBDF nº 28, 2005, p. 15.
- ²⁶ BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 06 out. 2008.
- ²⁷ BARRETO, Elaine Gomes. *Guarda compartilhada*. In MELLO, Cleyson de Moraes. FRAGA, Thelma Araújo Esteves. (Coords.) *Temas polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003, p. 140.
- ²⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. In: SOUZA, Giselle. *A guarda compartilhada*. *Jornal do Commercio: direito e justiça*. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=3144>. Acesso em: 29 de maio 2008.
- ²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. In: SOUZA, Giselle. *A guarda compartilhada*. *Jornal do Commercio: direito e justiça*. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=3144>. Acesso em: 29 de maio 2008.
- ³⁰ CAMPOS, Andrea Almeida. *Justiça: virtude orquestrada pelo afeto*. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=408>>. Acesso em: 29 de maio 2008.
- ³¹ BOFF, Leonardo. *Justiça e cuidado: opostos ou complementares?* In PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ³² PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- ³³ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. *O novo Código Civil do Direito de família*. LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.152
- ³⁴ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 79.
- ³⁵ FONTES, Simone Roberta. Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. de setembro de 2008. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/108727/lei-n-11698-08-a-guarda-compartilhada-simone-roberta-fontes>, acesso em 6 out. 2008.
- ³⁶ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 110.
- ³⁷ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 116.
- ³⁸ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral*. In RBDF nº 28, 2005, p. 7.
- ³⁹ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral*. In RBDF nº 28, 2005, p. 20.
- ⁴⁰ BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 06 out. 2008.
- ⁴¹ BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 06 out. 2008.
- ⁴² BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 06 out. 2008.
- ⁴³ BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada. Primeiras considerações sobre acertos e desacertos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 06 out. 2008.
- ⁴⁴ FONTES, Simone Roberta. Lei nº. 11.698/08: a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. de setembro de 2008. <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/108727/lei-n-11698-08-a-guarda-compartilhada-simone-roberta-fontes>, acesso em 6 out. 2008.
- ⁴⁵ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 31.
- ⁴⁶ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 31.
- ⁴⁷ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 35.
- ⁴⁸ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 35.
- ⁴⁹ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. *O novo Código Civil do Direito de família*. LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.153-154
- ⁵⁰ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 79.
- ⁵¹ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 110.

-
- ⁵² Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 73.
- ⁵³ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 75.
- ⁵⁴ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 29.
- ⁵⁵ BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. In RBDF nº 12, 2002, p. 29.
- ⁵⁶ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 76.
- ⁵⁷ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. *O novo Código Civil do Direito de família*. LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.148
- ⁵⁸ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 48.
- ⁵⁹ Filho, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 77.
- ⁶⁰ NETO, INÁCIO DE CARVALHO. *SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL*. 5ª ED., 2ª TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2004, P. 367.
- ⁶¹ NETO, INÁCIO DE CARVALHO. *SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL*. 5ª ED., 2ª TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2004, P. 371.
- ⁶² NETO, INÁCIO DE CARVALHO. *SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL*. 5ª ED., 2ª TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2004, P. 373.
- ⁶³ NETO, INÁCIO DE CARVALHO. *SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL*. 5ª ED., 2ª TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2004, P. 374.
- ⁶⁴ NETO, INÁCIO DE CARVALHO. *SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL*. 5ª ED., 2ª TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2004, P. 375.
- ⁶⁵ NETO, INÁCIO DE CARVALHO. *SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: TEORIA E PRÁTICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL*. 5ª ED., 2ª TIR. CURITIBA: JURUÁ, 2004, P. 375.
- ⁶⁶ Enunciado 112 aprovado nas Comissões de Trabalho da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal formada por Gustavo Tepedino, Presidente, Luiz Edson Fachin, Relator, et al. 12/09/02 (<http://www.cjf.gov.br>)
- ⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02 ago. 2006.
- ⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 107-108.
- ⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 107-108.
- ⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02 ago. 2006.
- ⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 108-109.

- ⁷² FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321.
- ⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 108-109.
- ⁷⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.444.
- ⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 109.
- ⁷⁶ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 256.
- ⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 110.
- ⁷⁸ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 257.
- ⁷⁹ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 258.
- ⁸⁰ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 258.
- ⁸¹ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 258.
- ⁸² LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 258.
- ⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 110.
- ⁸⁴ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. In: CAMBLER, Everaldo (Coord.). *Curso avançado de Direito Civil – Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 258-259.
- ⁸⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.445.
- ⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02 ago. 2006.
- ⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 112.
- ⁸⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.447.
- ⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02 ago. 2006.
- ⁹⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.448.
- ⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 112.
- ⁹² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.449.

- ⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 112-113.
- ⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 112-113.
- ⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 112-113.
- ⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 112-113.
- ⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 113.
- ⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 114.
- ⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 114.
- ¹⁰⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1.450.
- ¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02 ago. 2006.
- ¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas. Direito de Família*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.
- ¹⁰³ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Novo Código Civil Comentado*. p. 1.497.
- ¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas*. v. 2, p. 111.
- ¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.111
- ¹⁰⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 406/407
- ¹⁰⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 408.
- ¹⁰⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 408.
- ¹⁰⁹ LOURES, José Costa. e GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 733/734
- ¹¹⁰ LOURES, José Costa. e GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 733/734
- ¹¹¹ FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 309-333.
- ¹¹² TAVARES, Daniela Faria. *O novo Código Civil do Direito de família*. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 381-382
- ¹¹³ TAVARES, Daniela Faria. *O novo Código Civil do Direito de família*. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 381-382
- ¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito de Família*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.111
- ¹¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de família - Com anotações ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, p. 409-410.
- ¹¹⁶ LOURES, José Costa. e GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 736.
- ¹¹⁷ LOURES, José Costa. e GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 736.
- ¹¹⁸ LOURES, José Costa. e GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 736.
- ¹¹⁹ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. In: FIUZA, Ricardo (Coord.) *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1500.
- ¹²⁰ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. In: FIUZA, Ricardo (Coord.) *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1500.
- ¹²¹ TAVARES, Daniela Faria. *O novo Código Civil do Direito de família*. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 385
- ¹²² CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érica Harumi. *Código Civil novo, comparado e comentado – Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2002, v. 6, p. 222.
- ¹²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 589.
- ¹²⁴ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Novo Código Civil Comentado*. p. 1.00-1.01.
- ¹²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 6, p. 409-410.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 145.

¹²⁷ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Novo Código Civil Comentado*. p. 1.500-1.501.

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. p. 567.

¹²⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 6, p. 409-410.

¹³⁰ FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 333.

¹³¹ “Bens de menores. Atos de disposição dos pais. Limites. Os pais tem amplos poderes para administrar o patrimônio de seus filhos menores não emancipados, que, contudo, não são ilimitados, visto que a lei veda-lhes não só o direito de alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais os bens imóveis que o compõem, como também o de contrair, em nome deles, obrigações que venham a ultrapassar os limites da simples administração”. (TJSP, AI nº 164.516-4/7-00, Rel. Des. Munhoz Soares, j. 5/10/00, 6ª Câmara de Direito Privado, v.u., COAD nº 97310, *Jurisprudência*, Informativo Semanal 22/2001, 348 p.)

¹³² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 6, p. 408.

¹³³ LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. p. 734-735.

¹³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de Família e o novo Código Civil*. p. 145.

¹³⁵ FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 333-334.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas*. v. 2, p. 111.

¹³⁷ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Novo Código Civil Comentado*. p. 1.499-1.500.

¹³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. p. 568.

¹³⁹ <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>