



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JÉSSICA SANTOS MACHADO

O PODER FAMILIAR E A GUARDA COMO INSTITUTOS DE PROTEÇÃO
À PESSOA DOS FILHOS

SOUSA - PB
2011

JÉSSICA SANTOS MACHADO

O PODER FAMILIAR E A GUARDA COMO INSTITUTOS DE PROTEÇÃO
À PESSOA DOS FILHOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge de Oliveira.

SOUSA - PB
2011



M149p

Machado, Jéssica Santos.

O poder familiar e a guarda como institutos de proteção à pessoa dos filhos. / Jéssica Santos Machado. - Sousa- PB: [s.n], 2011.

65 f.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Jorge de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Poder familiar. 2. Poder pátrio. 3. Direito de Família. 4. Proteção de filhos. 5. Tutela de filhos menores. 6. Constituição e família. 7. Estatuta da Criança e do Adolescente – Direito de guarda. 8. Guarda compartilhada. I. Oliveira, Eduardo Jorge de. II Título.

CDU: 347.634(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JÉSSICA SANTOS MACHADO

O PODER FAMILIAR E A GUARDA COMO INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À
PESSOA DOS FILHOS

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Eduardo Jorge de Oliveira

Examinador interno

Examinador externo

Dedico a Deus, razão do meu viver e
presença constante em minha vida.
Aos meus pais, André e Eliete, pela força
e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão de todas as minhas conquistas, fonte de toda sabedoria. Pela presença constante em todos os atos da minha árdua caminhada. Obrigada Senhor por toda força, que tanto necessitei nos momentos difíceis, por todas as pessoas maravilhosas que colocaste na minha vida durante este curso.

Aos meus pais, por todo o amor, dedicação, compreensão, apoio, paciência e por me incentivar em todas as decisões. Muito Obrigada por tudo.

Aos meus queridos irmãos, por toda a torcida, incentivo, carinho, pela certeza do amor recíproco.

A todos os meus familiares, pela torcida, força, carinho e orgulho que demonstram sentir por mim.

Aos meus amigos de Uibaí, pela amizade, presença e carinho.

Aos amigos que fiz em Sousa, obrigada pela oportunidade de ter conhecido cada um de vocês, foram cinco anos de minha vida, onde vivi momentos ímpares. Obrigada meus amigos pela amizade, conselhos, carinho pela presença nos momentos alegres e tristes. Sentirei saudade. Amo todos vocês.

Ao meu orientador Eduardo Jorge que me concedeu a graça de conhecer, por toda dedicação, empenho, sabedoria, disponibilidade ao me orientar neste trabalho.

A minha turma, em especial ao nosso grupo, por todos os momentos felizes.

Aos meus professores, queridos mestres, que desde as primeiras letras, passando pelo ensino médio até a graduação colaboraram para a minha formação acadêmica. Carregarei para sempre os vossos ensinamentos, bons conselhos e incentivo.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que eu encerrasse esta etapa da minha vida, a minha mais sincera gratidão.

“O futuro depende, em grande parte, da família, leva consigo o porvir mesmo da sociedade; seu papel especialíssimo é o de contribuir eficazmente com um futuro de paz”.

(Papa João Paulo II)

RESUMO

O Estado Brasileiro, na Constituição de 1988, reconheceu a população infanto-juvenil como sujeitos de direitos e a necessidade de garantir-lhes uma integral proteção. Essa proteção especial representa a garantia de que crianças e adolescentes estarão a salvo de tudo que possa por em risco o pleno e saudável desenvolvimento de sua personalidade. Representa também a preservação de toda a gama de direitos fundamentais estatuídos na Constituição. A família tem papel de destaque no processo de desenvolvimento da personalidade do indivíduo e de garantia dos direitos do menor. No entanto, serão os pais, dentre todos os membros do grupo familiar, os principais responsáveis pela efetivação dessa proteção integral aos menores. Para cumprir essa missão o Estado conferiu aos pais o exercício do poder familiar e de todos os seus atributos, inclusive a guarda. Tais institutos devem ser exercidos de modo a atender ao princípio do melhor interesse dos menores consagrado pelo texto constitucional de 1988. A proteção aos menores deve ser a mesma quando os seus pais não estiverem mais juntos. Por essa razão é importante buscar meios para que os pais desunidos continuem exercendo a parentalidade em igualdade de condições. O modelo compartilhado de guarda é o mais adequado para atingir essa finalidade, mas ainda que não haja condições para a sua aplicação é fundamental que o arranjo adotado proporcione a manutenção da presença de ambos os genitores na vida dos filhos, uma situação que, indubitavelmente, favorece a formação equilibrada dos filhos. Neste trabalho o que se defende é a aplicação do poder familiar e da guarda de modo que estes possam cumprir seu papel de institutos destinados à proteção à pessoa dos filhos, conforme determinado no texto constitucional.

Palavras-chave: 1. Proteção integral. 2. Melhor interesse do menor. 3. Poder familiar

ABSTRACT

The Brazilian State, in 1988 Constitution, recognized the young population as persons who have rights and it still recognized the need to provide them full protection. This special protection ensures that children and teenagers will be safe from anything that might jeopardize the complete and healthy development of their personality. It represents preservation of all fundamental rights from the Constitution. The family has an important role in development process of the personality's person and the family must ensure the children's rights. However, parents will be among all members of the family group, the main responsible for the execution of full protection to minors. To accomplish this mission, the state gave parents the exercise of family power and all its attributes, including the warden. These institutes should be exercised in order to attend the principle of best interests of children established in the Constitution of 1988. The protection of minors should be the same when their parents are not together anymore. For this reason it is important to search ways for parents continue exercising parenting disunited on equal terms. The joint custody is the most suitable to achieve this purpose, if there are no conditions for its implementation, is essential that the arrangement adopted provides the continued presence of both parents in the lives of children, a situation that undoubtedly favors a balanced formation of the children. In this work is advocated the application of power family about warden because like this, they can fulfill their role of institutions intended to protect the children, as determined by the constitutional text.

Keys words: 1 Full protection. 2. Best interests of the child. 3. Family power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA, DO PODER FAMILIAR E DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	12
3 CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA	18
3.1 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO: DO ABSTENCIONISMO AO INTERVENCIÓNISMO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	18
3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	22
4 INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS NA DOUTRINA CIVIL	34
4.1 O PODER FAMILIAR	34
4.2 A GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	43
4.3 A GUARDA NA LEGISLAÇÃO CIVIL	47
4.4 A GUARDA COMPARTILHADA	52
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Até o início do século passado a família tinha um sentido mais patrimonialista do que emocional, caracterizando-se, ainda, por ser patriarcal, centralizada e hierarquizada. O surgimento de uma família era menos decorrente de fatores afetivos do que de questões econômicas. A partir da segunda metade do século XX, esse modelo patrimonialista sofreu uma ruptura e a família ganhou um significado mais afetivo, sendo elevada à condição de núcleo, no qual o indivíduo desenvolverá os aspectos mais relevantes de sua existência.

As crianças e adolescentes sofreram o impacto positivo dessa transformação. Foi reconhecida sua condição de sujeitos de direitos e de seres humanos em fase de formação, merecedores, portanto, de proteção especial, a qual se justifica por serem a infância e a adolescência as fases mais importantes do desenvolvimento humano, pois é nesse momento que o indivíduo estabelece as bases para a formação de sua personalidade, o que determinará se ele será ou não um adulto psicologicamente equilibrado.

No Brasil, a partir da década de 1980, se intensificaram os debates acerca da necessidade de proteção da população infanto-juvenil que culminaram na adoção da doutrina da proteção integral insculpida no texto constitucional de 1988. Em consonância com essas novas concepções, a Nova Constituição concedeu uma tutela especial à infância e à juventude, garantindo a proteção integral e o atendimento do superior interesse dos menores.

O texto constitucional criou uma verdadeira rede de proteção envolvendo a família, o Estado e a sociedade na missão de assegurar às crianças e adolescentes direitos como a vida, a saúde, a alimentação, a educação e o lazer.

A família e os pais, em especial, têm papel de destaque para a efetivação dos direitos do menor. A família deve ser o espaço no qual as crianças e adolescentes possam desenvolver a sua personalidade com dignidade, servindo, assim, de base para alcançar a felicidade. Os pais deverão proporcionar a realização de todas as necessidades dos filhos, tornando-os capazes de viver em sociedade, de forma construtiva e saudável.

A consagração dos princípios da proteção integral e da supremacia do interesse das crianças e adolescentes se refletiu em todo o ordenamento jurídico. Isso impôs uma reinterpretação dos institutos de proteção à pessoa dos filhos. Estes institutos que antes existiam em função dos genitores, hoje devem ser aplicados em função e no interesse dos menores.

O direito atual conferiu aos pais o exercício do poder familiar e de todos os seus atributos, inclusive a guarda, como forma de efetivar os direitos à assistência, à criação e à educação dos menores. O poder familiar e a guarda são, assim, instrumentos voltados para a proteção do bem-estar e pleno desenvolvimento das faculdades físicas, psíquicas e emocionais das crianças e adolescentes.

A ruptura do vínculo conjugal não pode se configurar em ameaça ao pleno desenvolvimento dos filhos. A doutrina da proteção integral da pessoa do menor impõe que, mesmo após a separação, os pais devem criar condições para que a criança e o adolescente possam desenvolver a maturidade e o discernimento necessários para a vida adulta.

Este trabalho tem por objetivo exatamente analisar a evolução do poder familiar e da guarda no direito brasileiro até se tornarem institutos de proteção à pessoa dos filhos.

O primeiro capítulo trata-se da evolução da família no Brasil e da disciplina normativa do poder familiar e da guarda na legislação pátria, que tem início nas Ordenações do Reino e culmina no Código Civil de 2002 com redação alterada pela Lei 11.698/08.

O segundo capítulo trata da abordagem constitucional da família no Brasil, incluindo aí o estudo acerca dos princípios estatuidos pela Constituição Federal de 1988 com incidência nas relações familiares e seus reflexos na interpretação dos institutos jurídicos do poder familiar e da guarda, relacionados à proteção dos filhos por seus genitores.

O terceiro capítulo traz um estudo acerca da disciplina normativa atual do poder familiar e da guarda e a necessidade da aplicação desses institutos em consonância com os princípios do melhor interesse do menor. Neste capítulo, os institutos são abordados separadamente em diferentes seções a fim de mostrar os aspectos mais relevantes trazidos pela norma pela doutrina. O capítulo se encerra com um estudo acerca da guarda compartilhada, um instituto que tem ganhado

destaque por ser um largo passo para a efetivação do princípio do melhor interesse do menor quando se quebra o liame conjugal.

Por fim, o que se defende no presente trabalho é, justamente, a aplicação dos institutos de proteção à pessoa dos filhos, sempre de modo a atender o melhor interesse das crianças e adolescentes.

2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA, DO PODER FAMILIAR E DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Brasil herdou o modelo português de família patriarcal, no qual esposa, filhos e escravos estavam sujeitos ao poder do *pater familias*. O homem assumia o papel de autoridade e se colocava numa posição hierarquicamente superior aos demais membros da família. As relações familiares pautavam-se no poder e não no afeto entre os membros. Esse modelo de família se fez refletir na legislação civil pátria desde o período de Colônia, seguindo durante o Império e perdurando até meados do século XX.

As Ordenações do Reino do rei Felipe I, que passaram a vigorar no Brasil a partir de 1583, marcaram o primeiro período. Suas normas elevavam o pai à categoria de chefe de família e detentor exclusivo do chamado pátrio poder. Nem mesmo com a morte do marido a mulher poderia exercê-lo. Nessa época, o poder do *pater familias* era absoluto e, com relação aos filhos, perdurava até mesmo após a maioridade. Somente com a edição da resolução de 31 de outubro de 1831, o marco da maioridade aos vinte e um anos passou a garantir a aquisição da capacidade civil absoluta.

O Código Civil de 1916 (Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916) manteve as bases patriarcais, assim, o genitor varão permanecia como único detentor do pátrio poder. Contudo, já trazia algum abrandamento. Em seu art. 393, por exemplo, estabelecia que o marido exerceria o pátrio poder como chefe de família, mas que, em caso de falta ou impedimento do mesmo, caberia à mulher o seu exercício pelo menos enquanto permanecesse viúva.

Somente com a edição Lei n. 4.212 de 27 de agosto de 1962, conhecido como Estatuto da Mulher Casada, e posteriormente com a Lei do Divórcio, Lei n. 6.515/77, ocorreram as primeiras mudanças na legislação, que permitiram o abrandamento do instituto do pátrio poder, o qual foi finalmente extinto com a vigência do Código Civil de 2002, dando lugar a um modelo em consonância com a doutrina da proteção integral, adotada pelo direito pátrio a partir da Constituição de 1988.

Uma das modificações mais importantes trazidas pelo Estatuto da Mulher Casada foi a instituição do exercício conjunto, embora não igualitário, do pátrio poder por ambos os pais. Modificando o artigo 380 do Código Civil de 1916, o referido diploma legal atribuía ao pai o exercício do pátrio poder, enquanto à mulher caberia a colaboração. Determinava, ainda que, caso a mãe discordasse de uma decisão adotada pelo pai a respeito de assuntos que envolvessem a prole, esta poderia ir a juízo para dirimir o conflito. Outra importante inovação foi a alteração do outrora citado artigo 393 do Código Civil de 1916, o qual passou a estabelecer que, caso a mulher contraísse novas núpcias, esta não perderia seus direitos sobre a prole do casamento anterior.

À Lei do Divórcio coube estabelecer as regras a respeito da proteção da prole, após a ruptura da estrutura familiar que vigoraram até a edição do Código Civil de 2002. Antes, porém, de adentrar nas disposições trazidas pelo referido diploma legal a respeito da guarda de filhos, após a dissolução do casamento, cabe apresentar uma breve evolução do estatuto da guarda na legislação pátria.

A guarda, um dos componentes do outrora pátrio poder e atualmente do poder familiar, ambos disciplinados pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, não é nenhuma novidade no ordenamento brasileiro. O estudo acerca deste instituto, aliás, só ganha relevância quando ocorre o fim do vínculo parental ou quando se coloca o menor em família substituta.

A primeira disposição normativa a respeito da guarda de filhos de pais separados de que se tem notícia, foi disciplinada pelo Decreto n. 181 de 1890. O artigo 90 do citado diploma normativo dispunha que, havendo o divórcio do casal, os filhos comuns e menores seriam entregues ao cônjuge inocente e ao culpado caberia o dever de concorrer para a educação deles por meio de uma cota fixada pelo juiz. Estabelecia, também, que o marido deveria manter uma contribuição para sustentação da mulher, se esta fosse inocente e pobre.

A Lei 3.071/16 ou, simplesmente, Código Civil de 1916, estabeleceu diferenças entre as hipóteses de dissolução amigável e judicial do casamento. No primeiro caso, deveria ser observado o acordo de vontades entre os cônjuges a respeito da guarda dos filhos. Contudo, havendo dissolução judicial, o cônjuge inocente ficaria com a prole. Se ambos fossem culpados, a mãe ficaria com a guarda

das filhas, enquanto estas fossem menores, e dos filhos até que completassem seis anos de idade; a partir de então, a guarda dos filhos varões competiria ao pai.

O Decreto Lei 3.200/41, ao dispor sobre a guarda dos filhos naturais, estabeleceu que os mesmos deveriam ficar com o progenitor que os reconhecessem como filhos. Contudo, se ambos os pais o reconhecessem, o filho deveria ficar sob os cuidados do pai. Já o Decreto Lei 9.704/46, assegurou aos pais o direito de visita em caso de desquite judicial.

O Estatuto da Mulher Casada, por sua vez, ao disciplinar a guarda dos filhos modificou algumas disposições do Código Civil de 1916. Ao tratar sobre a dissolução litigiosa, abandonou a outorga da guarda pautada na distinção de sexo e idade dos menores, outrora feita pelo código civil da época. Assim, de acordo com a nova disciplina, caso ambos os cônjuges fossem culpados pela separação, a mãe ficaria com a prole, salvo disposição em contrário do magistrado. Caso o magistrado verificasse que nem o pai nem a mãe deveriam ficar com os filhos, poderia deferir a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos genitores.

Em 1977 é promulgada a Lei 6.515, chamada Lei do Divórcio. O referido diploma legal, assim como o Estatuto da Mulher Casada, apresentou algumas modificações e manteve algumas das regras presentes nos artigos do Código de 1916 que disciplinavam a proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal.

Em seus artigos, a Lei do Divórcio reafirmou a autonomia dos pais para decidirem de comum acordo acerca do exercício da guarda no caso de dissolução da sociedade conjugal, reiterando, assim, o que já havia sido estabelecido pelo Código Civil de 1916. Para os casos de dissolução não consensual estabeleceu critérios de diferenciação na fixação da guarda, de acordo com as peculiaridades de cada espécie de separação litigiosa. Assim, em casos de separação baseada na culpa de um dos cônjuges, por violação dos deveres maritais ou, simplesmente, separação sanção, os filhos deveriam ficar com aquele que não havia dado causa à separação. Em caso de culpa recíproca, os filhos menores deveriam ficar com a mãe, exceto se o magistrado entendesse que essa decisão causaria prejuízo aos menores. Neste caso, a guarda seria deferida ao pai ou à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges.

A imputação de culpa como causa da separação não poderia ser exigida em todos os casos, como, por exemplo, na chamada separação-remédio, ou seja,

quando um dos cônjuges pedia a separação judicial caso o outro estivesse acometido de grave doença mental manifestada após o casamento e que tornasse impossível a continuação da vida em comum. Para estes casos, a Lei do Divórcio estabelecia que o juiz deveria deferir a guarda ao cônjuge que tivesse em condições de assumir a responsabilidade pela guarda e educação dos filhos.

Por fim, em caso de separação falcência, ou seja, quando os cônjuges estivessem separados de fato, há mais de cinco anos, os filhos deveriam permanecer com aquele em cuja companhia estavam durante a ruptura da vida em comum.

Por muito tempo, o homem foi a figura dominante na família. Com monopólio e autoridade incontestada, comandava o lar e concentrava em suas mãos o poder sobre os filhos, enquanto para a mulher restava apenas o controle sobre os afazeres domésticos. Todos estavam a ele subordinados.

A partir da década de 1950, passaram a ocorrer as primeiras alterações legislativas no direito de família em prol das mulheres, mas foi a década de 1970 que representou um período de mudanças significativas. O Estatuto da Mulher Casada e a Lei do divórcio são um reflexo dessas mudanças. O primeiro retirou a mulher da condição de subalternidade jurídica em que se encontrava, e a segunda assegurou aos ex-cônjuges a possibilidade de constituírem novas famílias casando-se com outros parceiros. Com as mulheres conquistando o espaço público, passando a exercer atividades remuneradas, o papel masculino como chefe de família foi sendo reduzido. O patriarcalismo foi perdendo espaço à mesma medida que suas bases, como o pátrio poder exercido com exclusividade e o poder marital começavam a ruir.

Com a Constituição Federal de 1988, consumou-se o fim da longa história de desigualdade jurídica na família brasileira, uma vez que se consagrou a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal bem como em relação ao poder parental. A família tipicamente patriarcal e com fundamento na autoridade masculina passou a dar lugar a uma família em que a relação entre os cônjuges e entre estes e seus filhos são fundadas no afeto.

A família passou a assumir sua mais importante função, a saber, a de servir como comunidade de laços afetivos e amorosos em perfeita união e de ser o lugar em que são exaltados, observados e tutelados os interesses e direitos fundamentais dos membros do grupo familiar.

No sentido de proteger os membros mais vulneráveis do grupo familiar em razão da sua imaturidade para lidar com os assuntos da vida e dependência dos adultos, a Constituição consagrou os princípios da proteção integral e do superior interesse das crianças e adolescentes. Impôs à família, em especial aos pais, o dever de garantir a educação, a saúde, o lazer, a convivência familiar, enfim, a gama de direitos fundamentais destinados à proteção do pleno e saudável desenvolvimento físico, psíquico e emocional dessas pessoas em formação.

Em verdade, os pais são os principais agentes para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos às pessoas em desenvolvimento. Por isso, é fundamental que, no exercício dos poderes conferidos por lei para o exercício da parentalidade, os genitores ajam sempre em prol dos interesses dos filhos.

Essa mudança de paradigma em relação à entidade familiar se fez refletir na questão do poder familiar e da guarda dos filhos. Com o advento do novo Código Civil de 2002, Lei 10.406/02, os pais passaram a exercer em igualdade de condições os direitos e deveres parentais. Tanto o pai quanto a mãe devem participar do processo educacional dos filhos a fim de que estes possam alcançar a plenitude na formação. Essa exigência permanece após a separação. O fim do envolvimento entre o casal não pode se refletir na relação entre pais e filhos, pois o vínculo e a convivência entre estes devem ser mantidos, sob pena de causar danos aos menores.

Em relação à guarda de filhos, o Novel Código Civil pôs fim à culpa dos cônjuges como critério para determinar o destino dos filhos após a separação. A partir daí, o exercício da guarda passou a ser deferido àquele que pudesse oferecer as melhores condições para a criação e desenvolvimento do menor, oferecendo-lhe um ambiente familiar adequado para tanto. Com essa nova forma de disciplinar a guarda, o legislador pretendeu eliminar as infundáveis discussões que permeavam o processo da mesma, entretanto, apesar da intenção do legislador, o fato é que as discussões nos processos de guarda continuaram.

Embora não se buscasse mais determinar um culpado pela separação para determinar o destino dos filhos, passou-se a discutir sobre qual dos genitores seria o mais apto a cumprir essa missão. Não raramente se via um embate em que os genitores desprestigiavam um ao outro para obter a guarda do filho. O maior prejudicado nesta situação era o próprio filho que se tornava um objeto de disputa

dos pais. Uma disputa, aliás, só servia para acirrar as diferenças entre os ex-cônjuges, tornando pouco provável as chances de o menor manter o convívio com o genitor que não obtivesse a guarda.

A Lei 11.698/08, que trouxe alterações ao Código Civil de 2002, é a mais recente medida legislativa voltada para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. O referido diploma legal deu um passo à frente em favor da efetivação dos princípios da proteção integral e do superior interesse do menor ao positivar a guarda compartilhada no ordenamento pátrio. Isso porque o citado modelo de guarda visa ao exercício conjunto da parentalidade após a separação, possibilitando ao menor conviver com ambos os genitores. Além disso, reduz os conflitos entre eles, fato que propicia o desenvolvimento sadio das faculdades do menor.

A adoção da doutrina da proteção integral pelo constituinte e as recentes alterações legislativas refletem a preocupação em se garantir cada vez mais o atendimento dos direitos do menor no seio da família, em especial daqueles cujos pais não se encontram mais juntos. No entanto, a adequação legislativa ao texto constitucional não é suficiente para a efetivação desse direito. Faz-se necessária a adoção de medidas concretas para garantir esse atendimento ao superior interesse dos filhos menores. É importante que o aplicador do direito assumira esse compromisso ao decidir questões que envolvam pais e filhos, sobretudo, nas lides que envolvam a discussão sobre a guarda.

3 CONSTITUIÇÃO E FAMÍLIA

Realizar-se-á preliminarmente algumas considerações acerca da instituição familiar enfocando o seu caráter fundamental para a existência e desenvolvimento do Estado. Para tanto, será feita uma abordagem da sua evolução histórica, sendo posteriormente analisados os princípios norteadores do Direito de Família.

3.1 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO: DO ABSTENCIONISMO AO INTERVENCIONISMO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Segundo BONAVIDES (2006, p. 228-229), o ocidente assistiu, no transcorrer do século XVIII até o início do século XX, ao apogeu do liberalismo. Esse modelo de pensamento filosófico tinha como pilares, a defesa da liberdade e da não intervenção do Estado nas relações sociais. Essa forma de pensar deu origem à forma de Estado, denominada Estado Liberal, que se caracterizou pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas.

De modo a coadunarem-se à ideologia do não intervencionismo, os Estados Liberais adotaram um sistema jurídico rígido e determinado. Essas normas se caracterizavam, assim, pela técnica legislativa fechada, a qual procura dar enorme previsibilidade às conseqüências jurídicas dos atos praticados, limitando a interpretação, por parte do aplicador, de forma quase absoluta. Os textos constitucionais se dirigiam apenas ao Estado e pouco ou nada dispunham acerca das relações privadas. Essa ideologia acabou por se refletir nos ordenamentos jurídicos e, no Brasil, isso não foi diferente.

De acordo com Silveira (2011), as Constituições Federais Brasileiras, dos anos de 1824, 1831 e 1891 reproduziram essa ideologia liberalista, conservando em seu texto características individualistas, próprias da sua época, não tutelando as relações familiares. A primeira destas constituições sequer fazia qualquer menção à

família. Já a Constituição de 1831 apenas passou a reconhecer o casamento civil, como única forma válida, perante o direito, para a constituição de uma família.

Quanto à Constituição Republicana de 1891, esta também trouxe um capítulo acerca da família. Assim como sua antecessora, retirou da Igreja Católica o controle sobre o instituto jurídico do casamento, reiterando que o único ato jurídico válido para a constituição de uma família seria o casamento civil.

Tanto a Constituição de 1831 quanto a de 1891, no que tange ao tratamento de temas concernentes às relações privadas, apenas restringiram o direito canônico, retirando da Igreja Católica seu poder jurídico. Contudo, não abordaram questões sociais, tampouco se preocuparam em dar um tratamento mais profundo ao tema da família.

Ocorre que esse abstencionismo do Poder Público na esfera privada deu margem a uma situação de imenso desequilíbrio nas relações privadas, o fraco sobrepujado pelo mais forte. Tal fato impôs ao Estado a necessidade de o mesmo rever seu papel perante a sociedade.

Foi durante o século XX, que emergiu o Estado caracterizado pelo intervencionismo e comprometido em equilibrar a balança, promovendo a igualdade nas relações privadas.

Conforme ensina Lôbo (2010, p. 20) a partir do advento do Estado Social, os textos das constituições passaram a tratar de temas sociais de grande relevância, incluindo a família. Aos poucos, a evolução constitucional permitiu a redução do poder marital e paterno, assegurando de forma crescente a igualdade e a liberdade no seio da família.

A Constituição de 1934 é um retrato dessas mudanças, refletindo um momento de transição do liberalismo para o intervencionismo do Estado. Em seu texto, dedica um capítulo à família, dando a esta a especial proteção do Estado, o que permaneceu como objeto dos textos das constitucionais subsequentes. O tratamento dado à família por esta constituição era conservadorista, mantenedora do dogma da indissolubilidade do casamento. A família como instituição era merecedora da proteção do Estado, contudo os seus membros estavam submetidos a regras que impunham a convivência, ainda que esta fosse prejudicial ao casal. O texto constitucional preocupou-se mais com os aspectos formais concernentes à família do que com sua substância.

A Constituição de 1937, considerando o fato de que fora outorgada pela mesma autoridade de 1934, não trouxe grandes mudanças no que se refere à família, exceto pelas inovadoras regras de proteção à infância. Estabeleceu como dever dos pais a educação dos filhos, equiparou os filhos naturais aos legítimos e impôs ao Estado a obrigação de tutelar as crianças e adolescentes vítimas de abandono. Quanto às constituições de 1946, 1967 e 1969, estas não trouxeram alteração quanto à matéria de direito de família.

É necessário observar que a simples inclusão, pelos textos constitucionais, de regras relacionadas à proteção da família e de seus membros não são suficientes, se essas normas não puderem se refletir em todo o ordenamento jurídico. Por essa razão, a imposição da interpretação conforme a constituição e a consagração da força normativa dos princípios representam os maiores avanços em prol da efetividade das mudanças promovidas pelas constituições do Estado Social nas relações privadas.

Na época do Estado Liberal, a constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e pelos códigos. Imaginava-se que o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário. Tal preceito tornava o intérprete refém da legislação infraconstitucional, sem se sentir vinculado aos preceitos constitucionais, não podendo reinterpretar e visitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela constituição. O princípio da interpretação conforme a Constituição Federal alterou essa realidade.

A supremacia das normas constitucionais é a presunção de que a constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente, depende da sua adequação ao texto constitucional. A consagração da Supremacia da Constituição sobre as demais normas de um ordenamento jurídico tem como consequência a imposição da interpretação das demais normas jurídicas em conformidade com seu texto. O princípio da interpretação conforme a constituição, desse modo, determina que a lei e seus institutos devem ser interpretados, sempre, a partir da lei maior. Os institutos e normas infraconstitucionais para terem validade devem buscar fundamento no texto constitucional. Essa forma de interpretar as normas jurídicas, sem dúvida, permitiu ao Estado reformar velhos institutos de direito privado, como será visto mais adiante.

A eficácia meramente simbólica dos princípios também frustrava as transformações promovidas pelo Estado nas relações sociais. Isso porque as regras, em razão da sua rigidez, não têm a capacidade de acompanhar as mudanças de uma sociedade cada vez mais dinâmica. O constituinte poderia, assim, estabelecer regras cujo conteúdo se refletiria nas codificações civilistas, mas a sociedade em constante transformação tornaria essas regras ineficazes porque se tornariam obsoletas. Os princípios, por outro lado, em decorrência de sua natureza fluida, lhes permitem um constante diálogo com a realidade. Sua plasticidade possibilita a consonância com circunstâncias fáticas, jurídicas e temporais.

Os princípios constitucionais, considerados como leis das leis, permitem que as demais normas tenham o seu conteúdo constantemente revisado para se adequarem à nova realidade social; daí, a necessidade de dar aos princípios a eficácia de normas. Em razão disso, com o advento do Estado Social, a ordem foi alterada e os princípios assumiram posição de destaque na pirâmide normativa.

A constituição de 1988, em conformidade com a ideologia do Estado Social, adotou essa tese da força normativa dos princípios. Por essa razão, os princípios inovadores consagrados em seu texto, funcionam como verdadeiros alicerces ou vigas-mestras, o que lhes possibilitam irradiar seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 promoveu as mais profundas transformações nas relações familiares, destacando-se como a mais inovadora entre as mais recentes Constituições. Exemplo disso é o reconhecimento e a tutela pelo Estado, não apenas das famílias matrimonializadas, como é comum entre as constituições modernas, mas também daquelas entidades familiares mono parentais ou, ainda, daquelas nascidas de uniões informais. Esta mesma Constituição expandiu a proteção do Estado à família, estatutando princípios e direitos fundamentais que se impõem aos interesses particulares. Permitiu uma ruptura com o modelo de família individualista, patrimonialista, tradicional, patriarcal, conservadora e elitista reinante nos séculos XVIII, XIX e início do século XX.

Seu texto inovador possibilitou uma reformulação do conceito de família, a qual passou a ser compreendida não apenas como um espaço para reprodução e transmissão de patrimônio, mas também como um ambiente essencial para o melhor desenvolvimento e estruturação psíquica e física de todos, em perfeita integração,

comunhão e solidariedade, na busca do ideal de felicidade individual e de bem-estar de todos. A família, assim, assumiu como seu principal papel, a garantia de suporte emocional dos seus membros.

Uma das principais mudanças operadas foi a inserção no texto constitucional de princípios como o da igualdade, em sentido material, de todos os membros da entidade familiar; os princípios objetivos da liberdade, justiça e do solidarismo nas relações familiares; princípio da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar; princípio da paternidade responsável; da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares; princípio do dever de convivência familiar; princípio da isonomia entre os cônjuges.

Por essa razão, é possível afirmar que hoje vigora o modelo de família constitucionalizada, cujos fundamentos são a solidariedade e o respeito à dignidade das pessoas que a integram, os quais se irradiam pelo ordenamento jurídico. É inegável, portanto, o fato de que esses fundamentos constitucionais norteadores das relações familiares, impõem uma interpretação dos institutos e normas infraconstitucionais à luz dos direitos.

3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A juridicidade dos princípios passou por várias interpretações ao longo da história do Direito, tendo percorrido uma fase de irrelevância jurídica até se tornarem fonte primária de normatividade, alcançando, assim, a supremacia entre as normas jurídicas. Segundo Bonavides (2006, p. 258), a juridicidade dos princípios passou por três fases: a jus naturalista, a positivista e a pós-positivista, que é a fase na qual se encontra atualmente.

A primeira dessas fases, a jus naturalista, foi marcada pela irrelevância jurídica dos princípios. Estes pertenciam ao campo filosófico e serviam para fundamentar os ideais de justiça, contudo não possuíam qualquer aplicabilidade no campo jurídico.

A segunda fase da juridicidade dos princípios ocorreu durante a vigência das constituições e codificações liberais. Nesta fase, os princípios foram inseridos nos códigos, sendo positivados no ordenamento jurídico, entretanto eram meros coadjuvantes no rol de fontes normativas. Aos princípios, cabia apenas o papel de fonte normativa subsidiária, servindo como instrumento para preencher as lacunas da norma.

Essa subsidiariedade dos princípios pode ser notada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual determina ao juiz, ao decidir o caso concreto, a aplicação dos princípios para preencher a lacuna na lei. Os princípios, assim, eram considerados apenas um elemento integrador da lei, como a analogia e os bons costumes o são.

Essa limitação à normatividade dos princípios relaciona-se à crença liberal de que o Estado seria um alzo da liberdade individual, razão pela qual, qualquer medida aplicada pelo Poder Público deveria estar fulcrada na idéia de taxatividade e legalidade, como forma de resguardar preliminarmente a liberdade e os demais direitos fundamentais dos indivíduos. Ocorre que, com o advento do Estado Social, essa percepção mudou. O Poder Público passou a ser protetor dos vulneráveis e encontrou na normatização dos princípios a força jurídica necessária para efetivar essa proteção.

O advento do Estado Social marca, assim, a terceira fase da juridicidade dos princípios, o pós-positivismo, o qual corresponde ao grande momento do constitucionalismo ocorrido nas últimas décadas do século XX. A partir desse período, as Constituições promulgadas passaram a inserir nos seus textos os princípios, convertendo-os em pedestal normativo sobre o qual se assenta o edifício jurídico dos ordenamentos jurídicos.

De antiga fonte subsidiária de segundo grau dos códigos, os princípios passaram a figurar ao lado das regras como fontes normativas primárias. A doutrina constitucionalista passou a defender, então, a tese da bidimensionalidade do sistema jurídico. As normas primárias passaram a ser divididas em regras e princípios.

As regras são espécies de normas que se caracterizam por sua clareza e por sua capacidade de aplicação imediata. São aplicadas por meio da subsunção, ou seja, com a concretização das hipóteses descritas na norma à realidade dos fatos.

Quanto a sua aplicação, as regras jurídicas não admitem ponderação. Diante do caso concreto, uma regra exclui a outra, assim, elas valem ou não valem diante de uma hipótese. Sua forma de incidência é do tipo “tudo ou nada”.

Segundo lição de Humberto Ávila (2008, p. 78):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Já, os princípios, conforme leciona Dias (2006, p. 48) são normas jurídicas que se distinguem das regras em razão do seu alto grau de generalidade e abstração, o que os torna conceitualmente vagos, indeterminados, exigindo, por isso, um maior trabalho do intérprete no momento da sua aplicação. Ao contrário das regras, os princípios coexistem em caso de colisão, vez que a eles se aplica o juízo de ponderação, pelo qual o aplicador do direito irá estabelecer qual princípio tem mais “peso” diante do caso concreto.

Por sua fluidez e plasticidade típicas, os princípios se adaptam com maior facilidade às mudanças ocorridas na sociedade do que as regras, tornando maior a probabilidade de sua eficácia jurídica e social. Por possuírem tais características, os princípios garantem a efetividade das mudanças promovidas pelos textos constitucionais no seio da sociedade. Por essa razão, os princípios foram alçados pelas constituições sociais à posição de alicerce normativo sobre o qual se assenta o ordenamento, passando a orientar a interpretação dos institutos jurídicos.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou a tese da normatividade dos princípios, os quais irradiam seus efeitos por todo o ordenamento e orientam a aplicação dos institutos jurídicos, que devem se adaptar à significação dada a eles pelo texto constitucional. O hoje chamado poder familiar e a guarda de filhos não escaparam dessa influência. Diante dos princípios estatuídos pelo atual texto constitucional, esses institutos ganharam uma nova função, a de proteger os menores.

A dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a convivência familiar, o melhor interesse da criança, a afetividade, a igualdade na chefia familiar e a proteção integral da criança e do adolescente são alguns dos princípios

constitucionais que a doutrina tem reconhecido como aplicáveis às relações familiares e, conseqüentemente, aos institutos acima mencionados.

O texto constitucional consagrou como princípio maior a dignidade da pessoa humana. Segundo Dias (2006, p. 52) a dignidade da pessoa humana “é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio que se irradia sobre todos os demais”.

Não é fácil exprimir o significado do princípio da dignidade da pessoa humana, mas é possível dizer que ele representa a valorização do ser humano e impõe o respeito à pessoa em suas relações intersubjetivas. Esse princípio exige que as pessoas e as comunidades respeitem a liberdade e os direitos dos demais e que estas permitam o resguardo e a promoção dos bens indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

A Constituição Federal de 1988 impôs à entidade familiar, como um espaço comunitário por excelência, o dever de assegurar uma existência digna aos seus membros. É o que se depreende da leitura do § 7º do artigo 226 do texto constitucional, o qual estabelece que a família é a base da sociedade e está fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. A partir da Constituição de 1988, a família deixou, então, de ser simplesmente uma instituição para ser instrumento de estruturação e desenvolvimento dos sujeitos que a integram.

A dignidade das crianças e adolescentes, em razão da vulnerabilidade destes, mereceu especial atenção por parte do constituinte de 1988, o qual determinou que a família deve assegurar, com absoluta prioridade, seu pleno desenvolvimento. A proteção da dignidade de crianças e adolescentes se concretiza pela garantia de direitos como a convivência familiar, seja pelo acolhimento do menor numa família substituta, em caso de orfandade ou abandono, ou mesmo pela simples preservação do convívio com os pais depois da ruptura do vínculo conjugal. Concretiza-se, ainda, pela preservação de sua integridade física e psíquica; pela garantia de acesso à educação e pela proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nem sempre, porém, a família esteve imbuída dessa proteção a todos os seus membros. Na família patriarcal se reconhecia apenas a dignidade do chefe de família, no caso, o pai. Para a mulher e os filhos, subjugados pelo poder marital e paternal, a família não era um espaço voltado para a concretização da dignidade

humana. Contudo, com o advento do Estado Social e sua promoção à tutela dos vulneráveis, ocorreu uma mudança substancial no seio da família. Em seu estágio atual a família se converteu em espaço de solidariedade, de afeto e de realização existencial de cada um de seus membros e de afirmação de suas dignidades.

A solidariedade é outro princípio basilar estatuído pela Constituição de 1988 e está inserido no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. Ao positivar esse princípio e elencá-lo no rol de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal busca implementar uma sociedade mais livre, justa e solidária, o que acaba repercutindo sobre as relações familiares.

Diferentemente do princípio da dignidade humana o qual privilegia o indivíduo, a solidariedade valoriza o caráter de reciprocidade que deve estar presente nas relações humanas. Para Gama (2008, p. 74), o princípio da solidariedade nega o individualismo jurídico marcante no Estado Liberal e na sociedade civil nele inserida e afirma o ideal promovido pelo Estado Social de ajuda mútua que deve reger as relações humanas.

No âmbito das relações familiares, o princípio da solidariedade impõe deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar de consideração e respeito mútuos. A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca entre cônjuges, companheiros e entre pais e filhos.

O texto constitucional, ao estatuir o princípio da solidariedade familiar, se refere, assim, aos vínculos mantidos entre os familiares, em geral, mas se especializam na tutela da relação entre as crianças, adolescentes e seus genitores. O princípio constitucional da solidariedade familiar, nesse sentido, corresponde, segundo Lôbo (2010, p. 57), à exigência de os pais promoverem os cuidados com os filhos até estes atingirem a fase adulta, o que significa que é dever dos genitores mantê-los, instruí-los e garantir-lhes o acesso à educação até que alcancem a plenitude da sua formação social.

O Código Civil de 2002 traz algumas normas em consonância com o princípio da solidariedade familiar, como a do artigo 1513, que tutela a comunhão de vida instituída pela família, a qual só é possível pela cooperação entre seus membros, ou a regra do art. 1630, que disciplina o poder familiar, cujo caráter não é de um poder conferido aos pais, e sim de uma obrigação imposta pelo Estado que deve ser exercida no interesse do menor.

Talvez o instituto civilista, que sofreu maior influência do princípio da solidariedade familiar nos últimos tempos, tenha sido o da guarda de filhos. Antes o Código Civil dava preferência à concessão da guarda individual ou exclusiva a um dos genitores e correspondente direito de visitas ao outro. Essa predileção da norma por um dos pais em detrimento do outro, apenas expressava uma visão individualista, que privilegiava os interesses dos pais separados e conseqüentemente contrariava os interesses dos filhos de continuarem convivendo com ambos os genitores.

Contudo, o princípio da supremacia das normas constitucionais impôs uma adequação da regra disciplinadora da guarda de filhos, constante no Código Civil, ao princípio da solidariedade familiar. Tal fato levou à superação da visão individualista de então e à conseqüente adoção de um modelo de guarda que promovesse a cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho em comum. Foi assim que ganhou importância a guarda compartilhada, a qual foi positivada no Código Civil, e que passou a estimular preferencialmente a aplicação desse modelo e não mais o unilateral.

Além de consagrar princípios gerais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, a Constituição de 1988 estatuiu princípios específicos aplicáveis às relações familiares, como a afetividade, a igualdade na chefia familiar, a proteção integral das crianças e adolescentes, a convivência familiar e o melhor interesse do menor.

A partir da mesma Constituição Federal o afeto passou a ter valor jurídico e apesar de o princípio da afetividade não estar explicitamente previsto, é possível visualizá-lo a partir de normas que têm a afetividade como fundamento, como a que consagra a adoção como escolha afetiva ou a que ressalta a convivência familiar, e não a origem biológica, como prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente.

Segunda a doutrina civilista, o princípio da afetividade é aquele que insere nas relações familiares a noção de respeito e de comunhão. Está diretamente relacionado ao modelo de família contemporânea formada a partir da comunhão de idéias, sentimentos e valores de seus membros e não mais em aspectos econômicos. As famílias se unem hoje pelo amor e não por interesses financeiros.

A afetividade compele as pessoas a se ajudarem mutuamente, a viverem em cooperação, suprimindo as necessidades umas das outras. Nesse sentido, o referido princípio possui profunda ligação com o da solidariedade, o qual, conforme foi dito nas linhas acima, impõe o dever ao respeito e ao cuidado entre os membros do grupo familiar. O afeto caracteriza, assim, a rede familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa.

A afetividade não se extingue com a ruptura do vínculo conjugal, porque o referido princípio não se confunde com o afeto, ou seja, não é fato psicológico, mas sim um dever jurídico imposto aos membros do grupo familiar, ainda que não haja amor entre eles. Isso significa, por exemplo, que, mesmo com o fim do vínculo conjugal, os ex-cônjuges ou ex-companheiros ainda devem manter entre si o respeito mútuo, evitando conflitos. Essa atitude será de grande relevância, sobretudo, se estes tiveram filhos em comum, uma vez que, em razão disso, precisarão manter contato a fim de tomarem decisões acerca da prole.

O princípio da afetividade teve, assim, importante repercussão no tocante à guarda dos filhos. O legislador adequou a aplicação do instituto para que o mesmo estivesse em consonância com o referido princípio. Estabeleceu o afeto como critério para a concessão da guarda unilateral, superando o critério adotado na legislação anterior que privilegiava aquele que não tivesse culpa na separação. Regulamentou a guarda compartilhada, adotando-a como modelo preferencial a ser aplicado em caso de separação dos pais, priorizando um modelo de guarda que valoriza a manutenção da comunhão familiar e promove a superação dos conflitos conjugais em benefício da prole.

A afetividade possui múltiplas funções em relação à família contemporânea. É seu elemento formador, o responsável por manter a estabilidade nas relações entre os membros do grupo familiar e o indicador das melhores soluções em caso de conflito.

O princípio da igualdade na chefia familiar é outro dos princípios constitucionais específicos do direito de família e deriva do princípio da isonomia entre homens e mulheres. Este princípio veda qualquer tipo de tratamento diferenciado ou desequiparações fortuitas ou injustificadas, destituídas de fundamentos razoáveis ou justificados.

Antes o direito brasileiro protegia o modelo de família patriarcal caracterizado pelo predomínio masculino sobre a mulher e os filhos. A norma colocava mulheres, crianças e adolescentes sob o jugo do poder marital e patriarcal respectivamente. O advento da Carta Magna de 1988, entretanto, provocou uma verdadeira revolução nas relações familiares ao consagrar o princípio da igualdade, uma vez que acabou com qualquer distinção ou hierarquia existente entre os membros do grupo familiar.

O texto constitucional afirma a isonomia em várias passagens. Proclama o princípio em seu preâmbulo, estabelece em seu artigo 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e no caput de seu artigo 226 que os mesmos têm iguais direitos em relação à sociedade conjugal. A Constituição Federal, assim, pôs termo há séculos de tratamento diferenciado entre homens e mulheres. Agora não é mais o homem, mas o casal que toma as decisões no âmbito familiar. Segundo Farias (2008, p. 39), a evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homens e mulheres parece decorrer da necessidade de por cobro a um tempo discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher.

O princípio da igualdade, na chefia familiar, que deve ser exercida conjuntamente pelo casal, surge como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.

O princípio em questão revela-se na norma infraconstitucional, a partir da interpretação do artigo 1631 do Código Civil de 2002. A redação do referido artigo estabelece que, durante o casamento ou união estável, o exercício do poder familiar compete a ambos os pais. Isso significa que os pais devem, de forma igualitária, dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los em sua guarda e companhia, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, representá-los até os dezesseis anos e assisti-los após essa idade até atingirem a maior idade, entre outros deveres decorrentes do exercício do poder familiar.

O princípio ora citado determina que homens e mulheres tenham participação igualitária nas decisões concernentes à família e conseqüentemente aos filhos. A partir da consagração do princípio da igualdade na chefia familiar, não é mais possível admitir que a norma infraconstitucional estabeleça critérios que privilegiem um genitor em detrimento do outro na concessão da guarda, como ocorria antes da Constituição Federal de 1988. Aliás, o legislador privilegia o exercício, compartilhado

por entender que este permite o exercício igualitário da chefia, mas, se não for possível, a guarda unilateral deverá ser conferida de forma indistinta a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Tendo sido incorporado ao texto constitucional de 1988 o princípio da proteção a crianças e adolescentes, representa a garantia de que os mesmos estarão protegidos contra toda sorte de situações que possam comprometer o seu pleno desenvolvimento. Por essa razão, o constituinte buscou abarcar todo o complexo de direitos necessários a esse fim, trazendo expresso um rol amplo, porém não exaustivo de direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, ao respeito, à liberdade e à dignidade.

A consagração do referido princípio pela Constituição Federal está relacionada ao reconhecimento dos menores como sujeitos de direitos, em condição de vulnerabilidade e fragilidade decorrentes de sua pouca idade e inexperiência para lidar com os assuntos da vida. Por essa razão, merecem a especial proteção do Estado, da sociedade e da família, os quais devem garantir o seu desenvolvimento saudável.

O princípio da proteção integral da criança e adolescente se desdobra em outros, próprios e especialmente direcionados aos menores, em razão de sua condição específica de pessoa em desenvolvimento, visando, assim, à sua proteção especializada, diferenciada e integral.

A convivência familiar é um desses princípios especializados e está positivado no texto constitucional de 1988, o qual impôs à família, no *caput* de seu artigo 227, o dever de assegurá-la às crianças e adolescentes. O referido princípio significa a relação contínua e duradoura, mantida pelas pessoas pertencentes ao grupo familiar em virtude de laços afetivos. Para crianças e adolescentes, a convivência familiar é fundamental, pois lhes permite encontrar o amparo, o afeto e o cuidado necessários para a sua formação intelectual, física e psíquica.

Segundo Lôbo (2010, p. 68), o princípio em análise não se realiza apenas quando as pessoas compartilham o mesmo espaço físico. Na verdade, o pressuposto da convivência familiar é o relacionamento mantido entre os membros do grupo familiar e não o fato de habitarem na mesma casa. Se assim o fosse, o princípio em questão restaria violado sempre que ocorresse a ruptura do vínculo conjugal, uma vez que o genitor não-guardião acabaria sendo afastado do convívio

com os filhos. Desse modo, ainda que os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com ambos. Esse direito deve ser assegurado tanto na guarda unilateral, ao se possibilitar a visitação ao genitor não-guardião, quanto na guarda compartilhada hipóteses em que os pais devem acordar quanto ao tempo em que cada um ficará com os filhos, de modo que ambos possam participar da vida dos mesmos.

Por fim, o melhor interesse do menor, também é um princípio especialmente voltado para a concretização da proteção integral das crianças e adolescentes. O referido princípio preconiza que os interesses dos menores devem ser priorizados pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração, quanto na aplicação dos direitos que lhes digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoas em desenvolvimento e dotada de dignidade.

O princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes promoveu uma completa inversão de prioridades nas relações entre pais e filhos. Antes o menor era relegado a um plano inferior estando sujeito aos mandos e desmandos de seus pais, uma vez que o pátrio poder existia em função destes. Conforme ensina LÔBO (2010, p. 70), na separação dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante. O menor era destinado como um prêmio para o cônjuge considerado inocente na separação, não importava se era melhor para a criança ou adolescente estar com aquele.

Hoje, porém, os menores são concebidos como sujeitos de direitos e não como meros objetos de intervenção familiar. Em razão disso, o poder familiar é concedido aos pais para que estes o exerçam em função e no interesse dos filhos. Ao conceder o poder familiar, o Estado impôs aos genitores um complexo de deveres e a incumbência de proporcionar a realização de todas as necessidades dos menores garantindo seu bem-estar.

O princípio do melhor interesse do menor implica que qualquer decisão deve ser tomada considerando o que for melhor para a criança ou o adolescente, inclusive as relacionadas à separação dos genitores, porque, neste caso, pode haver um impacto negativo na vida do menor, sobretudo, se prejudicar a relação contínua e próxima deste com ambos os pais.

Essa perspectiva acerca das conseqüências que a separação dos pais acarreta na vida dos filhos mudou o rumo do tratamento jurídico dado à guarda,

adequando-o ao princípio em questão. A antiga redação do artigo 1584 do Código Civil brasileiro de 2002 previa que em caso de separação ou divórcio em que não houvesse acordo entre as partes, a guarda seria atribuída a quem revelasse as melhores condições para exercê-la. Ocorre que essa busca pelo melhor genitor para permanecer com a prole tornava as salas de audiência das Varas de Família em um verdadeiro campo de batalha. O pai ou mãe que desejasse ter a guarda dos filhos, invariavelmente, recorria à desqualificação do outro genitor. Nem é preciso dizer que tal fato acarretava graves prejuízos emocionais aos envolvidos.

Com a promulgação da Lei 11.698/2008, a questão da guarda passou a ser decidida respeitando os sujeitos envolvidos, primordialmente a criança e o adolescente.

De acordo com a nova redação dos artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, nas hipóteses em que não há acordo entre os pais, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada e se esta não for possível, a guarda a ser aplicada será a unilateral. Contudo, a norma estabeleceu critérios para a fixação desse último modelo de guarda, esclarecendo que esta será concedida ao genitor que puder propiciar aos filhos, entre outros fatores, o afeto nas relações com o não guardião e com o grupo familiar.

Sem dúvida, o estabelecimento desse critério para a concessão da guarda unilateral, pelo legislador, tem o fito de, ao menos, reduzir a belicosidade nas questões da guarda de filhos, a fim de impedir que as divergências entre os genitores causem prejuízos ao menor.

Assim, pelo princípio do superior interesse do menor, a separação conjugal não pode se sobrepor ao exercício da parentalidade, pois a criança precisa de ambos os pais para ter um adequado desenvolvimento emocional.

O texto constitucional ao estatuir os princípios da proteção integral, convivência familiar e da supremacia do interesse do menor, criou uma verdadeira rede de proteção à infância e à adolescência, garantindo aos sujeitos que estejam nessa fase da vida o acesso a todos os recursos essenciais ao pleno desenvolvimento de suas capacidades psíquicas, intelectuais, físicas e espirituais. Para Casabona (2006, p. 233), se amparados e bem conduzidos, os menores têm maior probabilidade de serem felizes e construir, no futuro, novas relações familiares satisfatórias, tornando-se adultos realizados.

Os princípios constitucionais aqui mencionados, indubitavelmente, provocaram uma expressiva alteração no direito de família no que diz respeito à forma de exame e tratamento do grupo familiar, de seus institutos jurídicos e, especialmente, de seus sujeitos, sobretudo, das crianças e adolescentes, que, em razão da sua idade e inexperiência estão em situação de vulnerabilidade. Essa transformação da família em instrumento de valorização de seus membros e de concretização dos direitos das crianças e adolescentes é a chave para a construção de um futuro melhor para a sociedade, uma vez que, como preceitua o texto constitucional, a família é a base da sociedade e é nela que tem início a efetivação dos valores expressos na Constituição Cidadã.

4 INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS NA DOCTRINA CIVIL

Neste capítulo realiza-se um estudo acerca do poder familiar, sendo examinado o instituto da guarda como um atributo deste poder-dever. Para tanto, faz-se um estudo da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Legislação Civil para o entendimento da Guarda Compartilhada.

4.1 O PODER FAMILIAR

O hodiernamente denominado poder familiar é fruto de uma antiga preocupação humana com a regulamentação das relações entre pais e filhos. O referido instituto jurídico tem uma presença marcante em documentos jurídicos de vários povos e épocas diferentes. Sua evolução refletiu as mudanças por que passou a família ao longo da história humana.

Em Roma, o pai era o chefe da família. O *pater familias* dominava o lar, era ao mesmo tempo juiz, sacerdote e senhor da vida de sua esposa, filhos e escravos. A família era hierarquizada, patriarcal e sua importância, sobretudo, patrimonial, formando uma unidade religiosa e econômica. O poder familiar era o chefe da religião e sacerdote, aquele responsável por manter o culto doméstico aos antepassados, o senhor das terras, detentor da produção e do poder econômico.

Dentre os poderes conferidos ao *pater familias* o que mais se destaca é o *jus vitae es necis* ou direito de deliberar sobre a vida do filho. Nas palavras de Casabona (2006, p. 34) o *pater familias* tinha o poder de decidir sobre a morte e vida dos próprios filhos, quando do seu nascimento. Para o romano, nascer não era só um fato natural, pois sua vida e conseqüente aceitação no seio da família dependiam de um ato de seu pai, o qual deveria erguê-lo, aceitando-o ou abandonando-o para que morresse ou fosse recolhido por alguém.

Outra característica do *patria potestas* era que este perdurava enquanto o *pater familias* estivesse vivo, salvo em casos fortuitos ou atos solenes com o fim de extingui-la, como, por exemplo, a nomeação do filho côsul, bispo ou *questor* do

palácio. O *pater familias* detinha, ainda, o direito de vender o filho (*jus vendendi*) e o de entregá-lo à vítima de dano por ele causado (*jus noxae deditio*).

O *patria potestas* exercido pelo *pater familias*, como era chamado pelos romanos, tinha uma feição despótica. Era um poder absoluto, sem limites e exercido exclusivamente pelo homem. Nas palavras de Casabona (2006, p. 32), “o poder familiar, assim, representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho”.

Já, na Idade Média, em razão da forte influência do Cristianismo, o poder do *pater familias* sofreu uma limitação quando os filhos passaram a ter direito à vida e à integridade física.

O pátrio poder, com uma ou outra modificação, continuou sendo objeto das normas, especialmente, de países que sofreram influência do direito romano. No Brasil, as primeiras normas que trataram sobre o tema foram as Ordenações do Reino, as quais passaram a vigorar de 20 de outubro de 1823 até cem anos após a Proclamação da Independência.

Disciplinado nas Ordenações, o pátrio poder inspirava-se no direito romano mais abrandado. As normas contidas no referido diploma legal conferiam tanto direitos quanto deveres ao pai, o qual era titular exclusivo do pátrio poder. Em 1916, foi promulgado o primeiro Código Civil Brasileiro, no qual não ocorreram mudanças significativas. De um modo geral, o instituto manteve a mesma linha das Ordenações Filipinas, atribuindo ao varão, ser o único detentor do pátrio poder.

A partir de meados do século XX, principalmente, na década de 1960, as mulheres começaram a se libertar do comando masculino. Nessa época, os movimentos feministas começaram a ganhar força. Aos poucos, o legislador foi levado a romper com a resistência que não lhe permitia conceder à mulher um papel relevante na sociedade. E, assim, em 1962, com a vigência da Lei 4.121 de 17 de agosto de 1962, conhecido como Estatuto da Mulher Casada, a mulher passou à condição de colaboradora no exercício do pátrio poder, não perdendo os direitos sobre o filho, caso contraísse novas núpcias.

O século XX assistiu às mais profundas transformações na concepção de família e na estrutura das relações dela decorrentes. Aos poucos, o modelo familiar patrimonialista deu lugar à chamada família moderna, descentralizada, democrática e pautada, primordialmente, em laços de afetividade.

A Constituição Federal de 1988 refletiu essas transformações ocorridas no seio das famílias. Homens e mulheres passaram a ser iguais em direitos e obrigações nas relações familiares, exercendo, em igualdade de condições, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar e os filhos.

As crianças e adolescentes passaram a ter proteção especial instituída pela Constituição, que impôs aos pais os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores e estabeleceu como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar aos mesmos, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Os membros componentes do grupo familiar passaram a ser compreendidos na sua individualidade. Os filhos, antes objetos dos mandos e desmandos dos seus pais, foram reconhecidos como sujeitos de direito, merecedores de proteção integral, impondo-se, assim, uma transformação no instituto do poder familiar, o qual, se distanciando de sua função original, voltada ao exercício do poder paterno sobre os filhos, passou a constituir-se um complexo de deveres exercidos em prol dos interesses dos filhos.

A moderna doutrina civil tende a traduzir o poder familiar como dever-função ou direito-dever exercido pelos genitores, que servirá aos interesses dos filhos. Segundo Grisard (2010, p. 35) “o poder familiar pode ser conceituado como um conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da minoridade, com fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”.

Casabona (2006, p. 46) define o poder familiar “como um conjunto de direitos e deveres, atribuídos aos pais, no que tange à pessoa e aos bens dos filhos menores, com a finalidade de proporcionar-lhes subsistência, educação e proteção”.

Conforme se observa dos conceitos acima citados, a norma cinge os pais com autoridade, não para agirem de acordo com seus próprios interesses, entretanto, a fim de darem aos filhos o tratamento que lhes é insitamente exigido em nome do princípio intitulado superior interesse do menor. O Poder Familiar traduz, então, uma relação para a qual os pais dirigem esforços no sentido de proporcionar aos filhos todas as condições necessárias a sua criação e desenvolvimento saudáveis.

Segundo Casabona (2006, p. 49), o poder familiar caracteriza-se por ser um múnus público, por ser irrenunciável, inalienável, imprescritível e, finalmente por ser temporário.

O poder familiar é um múnus público, porque o Estado outorga aos pais um conjunto de poderes-deveres, que devem ser exercidos altruisticamente por estes visando ao seu total desenvolvimento dos menores, até que bastem a si mesmos, não podendo deixar de cumpri-los em razão do interesse público envolvido. É irrenunciável à medida que aos pais fica vedada a possibilidade de abrir mão do seu exercício, ou seja, abdicar do encargo. É inalienável ou indisponível, uma vez que a eles é proibido transferir este poder a terceiros, seja a título gratuito ou oneroso. É imprescritível, pois não decai pelo simples fato de o genitor não exercê-lo, somente podendo perdê-lo nos casos previstos em lei. Finalmente é temporário, porque os filhos menores permanecem sob a autoridade e proteção dos genitores até alcançarem a maioridade ou serem emancipados.

Quanto à titularidade deste, ela é dividida igualmente entre mãe e pai, independentemente de estes estarem convivendo ou não. Durante o casamento ou a união estável, presume-se que as decisões dos pais estejam em constante harmonia embora esta não seja uma tarefa fácil, uma vez que cada um dos pais teve uma formação diferente e, portanto, suas opiniões sobre assuntos referentes aos filhos podem divergir. É melhor para a manutenção da unidade familiar a que decisão não prevaleça sobre a do outro e que ambos possam tomar decisões conjuntas acerca da vida dos filhos.

De toda sorte, prevendo a existência de possíveis divergências entre os pais, é possível que os mesmos recorram ao Judiciário. Nesses casos, sempre que possível, o juiz deve estimular a conciliação para não aguçar o clima de conflito entre o casal.

Segundo leciona Lôbo (2010, p. 297), a convivência entre os pais não é requisito para a referida titularidade, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial e nos casos previstos em lei.

Solvido o relacionamento dos pais, nada obsta o exercício do poder familiar em relação aos filhos. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores, por essa razão, todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem embora haja restrição quanto ao exercício

da guarda, o que será objeto de uma análise mais detalhada nos tópicos seguintes. Por último, na falta ou impedimento de um dos pais, o outro o exercerá com exclusividade.

A legislação infraconstitucional traz alguns aspectos relevantes acerca do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, utilizando a denominação adotada no Código Civil de 2002, trata do poder familiar em dois momentos: o primeiro é no capítulo referente ao direito à convivência familiar e comunitária, e o segundo no capítulo dedicado aos procedimentos relativos à perda e à suspensão do poder familiar.

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, em relação ao exercício do poder familiar, e autoriza a intervenção estatal em caso de discordância entre os genitores, a fim de preservar os interesses do menor. Em seu artigo 23, consagrou os deveres de guarda, sustento e educação e, em seu artigo 53, reproduz o artigo 206 da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito do menor à educação. As regras constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente não são incompatíveis com as normas tratadas no Código Civil de 2002. Elas, em verdade, se complementam.

O Código Civil de 2002 ao disciplinar o poder familiar, acabou repetindo algumas disposições contidas no *Codex* anterior, apenas adaptando-se aos princípios contidos na Constituição Federal.

O instituto foi disciplinado nos artigos 1630 a 1638 do Código Civil, os quais trazem regras acerca da temporalidade do exercício do poder familiar, dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e a seu patrimônio e, ainda, às hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar.

O artigo 1630 do Código Civil traz o marco temporal do exercício do poder familiar, dizendo que os filhos só estarão sujeitos a ele enquanto menores. Assim, alcançada a maioridade civil, no caso aos dezoito anos de idade, cessam os direitos e obrigações legais dos pais perante os filhos.

Já no artigo 1631 do Código Civil, dispõe que, durante a união estável e o casamento, o exercício do poder familiar compete aos pais de maneira conjunta e que, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Já

o artigo 1632 do Código Civil em complemento deste, esclarece que a dissolução da união estável ou fim dos casamentos não alteram as relações entre pais e filhos. A regra estabelecida neste artigo reflete a proteção do direito do menor à convivência com os pais mesmo após o fim da relação conjugal.

Mas, sem dúvida, o aspecto mais relevante acerca do poder familiar disciplinado pelo Código Civil de 2002, compreende o seu conteúdo, ou seja, o complexo de direitos e deveres formadores do poder familiar, os quais são impostos aos pais com o fito de proteção à pessoa dos filhos. É o artigo 1634 do Código Civil de 2002 que disciplina a matéria, elencando esses direitos e deveres dos pais no que diz respeito à pessoa dos filhos.

De acordo com o referido artigo, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos, dirigir-lhes a criação e educação proporcionando-lhes a sobrevivência física e a aquisição de conhecimentos básicos para a vida em sociedade. O exercício desse dever está voltado para o atendimento às necessidades materiais básicas da criança e adolescente e relaciona-se com o fato de que os seres humanos, ao contrário de outros animais, logo após o seu nascimento e durante boa parte de sua vida, não possuem a mínima condição de sobreviver por conta própria.

Com efeito, todo indivíduo, durante a sua infância e adolescência, necessita de quem o crie, auxilie, ampare, conserve e cuide de seus interesses. Os pais, em regra, são aqueles que devem assumir esse compromisso. O Estado, aliás, dá significativa importância a esse dever. Aliás, o seu não atendimento caracteriza abandono material e intelectual conforme artigos 244 e 246 do Código Penal.

É importante observar, ainda, que o dever de criação e educação envolve também o dever de disciplinar e corrigir os filhos. Os pais podem castigar moderadamente os filhos, contudo o exercício dessa prerrogativa, de forma violenta, implica a extinção do poder familiar.

Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem é outro dos atributos conferidos aos pais. De acordo com o artigo 1517 do Código Civil, homens e mulheres a partir dos dezesseis anos de idade podem contrair núpcias. Contudo, em decorrência da sua pouca idade, faz-se necessário que os pais orientem seus filhos e verifiquem se a realização desse ato não causará prejuízo ao desenvolvimento dos mesmos. É imprescindível que os pais, de comum acordo, manifestem-se contrário ou favorável ao casamento de seus filhos, inclusive,

justificando sua decisão. Porém, a decisão dos pais não é absoluta, pois em caso de injusta recusa dos mesmos, o juiz poderá suprir-lhes a autorização. Essa hipótese reflete, assim, a limitação ao exercício do poder familiar.

A lei civil também autoriza os genitores a nomearem tutor por testamento ou documento autêntico, o qual ficará incumbido de cuidar do menor se um dos pais não lhe sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. A lei dá essa permissão uma vez que não há ninguém melhor do que eles para escolherem alguém que cuide dos filhos na sua ausência. Aos pais cabe, também, o direito de reclamar os filhos de quem os detenha ilegalmente, devendo formular pedido de busca e apreensão de menores.

As crianças e adolescentes, por si sós, não podem praticar atos da vida civil dada a sua pouca experiência. Por essa razão, compete aos pais representar os filhos até os dezesseis anos e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Assistir tem o sentido de estar junto, de acompanhar. Assim, a assistência é uma complementação necessária para que os atos praticados pelo menor sejam válidos. Já a representação tem caráter de substituição, pois os pais substituem os filhos na realização de determinado ato jurídico, momento em que atuam em nome e interesse dos filhos menores.

A representação legal ou a assistência deverão ser exercidas em conjunto pelos pais e o consentimento comum é presumido quando eles agirem conjuntamente. Se divergirem, o juiz decidirá considerando o melhor interesse do menor, depois de ouvido o Ministério Público.

Um dos incisos do artigo 1634 do Código Civil autoriza os genitores a reclamarem os filhos de quem ilegalmente os detenha. Essa regra está ligada ao dever de fiscalização e vigilância, pois são os pais que devem dirigir a criação do menor no aspecto de sua formação moral; para isso estão autorizados a mantê-los afastados de pessoas e lugares que possam lhes influenciar negativamente. Caso um terceiro mantenha os menores consigo, de forma não autorizada, os pais podem reclamá-los judicialmente, através da ação de busca e apreensão.

De todos os deveres elencados o mais importante para este trabalho é o dever de guarda, o qual será tratado mais detalhadamente na próxima seção. De acordo com o inciso II do artigo 1.634 do Código Civil, compete aos pais ter os filhos

em sua guarda e companhia. Assim, a guarda é um atributo do poder familiar relacionado ao direito de o pai reter o filho no lar, conservando-o junto a si. Essa função decorre do dever constitucional de assistência moral e para exercê-la os pais devem estar presentes na vida dos filhos menores, mantendo contato e comunicação. Ter os filhos em sua companhia permite aos pais, transmitir valores para o desenvolvimento moral do menor, exercer a vigilância sobre os mesmos, protegê-los de agressões externas e, o que é mais importante, fortalecer os laços afetivos. A guarda, assim, possibilita a concretização dos valores anteriormente citados.

Enquanto convivem, os pais exercem a guarda de forma igualitária, contudo a inexistência ou ruptura do vínculo conjugal, como será visto alhures, traz importantes conseqüências para o seu exercício.

Por fim, a norma não estabelece apenas deveres para os genitores. O inciso VII do já citado artigo 1.634 do Código Civil estabelece que os pais têm o direito de exigir dos filhos obediência e respeito. Nas palavras de Akel (2009, p. 41), “esse respeito deve ser recíproco, pois, ausente a harmonia no lar, poderá ocorrer a suspensão ou perda do poder familiar”.

Como dito alhures, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se pela sua proteção à família e as seus componentes. Sem dúvida, a criança e o adolescente são os membros mais frágeis nas relações familiares, daí a especial atenção dada aos menores através da consagração do princípio do melhor interesse do menor. Para atender a esse princípio, o Estado além de impor aos pais deveres em relação aos filhos, prevê sanções que suspendem ou fazem cessar o poder familiar, afastando o menor do genitor que violar qualquer desses deveres decorrentes deste poder.

Quando há alguma incompatibilidade no exercício do poder familiar, por parte dos pais, o magistrado pode, temporariamente, impor restrições ao exercício das funções materna e paterna, podendo atingir parcial ou integralmente o encargo. Se há restrição total, a hipótese será de suspensão, entretanto, se atingirem apenas algumas faculdades ou deveres, a hipótese será de modificação.

O artigo 1.637 do Código Civil dispõe acerca dessas causas ensejadoras de suspensão ou modificação do poder familiar. Segundo o texto de lei, cabe ao juiz, requerendo algum parente ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça

reclamada para garantir a segurança do menor, quando o pai ou mãe abusarem de sua autoridade, faltando com os deveres a ele inerentes ou arruinando os bens do menor; ou ainda, na hipótese de que estes sejam condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime, cuja pena seja superior a dois anos de prisão.

Assim, o abuso de autoridade dos pais em relação aos filhos, mediante a falta de cumprimento dos deveres inerentes à função paterna ou materna; má administração dos bens dos menores; a exorbitação ou mau uso das prerrogativas conferidas pela lei ou prática de atos injustos em relação à prole, e, ainda, a condenação por sentença irrecorrível a pena superior a dois anos de prisão, são causas que ensejam a suspensão ou modificação do poder familiar.

Vale salientar que a suspensão ou modificação do poder familiar são medidas provisórias, com duração determinada, podendo atingir parte de seu conteúdo ou somente um dos filhos. Os pais retomam o poder familiar quando cessarem as causas de sua suspensão.

Comparando-se com as medidas acima citadas, a perda ou destituição do poder familiar é sanção de natureza mais gravosa. Segundo dispõe o artigo 1.638, perdem, por ato judicial, o pai ou mãe que castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidirem, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil, já analisados. As causas elencadas são exaustivas, ou seja, não é permitida a ampliação do rol por meio de interpretação analógica.

A extinção do poder familiar também pode ocorrer por fatos naturais. O artigo 1.635 do Código Civil, elenca a morte dos pais ou dos filhos; a emancipação, por outorga dos pais, pelo casamento, conclusão de nível superior e exercício de função pública; a maioridade civil, aos dezoito anos, e adoção.

O poder familiar só se extingue com a morte de ambos os pais. Se apenas um dos genitores morrer, o pai ou mãe sobrevivente será seu detentor exclusivo até que o filho atinja maioridade. A morte dos filhos também extingue o poder familiar, pois leva à perda do seu objeto.

Quanto à emancipação, esta também é causa extintiva do poder familiar uma vez que torna os filhos aptos para a prática de atos da vida civil. A emancipação só poderá ser concedida para o filho maior de dezesseis anos e menor de dezoito e só é possível se houver concordância de ambos os pais. Também pode ser alcançada

através do casamento, pelo exercício de emprego público, pela relação de emprego que faça o menor desenvolver economia própria, pelo estabelecimento civil ou comercial e pela colação de grau científico.

A maioridade, assim como a emancipação, torna os filhos plenamente capazes de exercerem direitos e contrair obrigações sem a assistência de seus pais. A diferença é que a maioridade é alcançada porque a lei impõe um limite temporal ao exercício do poder familiar, no caso, aos dezoito anos.

A adoção extingue o poder familiar em relação aos pais biológicos, o qual será transferido para os pais adotivos. Segundo Lôbo (2010, p. 303), “a adoção de filhos por terceiros leva à total extinção em relação aos pais de origem, mas passa a vincular-se ao pai ou pais que o adotaram, enquanto perdurar a menoridade”.

A perda do poder familiar é, em regra, permanente embora seja possível o seu restabelecimento por via judicial se ficar provada a regeneração do genitor faltoso ou se desaparecida a causa que o determinou. Por fim, a extinção do poder familiar é personalíssima, surtindo efeitos apenas para o pai ou a mãe que deu causa à determinação da medida, não atingindo o outro genitor.

O instituto do poder familiar sofreu uma mudança substancial em seu conceito. Por muito tempo representou o exercício tirânico do poder do pai sobre os filhos, até finalmente, assumir um caráter protetivo, tornando-se um instrumento para assegurar todos os direitos que são reconhecidos às crianças e adolescentes em face da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Esse, aliás, é o sentido adotado pelo Estado Brasileiro, o qual impõe aos pais o dever de exercer o poder familiar tendo em vista, tão-somente, o benefício dos filhos. É importante, no entanto, que os pais cumpram essa missão, não por uma imposição legal, mas em razão do afeto que sentem por seus filhos, sentimento que deve orientar as ações daqueles sempre no sentido de atender o melhor interesse da prole.

4.2 A GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes de adentrar no estudo acerca da guarda de filhos, faz-se necessário diferenciar o instituto da guarda tratada na Lei 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, daquele tratado no Código Civil de 2002.

A guarda, no sentido empregado pelo Código Civil, é o poder-dever decorrente do exercício do poder familiar, que outorga aos pais a prerrogativa de proteger e amparar a sua prole. Nessa perspectiva a guarda integra o poder familiar, sendo exercida por um ou ambos os genitores. Quanto à guarda, no sentido empregado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, este é um instituto jurídico voltado para a proteção dos indivíduos menores de dezoito anos, diante da impossibilidade de os pais fazê-lo. Nesta hipótese, a guarda para os fins estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente só é deferida quando, por alguma razão, os pais do menor estão impossibilitados ou impedidos de assumir o dever de proteção sobre a sua prole, ficando estes, sob os cuidados de terceiros.

A figura jurídica da guarda de menores foi normatizada pela Constituição Federal, estando presente no capítulo destinado à proteção da família, da criança e do adolescente. De acordo com a redação do inciso VI do §3º do artigo 227 da Constituição Federal, cabe ao Poder Público estimular, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado. No mesmo sentido empregado no texto constitucional, a Lei 8.069/1990 em seu artigo 28 define a guarda como um meio de colocar o menor em família substituta ou em associação, independentemente de sua situação jurídica, até que se resolva, definitivamente, o destino do menor. A guarda, assim, é um instituto de direito assistencial, estando ao lado da tutela e da adoção, destinando-se à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, evitando que este permaneça em situação de abandono.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três espécies de guarda, as quais são apresentadas em seu artigo 33: a guarda provisória, a permanente e a denominada peculiar. A guarda provisória aparece nos processos de tutela e adoção, destinado-se a regularizar a posse de fato. Em tais casos, a guarda pode ser requerida liminar ou incidentalmente.

A guarda permanente destina-se a atender situações em que não se logrou obter a adoção ou a tutela. Essa modalidade de guarda obedece ao preceito de que não pode haver menor sem guardião.

Por fim, há uma modalidade de guarda voltada para situações peculiares ou para suprir a falta eventual dos pais, podendo ser deferida para a representação do menor na prática de determinados atos. É o que ocorre, por exemplo, quando os pais do menor estão em outra localidade e impossibilitados de se deslocarem e, em razão disso, permite-se que um guardião represente o menor para a retirada do FGTS. Essa modalidade de guarda se assemelha ao instituto da representação presente no Código Civil. A diferença é que este último é válido para qualquer ato da vida civil, já, aquela destina-se à atuação em atos especificados pelo juiz.

A guarda estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente poderá ser concedida a parentes da criança como os avós e tios ou, ainda, a qualquer outra pessoa, desde que sejam observadas as exigências estatuídas no artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, que o menor seja colocado num ambiente familiar adequado e que não haja, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida.

Interessante questão diz respeito à redação do §3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins de direito, inclusive os previdenciários. Atualmente este parágrafo não está sendo aplicado, vez que o Dec. 4.032/01 retirou o menor sob guarda judicial da proteção previdenciária estatal.

O deferimento da guarda a terceiros não exclui dos pais o direito de visitar os filhos, nem o dever de prestar alimentos, porque a concessão da guarda não extingue o poder familiar, tampouco as obrigações e pretensões dele decorrentes.

O exercício do direito de visita pelos genitores deve respeitar os direitos dos guardiões. Em caso de divergência, o juiz, após análise de pedido formulado pela parte interessada, deve regulamentar essas visitas de modo a melhor atender os interesses do menor. Já o dever dos pais em prestar alimentos aos filhos, permanece mesmo quando estes estão sob a guarda de terceiros. Segundo o autor Guimarães (2003, p. 22-23), seria despautério permitir que a suspensão ou destituição do poder familiar tivesse o condão de desobrigar os genitores de prestar alimentos aos filhos, vez que tal fato, seria um incentivo à prática deliberada de atos tendentes à perda ou suspensão do poder familiar por pais inescrupulosos a fim de se verem livres do dever de prestar alimentos.

O exercício da guarda confere algumas prerrogativas semelhantes àquelas decorrentes do exercício do poder familiar. Assim, da mesma forma que os pais podem exigir dos filhos que estes lhes prestem obediência, os guardiões também podem exigir o mesmo de seus pupilos. Inclusive, o guardião poderá fazer uso, com moderação, de corretivos com relação ao pupilo, devendo comportar-se como se estivesse agindo com relação ao seu próprio filho.

Não são todos os casos de colocação do menor em família substituta, por meio do deferimento da guarda, que serão decididos pelo juiz da vara da infância e juventude.

Quanto à determinação do juízo competente para processar e julgar demandas referentes à guarda de menores, este deve obedecer às regras constantes no artigo 148 da Lei 6.815/90. Assim, as Varas da infância e juventude só irão atrair as ações de guarda de menores para a sua competência se estes estiverem em situação irregular ou havendo privação de seus direitos reconhecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, o simples fato de o menor estar em situação de orfandade ou afastado dos seus genitores, não implica que a guarda será decidida por juízes da Vara da Infância e Juventude. Se os menores não estiverem em nenhuma das situações previstas nos incisos do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda dos mesmos será decidida nas Varas de Família.

Por fim, o artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da revogação da guarda e determina que tal fato poderá ocorrer a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado e ouvido o Ministério Público. A redação do artigo leva à conclusão de que a revogação poderá ocorrer por vários motivos que nem sempre serão ligados à não adaptação do guardião ao encargo. Poderá ocorrer, por exemplo, em razão da falta superveniente de recursos econômicos por parte do guardião, ou ainda, quando desaparecerem os motivos que deram ensejo à provisória retirada da guarda dos pais. Por outro lado, caso o guardião pratique atos em desfavor do pupilo, que demonstrem sua inaptidão para o exercício da guarda, o Ministério Público poderá pleitear a revogação da guarda, nos termos do inciso III, do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, caso em que deverá ser observado o princípio constitucional do contraditório.

4.3 A GUARDA NA LEGISLAÇÃO CIVIL

A família contemporânea, abandonando sua antiga faceta de núcleo econômico-político-religiosa, converteu-se em espaço de desenvolvimento da personalidade humana. A entidade familiar passou a ser, assim, uma organização subjetiva fundamental para a construção da felicidade individual, o que evidencia a busca pela valorização dos integrantes do grupo familiar. Nessa perspectiva, a família passou a priorizar o cuidado com seu ente mais vulnerável, os filhos menores, de modo a resguardar o desenvolvimento de sua personalidade.

O texto constitucional, em consonância com esse novo conceito de família, consagrou a mesma como instrumento de proteção das crianças e adolescentes e impôs à legislação infraconstitucional a adequação de seus textos a esse novo paradigma. Em razão disso, os institutos jurídicos voltados para a proteção do menor tiveram que se adequar à normativa da Constituição Federal de 1988. Tal fato permitiu que a guarda ganhasse uma nova roupagem a fim de concretizar o princípio da proteção integral e seus desdobramentos, ou seja, a convivência familiar e o princípio do melhor interesse do menor.

Segundo Grisard Filho (2010, p. 68), o instituto da guarda nos moldes do direito atual representa uma ruptura com seu caráter de mero instrumento legitimador da posse e de facilitador do exercício do poder discricionário dos pais, sem nenhuma consideração pelo melhor interesse do menor. De fato, a guarda compreende o poder de os pais terem o filho sob sua custódia e de reger a sua conduta, no entanto o seu exercício está condicionado à promoção do desenvolvimento da personalidade do menor e à realização de sua formação integral.

A guarda é aplicada em dois diplomas legais diferenciados, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil. A guarda tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente diz respeito à colocação de crianças e adolescentes em família substituta e já foi abordada neste trabalho. Já a guarda objeto desta seção é a civilista, a qual cuida da proteção dos filhos menores no âmbito da família parental.

Grisard Filho (2010, p. 58) conceitua a guarda como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com os filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais elencadas no Código Civil vigente.

Já para Levy (2008, p. 44) a guarda é um complexo de deveres (e direitos) que tem por objetivo a proteção integral do filho não emancipado. Estão inseridos no instituto da guarda os deveres de cuidar, criar, educar e ter filhos em companhia e de persegui-los e reavê-los de quem injustamente o detenha.

O que há de comum nestes conceitos de guarda é que ambos a definem como um instituto que viabiliza o exercício das funções parentais e conseqüentemente a proteção que é devida aos filhos, por um ou ambos os pais.

Enquanto a família permanece unida, a guarda, assim como todo o feixe de direitos e deveres que se estabelecem nas relações familiares, é exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe, em plena igualdade de condições. Problema surge quando as desavenças afloram entre o par e estas culminam com a ruptura do vínculo conjugal. A guarda antes exercida conjuntamente pelos genitores passa, em regra, a ser exercida por apenas um dos pais, restando ao outro o direito de visitas e a função de prestar alimentos. Bipartem-se as funções parentais e as decisões acerca dos interesses da prole passam a ser tomadas unilateralmente.

Ao longo do tempo, vários foram os critérios de fixação de guarda, os quais variaram, inclusive, em função da forma como ocorreu o fim do vínculo; se amigavelmente ou litigiosamente, se houve ou não culpa de um ou de ambos os cônjuges.

Desde a vigência do Código Civil de 1916, o legislador pátrio tem mantido a regra de conceder aos pais a possibilidade de decidirem em conjunto acerca da guarda dos filhos nos casos em que o fim da relação ocorrer de forma consensual. A redação do artigo 325 do referido diploma legal dispunha que havendo dissolução amigável, deveria ser observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda. Tal fato, não mudou quase um século depois com a vigência do novo Código Civil. Em seu artigo 1583, com a redação anterior à lei 11.698/08, dispunha que, em caso de separação judicial ou divórcio consensual, deveria ser observada a decisão tomada em conjunto pelos cônjuges acerca da guarda dos filhos.

O legislador optou, assim, por deixar os pais deliberarem sobre o destino dos próprios filhos, devendo apresentar os termos do acordo para fins de homologação pelo juiz. Contudo, tal acordo não é absoluto, uma vez que, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o juiz pode recusar a homologação e regular a guarda de forma diversa.

Diferentemente do que ocorre com a situação estudada acima, as regras sobre a fixação da guarda em caso de divórcio e separação não consensuais vêm evoluindo.

O Código Civil de 1916, por exemplo, fixava a guarda considerando a idade, o sexo do menor e a culpa dos cônjuges pela ruptura do vínculo conjugal. O artigo 326 do referido diploma legal dispunha que, havendo culpa de ambos os cônjuges, as mães ficariam com as filhas enquanto estas fossem menores e com os filhos até que estes completassem seis anos de idade. Depois disso, seriam entregues aos cuidados do pai.

Com o advento da Lei do Divórcio, ocorreu a revogação dos artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916 excluindo a idade e o sexo dos menores como fatores para a determinação da guarda, determinando que a questão deveria ser decidida apenas a partir da existência ou não de culpa dos genitores. Se apenas um dos cônjuges fosse culpado pelo divórcio ou separação, os filhos menores ficariam com o genitor que não houvesse dado causa à ruptura do vínculo conjugal. De modo diverso ocorria se a culpa fosse recíproca. Nestes casos, a lei dava à mãe a preferência para ficar com os filhos, ressalvadas as hipóteses em que o juiz constatasse que tal solução causaria prejuízos aos menores.

A lei do divórcio dispunha, ainda, sobre o destino dos filhos em caso de separação de fato há mais de um ano, caso em que os filhos ficariam com o cônjuge em cuja companhia já estavam quando ocorreu a ruptura conjugal.

O Código Civil de 2002, porém, pôs fim à culpa como critério para a fixação da guarda em caso de ruptura litigiosa. O seu artigo 1.584, antes de ter sua redação alterada pela lei 11.698/08, dispunha que nos casos de separação ou divórcio em que não houvesse acordo entre as partes quanto à guarda dos filhos, esta seria atribuída a quem revelasse as melhores condições para esse fim. O legislador preferiu não estabelecer critérios objetivos para definir a guarda, deixando ao juiz esta incumbência.

Diante do silêncio da lei, doutrina e jurisprudência definiram alguns critérios que deveriam orientar a fixação da guarda de filhos, como a opinião do menor, o comportamento dos genitores, a existência ou não de irmãos e o melhor interesse do menor.

Um dos critérios citados pela jurisprudência para a definição da guarda é a opinião dos menores. O Código Civil, ao contrário do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da guarda como forma de colocação do menor em família substituta, foi omissivo quanto à ouvida dos filhos nos processos de em que se discute a guarda. Apesar disso, não é incomum encontrar julgados em que o magistrado tenha invocado esse critério, em alguns casos, até mesmo acolhendo a vontade do menor em ficar com determinado genitor.

A doutrina elencava, ainda, o comportamento dos pais como fator necessário para a determinação da guarda. Isso porque é fundamental para a boa formação do menor que este esteja inserido em um ambiente saudável. Desse modo, se os pais revelarem condutas reprováveis, imorais ou ilícitas, o juiz deveria adotar medidas para limitar ao máximo as relações parentais.

Outro critério elencado para determinar a guarda era a existência ou não de irmãos. Grisard Filho (2010, p. 80), afirmava não ser aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família. A conveniência de não se separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família. Perde razão esse critério quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas atividades. Quando for impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se um amplo e geral regime de visitas.

O advento da Lei 11.698/08 trouxe mudanças significativas no que tange à disciplina da guarda de filhos, no Brasil. Uma dessas mudanças trazidas pela nova lei foi a inclusão de alguns critérios objetivos para a fixação da guarda.

O legislador, repetindo a redação anterior do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, dispôs no §2º do novo artigo 1.583 do mesmo diploma legal, agora com redação alterada pela Lei 11.698/08, que será considerado guardião o genitor que revelar as melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos, saúde, segurança, educação e mais afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar.

Assim, ao contrário do que ocorria com o antigo texto, o legislador preferiu estabelecer critérios objetivos a serem analisados na decisão sobre a guarda. Em plena consonância com a Constituição Federal de 1988, o novo artigo 1.583 do Código Civil de 2002 não se refere às melhores condições financeiras do pai ou da mãe para a definição da guarda, mas sim à maior capacidade de o genitor proporcionar ao filho uma relação de afeto consigo e com os outros membros do grupo familiar, melhores condições de saúde, segurança, boa formação moral, social e psicológica. Segundo Paulo Lobo, essa enumeração não é taxativa, nem segue ordem de preferência.

Esses critérios privilegiam a preservação da convivência do menor com o grupo familiar e, conseqüentemente, a manutenção dos vínculos afetivos com seus entes mais queridos, elemento de fundamental importância para preservar a saúde emocional do menor, já de certa forma abalada pela separação dos pais. Esses critérios visam também preservar a formação física e mental de crianças e adolescentes através da promoção dos cuidados com a saúde, a segurança e a educação.

De todos os critérios utilizados para a fixação da guarda, o interesse do menor é de longe o mais relevante. Segundo a doutrina, não é fácil determinar o seu conteúdo, no entanto, é possível afirmar que se atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente quando se busca a garantia do desenvolvimento saudável do menor, de sua formação moral, sua estabilidade emocional e material, da qualidade de suas relações afetivas e sua inserção na sociedade. Na atribuição da guarda, o interesse dos filhos deve primar sobre qualquer outro interesse, inclusive, dos pais.

Sobre o tema, Grisard Filho (2010, p. 74) ensina que o fundamento para a consideração do melhor interesse como critério para a fixação da guarda é o caráter de sujeito de direito que tem o menor, o qual não é mais objeto de direito dos pais, mas sim uma pessoa que tem direito à proteção, à assistência e à educação.

De toda sorte, ao decidir sobre a fixação da guarda de filhos, o juiz deve buscar o arranjo que favoreça a convivência do menor com ambos os genitores, que os possibilite estarem em contato com seus entes queridos, que, enfim, crie as melhores condições para o pleno desenvolvimento de todas as suas faculdades e minimize os traumas causados pela separação dos pais. Nesse sentido, tem

ganhado destaque a discussão acerca do modelo compartilhado de guarda, cuja proposta principal é, justamente, viabilizar essas condições. É o que será discutido a seguir.

4.4 A GUARDA COMPARTILHADA

O direito anterior consagrava tão-somente a aplicação do modelo de guarda chamado uniparental ou unilateral. A aplicação desse modelo de guarda significa que, havendo ruptura do vínculo conjugal, a guarda dos filhos é deferida a apenas um dos genitores. Nesse caso, a dissolução do vínculo conjugal embora não cause a perda do poder familiar para qualquer dos genitores, uma vez que uma parcela de seus deveres continua sendo exercida por ambos, provoca o fracionamento desse poder.

No regime de guarda exclusiva, uma parcela do poder familiar é exercida em conjunto pelos genitores e a outra dividida entre eles. Em conjunto, cabe aos pais exercerem direitos como o de conceder ou negar consentimento para casar, o de reclamar o menor de quem ilegalmente os detenha nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver ou não puder exercer o poder familiar, representá-los até os dezesseis anos e assisti-los após essa idade e separadamente, exercer a parcela do poder familiar referente à guarda e à educação e criação dos filhos.

Ao genitor-guardião compete o exercício tanto da guarda física quanto jurídica. A guarda física ou material é aquela que permite que o genitor tenha o filho em sua companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. Já a guarda jurídica implica o direito de reger a vida do filho, dirigindo-lhe a educação e decidindo sobre todas as questões relacionadas com o desenvolvimento físico, psíquico e existencial da criança e do adolescente. Na prática, a concentração da guarda física e da guarda jurídica pelo genitor guardião lhe permite velar e proteger o filho, educá-lo, sustentá-lo, administrar seus bens e se

responsabilizar civilmente por ele, tê-lo em sua constante companhia, enfim, de reger os aspectos mais relevantes da vida do menor.

Quanto ao genitor não-guardião, este detém os direitos-deveres de fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro e de visitá-lo.

O direito-dever de fiscalização vem disposto no artigo 1.589 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los, tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O direito de fiscalização é o meio indireto de exercício dos direitos e deveres parentais, traduzindo-se no cuidado, na diligência dos pais ao integral desenvolvimento do menor. Segundo Grisard Filho (2010, p. 115) a fiscalização por parte do genitor não detentor da guarda implica o direito de informação sobre a vida do filho, sua saúde, sua escolaridade e atividades. É, ainda, o exercício indireto, pelo genitor não guardião, da sua responsabilidade parental, que fica latente e só se manifesta quando o genitor guardião obra com irregularidade, abuso, omissão, negligência. Por meio desse direito, o genitor não guardião exerce, assim, um controle sobre o modo como conduz o encargo.

De acordo com a lição de Lôbo (2010), o direito de visita é o direito recíproco de pais e filhos conviverem uns com os outros, independentemente da separação. O exercício do direito de visitas pelo genitor não-detentor da guarda está inserido no artigo 1.632 do Código Civil de 2002 e tem por objetivo manter a plena e adequada comunicação entre pais e filhos a fim de preservar o direito do menor à convivência familiar e dos pais em tê-los em sua companhia.

O direito de convivência se concretiza através do acordo formulado pelos pais em caso de dissolução amigável ou pelo juiz quando a ruptura ocorreu de forma não consensual. Em regra, se estipula um regime de visitação em que o genitor não detentor da guarda poderá ver o filho em finais de semana alternados com horários e locais previamente estabelecidos.

Comentando acerca do regime uniparental de guarda e sobre o regime de visitação, Marcial Barreto Casabona (2006, p. 268) afirma que a fixação desse modelo faz com que os poderes parentais fiquem concentrados em apenas um deles, restando ao outro o exercício de um papel secundário de visitar, de prestar alimentos e de fiscalização. Assim, enquanto o genitor-guardião conserva a

autoridade parental em sua plenitude, o não-guardião sofre um enfraquecimento dos poderes parentais.

Na verdade, ao se conceder a guarda unilateral, a criança ou adolescente que antes da dissolução do vínculo conjugal convivia com os pais em igualdade de condições, de um dia para o outro, deixa de ter em sua constante companhia o genitor não detentor da guarda, privando-se de vê-lo todos os dias. Esse distanciamento do genitor, aos poucos faz desaparecer a familiaridade e a espontaneidade que devem permear as relações entre pais e filhos, provocando o fenecimento dos vínculos de afetividade entre eles.

Certamente a situação acima mencionada não é a mais adequada, pois privar os filhos da convivência com um dos genitores e, conseqüentemente, provocar o arrefecimento dos vínculos afetivos existentes entre eles causa, efeitos devastadores ao menor, fazendo surgir sentimentos de perda e abandono, que abalam a psique da criança e do adolescente que acabam comprometendo seu desenvolvimento saudável, conforme exigido no texto constitucional. Daí a necessidade de se buscar novas fórmulas para fixação de guarda, capazes de assegurar aos pais desunidos o efetivo exercício da parentalidade em igualdade de condições, bem como minimizar os traumas decorrentes da separação dos pais, conscientizando-se de que o mais importante é o prevalecimento dos interesses dos filhos e não dos pais que estejam em conflito. É nesse sentido que ganha relevância o estudo acerca da guarda compartilhada, instituto jurídico que tem a missão de proporcionar ao menor a convivência familiar igualitária.

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei 11.698/08, a qual alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, colocando-a no mesmo patamar normativo que a guarda exclusiva. Assim, não há mais espaço para se considerar a guarda unilateral como regra e a guarda compartilhada como exceção. O que determinará a aplicação de uma em detrimento da outra será a análise do caso concreto em que se escolherá o modelo que melhor se ajuste ao interesse da criança e do adolescente.

A modalidade compartilhada de guarda adotada no Código Civil de 2002 não se confunde com a guarda alternada. Esta última caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda dos filhos alternadamente, significando que os ex-cônjuges dividem em partes iguais o tempo passado com os filhos. Cada um dos

genitores mantém consigo o filho por um determinado período, que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia. Conseqüentemente, durante esse período de tempo em que detiver a guarda, o genitor exercerá, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal, enquanto ao outro se transfere o direito de visita. Ao final do período, os papéis invertem-se e a criança ou adolescente passará um período com o outro genitor.

De acordo com Casabona (2006, p. 240) a referida modalidade de guarda é adequada na hipótese em que um dos genitores faça uma viagem por um período relativamente longo para o exterior, por exemplo, uma vez que, nessa hipótese, o menor poderá manter relações estreitas com ambos os pais. No entanto, a guarda alternada não deixa de ser exclusiva e, ainda, é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e à formação da personalidade, sobretudo quando se trata de crianças pequenas. As constantes mudanças e as repetidas separações e reaproximações podem provocar instabilidade emocional e psíquica no menor, devido ao afastamento sistemático de referências, hábitos e locais.

A guarda compartilhada, segundo o §2º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002 é aquela que atribui responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres ao pai e à mãe que não vivam sob o mesmo teto. Desse modo, a guarda compartilhada distingue-se por ser uma forma de custódia em que se busca manter o contato do menor com ambos os pais, tal como ocorria na vigência da sociedade conjugal. Nesse regime, apesar de os pais partilharem a guarda jurídica, exercendo em conjunto os direitos e deveres estabelecidos em lei, apenas um deles permanecerá com a guarda física. Assim, a convivência do menor com os genitores não se dará com a alternância de lares.

Na verdade, a criança ou o adolescente permanecerá com uma residência fixa próxima a seu colégio, ao clube, à praçinha, aos vizinhos, aos amigos, enfim, próxima aos locais e às pessoas que lhe são familiares. Essa fixação de um domicílio para o menor gera a estabilidade de que ele precisa no momento da separação dos pais. Ter um ponto de referência ao qual a criança ou adolescente finque suas raízes físicas e sociais é fundamental para que desenvolva uma aprendizagem diária da vida.

O local de residência do menor deverá ser definido no acordo dos pais que será submetido à homologação judicial ou determinado na sentença que decidir a favor da aplicação da guarda compartilhada, mas em qualquer caso deverá atender ao melhor interesse do menor.

Como foi dito acima, no modelo de guarda conjunta, ambos os genitores permanecem com a guarda jurídica dos filhos. Isso significa que os pais, apesar de não permanecerem unidos, deverão deliberar conjuntamente acerca de questões importantes envolvendo a vida dos menores, como a educação, por exemplo.

Para dirigirem a vida do filho, os pais precisarão traçar um plano de educação que envolve não apenas a instrução, como meio de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida, mas também em relação ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do menor. Na realização desta tarefa, os genitores precisarão decidir sobre questões como a escola em que seus filhos irão estudar, se farão algum curso de língua estrangeira, se praticarão algum esporte ou qual orientação religiosa seguirão.

O fato de o menor ter uma residência fixa na casa de um dos pais não é óbice para que o outro genitor participe efetivamente do processo educacional do filho, porque este terá maior acesso ao menor. Diferentemente do que ocorre no regime de guarda unilateral, em que o genitor não guardião só poderá ver o filho em dias pré-definidos, no regime compartilhado da guarda o que era até então uma mera visita, torna-se uma convivência constante entre o filho e o genitor que não detém a guarda física.

Na prática, essa convivência familiar mais freqüente e flexível possibilita ao genitor participar efetivamente da vida do filho. O não-guardião estará inserido no cotidiano do menor, participando e opinando sobre as atividades rotineiras como o estudo, o esporte, o lazer e a saúde. Quebra-se a visita quinzenal e estabelece-se uma rotina em que o filho está em contato diuturno com o pai ou mãe não-guardião, evitando o distanciamento afetivo causado por um eventual contato escasso entre eles.

Vale salientar, porém, que mesmo no regime de guarda compartilhada é necessário que sejam estipuladas algumas regras para a convivência do genitor não-guardião a fim de evitar que, de alguma forma, o ex-cônjuge ou ex-companheiro

desrespeite a intimidade e o espaço do outro. A harmonia entre os pais é de fundamental importância para o bem-estar do menor.

Segundo o § 3º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, o juiz deverá estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência destes com os filhos podendo basear sua decisão em orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar. Não é necessário, contudo, que os períodos de convivência sejam rigorosamente iguais para que o filho não acabe tendo uma existência partida como ocorre com a guarda alternada. "Uma certa flexibilidade deve ser preservada, diante das circunstâncias, imprevistos e exigências da vida (viagens com um deles, festas em família e com amigos, cursos fora da cidade.)"

A guarda compartilhada efetiva, assim, o direito constitucional do menor à convivência com ambos os pais, após a dissolução do vínculo conjugal, garantindo ao filho não uma visitação esporádica do pai ou mãe não-guardião, como ocorre na guarda unilateral, mas sim um contato diferenciado quantitativo e qualitativamente, que possibilita a preservação dos vínculos afetivos paterno-filiais, minorando os efeitos do afastamento abrupto do outro genitor do lar, fatores essenciais para o seu pleno e saudável desenvolvimento físico, psíquico e intelectual.

Outro tema interessante diz respeito à prestação alimentícia no regime de guarda compartilhada.

O dever de sustento pertence a ambos os genitores e permanece mesmo em face da dissolução da sociedade conjugal, pois não deriva da relação conjugal senão da filiação. O artigo 1.703 do Código Civil de 2002, fundado no princípio da solidariedade humana, confere a ambos os pais o dever de prestar alimentos aos filhos, na proporção de seus recursos, após a ruptura do vínculo conjugal. No regime de guarda unilateral, o genitor que permanece com a guarda do filho fica responsável pelas despesas com educação, alimentos, saúde e outras indispensáveis à plena formação do descendente, cabendo ao outro, geralmente, o pagamento de pensão alimentícia no valor fixado pelo juiz.

No regime de guarda compartilhada, poderá ser fixado o pagamento de pensão alimentícia, no entanto o tempo que o filho permanece com o genitor não-guardião se reflete no valor dos alimentos, porque, como o filho ficará mais tempo no domicílio do genitor não-guardião, conseqüentemente este precisará arcar com

maiores encargos financeiros. O pai ou mãe que detiver a guarda física do menor receberá alimentos proporcionais ao tempo que permanecer com o filho.

É bom salientar que nada impede que os pais entrem em acordo e dividam os gastos de modo que cada um assuma diretamente o pagamento de certas despesas como a mensalidade escolar, os cursos de línguas ou esportes, roupas, calçados, material escolar, entre outros.

A aplicação da guarda compartilhada também repercute na determinação da responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores. Segundo Grisard Filho (2010, p. 109) na vigência da sociedade conjugal, há uma presunção relativa de responsabilidade dos pais sobre os filhos que decorre do exercício do dever de vigilância, salvo se houver comprovação da ausência de culpa. Ainda de acordo o mesmo autor, quando ocorre a dissolução do vínculo conjugal e a guarda dos filhos é deferida com exclusividade a um dos genitores, apenas este será responsável pelo ato lesivo do menor, a menos que o evento danoso tenha ocorrido quando o filho estava sob os cuidados do genitor não guardião.

Por outro lado, se for deferida a guarda compartilhada, a responsabilidade dos pais por danos causados pelos filhos menores sofrerá alterações. Neste caso, tanto o pai quanto a mãe serão solidariamente responsáveis pelos atos danosos praticados pelos filhos, uma vez que ambos estarão exercendo o dever de vigilância sobre o filho.

O texto do §2º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 estatui que se os pais renunciarem à prerrogativa de acordarem sobre a guarda dos filhos será aplicada a guarda compartilhada. A redação do citado dispositivo demonstra a preferência legal pela aplicação desse modelo de guarda o que, aliás, levanta discussões na doutrina.

Discorrendo sobre o tema, Gama (2008, p. 221) afirma que a guarda compartilhada só é recomendável quando houver diálogo, civilidade e harmonia entre os pais. Se, por outro lado, o magistrado se depara com uma situação em que os pais estão em permanente estado de beligerância, sabotando um ao outro, a fixação da guarda conjunta poderá ser prejudicial aos filhos, sendo mais adequada a aplicação da guarda única ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro amplo direito de visitas.

Grisard Filho (2010, p. 204) não comunga com esse posicionamento e defende que o litígio entre os pais não pode ser óbice à aplicação da guarda

conjunta, mesmo porque, conflitos também poderão existir no regime de guarda única. Nas suas palavras, “não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar [...], pois diante dele ‘nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente”.

Um caminho para viabilizar a aplicação da guarda compartilhada, em caso de conflitos constantes entre o ex-casal, é o uso da mediação e a intervenção de equipes multidisciplinares das Varas de Família, no sentido de convencer os pais a superarem suas diferenças e concentrarem seus esforços na criação dos filhos para que, mais tarde, estes possam ser sujeitos potencialmente autônomos, felizes, saudáveis e equilibrados. Apesar de não haver um dispositivo legal que regule esta opção, o Enunciado 335 do Conselho de Justiça Federal prevê esta possibilidade ao estabelecer que “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe multidisciplinar”.

De toda a sorte, ainda haverá situações em que não será possível a aplicação do modelo de guarda conjunta, como em casos de violência ou abuso praticado por um dos genitores.

Segundo Gama (2008, p. 262), a existência da expressão ‘sempre que possível’ constante no §2º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 atribui ao julgador discricionariedade para decidir sobre a conveniência da aplicação da guarda compartilhada, podendo optar por outro modelo se concluir que, diante do caso concreto, ela seria prejudicial ao melhor interesse da criança e do adolescente, o qual sempre deverá ser o balizador das decisões acerca da guarda.

São inegáveis as vantagens da guarda compartilhada para a família e para o menor. Ela prioriza o interesse deste, reduz as disputas pela guarda e viabiliza a participação igualitária de ambos os genitores na vida dos filhos, a fim de que estes possam desfrutar da presença e da convivência com intimidade de ambos os pais e assim evitar a sensação de abandono e o conseqüente desapego ao genitor ausente, tão prejudicial à saúde psíquica da criança.

Ao positivar o modelo compartilhado de guarda de filhos, o direito brasileiro deu um grande salto para a efetivação do princípio do melhor interesse do menor. Antes a aplicação da guarda fomentava a animosidade entre os genitores que, ressentidos com a separação, disputavam os filhos como uma espécie de troféu. O

genitor que perdia a disputa acabava tornando-se um mero visitante do filho caso em que a quebra da intimidade e do vínculo afetivo seria quase inevitável. Hoje, com a guarda compartilhada, a criança e o adolescente têm a oportunidade de manter o convívio e os laços de afeto com seus pais afastando os fantasmas da perda e da rejeição que ameaçam o seu desenvolvimento.

5 CONCLUSÃO

A consagração da Doutrina da Proteção Integral no texto constitucional de 1988 é conseqüência do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito merecedores de proteção especial e diferenciada em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Essa proteção constitucional implica a garantia da efetivação de direitos fundamentais como a vida, a saúde, a educação, o lazer, bem como a proteção contra toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, opressão, enfim, qualquer situação que possa ameaçar o pleno e saudável desenvolvimento do menor.

Os pais, por serem os naturais responsáveis pela proteção dos filhos menores têm, sem dúvida, papel de destaque para a concretização dos referidos direitos. Para cumprir essa função de proteção ao menor, o Estado outorgou a ambos os genitores um complexo de poderes-deveres, reunidos sob o nome de poder familiar, os quais devem ser exercidos sempre tendo em mira o atendimento do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes.

Para o pleno desenvolvimento do menor, a presença de ambos os pais é de fundamental importância, pois, quando há essa participação a criança e o adolescente desenvolvem melhor suas potencialidades, além de terem uma chance maior de tornarem-se adultos equilibrados. Essa participação deve ser mantida mesmo após a separação dos pais, sob pena de se pôr em risco a preservação do melhor interesse do menor.

Embora, com o fim do vínculo conjugal, não seja mais possível para os filhos conviverem com ambos os pais sob o mesmo teto, deve-se criar condições para que tanto o pai quanto a mãe continuem atuando na vida dos mesmos. Visando manter essa atuação, o legislador não inseriu a separação dos pais no rol de causas de extinção do poder familiar. O que ocorre é que um dos genitores concentrará a maioria dos poderes parentais, por ser o principal responsável pelo filho e esta concentração ocorrerá através da fixação da guarda.

A fixação da guarda não pode ser uma forma de premiar um ou outro genitor, mas sim um meio de viabilizar a proteção dos filhos, após a separação, possibilitando que seja dada seqüência ao processo educacional do menor, além de

preservar o vínculo deste com ambos os genitores. Por isso, para a outorga da guarda a um dos pais devem ser observados critérios objetivos, dentre os quais a capacidade de o pai ou a mãe promover a manutenção do relacionamento entre o genitor não-guardião e o menor. Entretanto, sem dúvida, a situação ideal para a preservação dos interesses do menor após a separação dos pais é o compartilhamento da guarda, uma vez que permite a participação igualitária de ambos na vida dos filhos.

Seja no exercício do poder familiar, enquanto unido o casal, seja no exercício da guarda, quando há ruptura do vínculo conjugal, os pais devem direcionar seus esforços no sentido de sempre atenderem ao melhor interesse de seus filhos, proporcionando a realização de todas as necessidades destes e garantindo o adequado desenvolvimento físico, emocional e intelectual.

Ocorre, porém, que nem sempre o referido instituto esteve voltado para a proteção dos menores. Por muito tempo, o poder familiar, antes denominado pátrio poder, apenas refletiu os interesses e caprichos dos pais. Somente com a evolução do conceito de família e da consagração pelo texto constitucional da já citada doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, este instituto ganhou sua feição atual de instrumento legal direcionado à proteção da pessoa dos filhos.

Nos capítulos que compõem este trabalho, mostrou-se essa evolução dos institutos do poder familiar e da guarda de filhos no ordenamento, além da forma como o novo sentido dado à família, a adoção da doutrina integral de crianças e adolescentes pelo ordenamento brasileiro e a consagração de princípios como o superior interesse dos menores foram determinantes para essa evolução.

Mostrou-se e defendeu-se o sentido dado atualmente aos referidos institutos, os quais devem cumprir o seu papel de instrumentos legais destinados à proteção da pessoa dos filhos. É para atender a essa finalidade que os pais devem exercê-los e foi com esse mesmo objetivo que o direito os incluiu no ordenamento jurídico inaugurado com a Constituição Federal de 1988, protetora da dignidade de adultos, adolescente e crianças.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **A incidência dos princípios constitucionais no direito de família.** In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família.** São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas, **Considerações sobre Guarda Compartilhada.** 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>> Acesso em 27 de julho de 2011.

_____, **Considerações sobre a guarda compartilhada.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada.** São Paulo: Quantier Latin, 2006.

COLTRO, Antônio Carlos Matias; DELGADO, Mario Luiz (Coor.). **Guarda Compartilhada.** São Paulo: Método, 2009.

COUTO, Lindajara Ostjen. **Constitucionalização do Direito Civil de Família: O Paradoxal Crescimento do Direito Fundamental da Autonomia Privada.**

Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=460>>. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

DANTAS, Cristina Ribeiro Teixeira. **O exercício da paternidade após a separação: um estudo sobre a construção e a manutenção do vínculo afetivo entre pais e filhos na família contemporânea**. Dissertação de mestrado. Puc Rio, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda de filhos na família em litígio**. 3 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Brasília: Senado, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda Compartilhada: Doutrina e Prática**. São Paulo: Pensamentos e Letras, 2009.

FRAGA, Telma. **A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela e Guarda**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos: Conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://www.arquivos.fir.br/disciplina/001CIV2_ConstitucionalizacaodoDireitoCivil.pdf>. Acesso em: 06 de agosto de 2011.

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

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda de Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Interpretação das Normas Constitucionais**. In: Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Guarda Compartilhada: Discricionariedade, Situação Jurídica do Menor, Alimentos e Modificação do Regime de Guarda pela Alteração do Código Civil**. In: COLTRO, Antônio Carlos Matias; DELGADO, Mario Luiz (Coor.). **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

SILVEIRA, Gomercindo Tadeu. **Da Constitucionalização do Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/14248>>. Acesso em 06 de agosto de 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 5 ed. São Paulo: Método, 2010.