



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

CARLA THAYSE VIEIRA MARQUES

ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

SOUSA - PB
2010

CARLA THAYSE VIEIRA MARQUES

ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

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.

Orientadora: Professora Esp. Petrócia Marques Sarmiento Moreira.

SOUSA - PB
2010

CARLA THAYSE VIEIRA MARQUES

ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E O
DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

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.

Orientadora: Prof^ª. Petrócia Marques
Moreira Sarmiento

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof^ª. Petrócia Marques Moreira Sarmiento

Examinador interno

Examinador externo

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por ser fonte de força e esperança, aos meus pais, por todo amor e dedicação e ao meu tio Janduy (in memorian) que partiu deixando saudades.

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.

A minha amada mãe Maurení Marques Vieira, por todo o amor, esforço, dedicação e renúncias. Por acreditar sempre no meu sonho e fazer dele a sua realização. Muito obrigada por tudo.

Ao meu amado pai Jonas Nunes Vieira, pela confiança, e por sempre me incentivar e apoiar em todas as decisões.

Aos meus lindos irmãos Thamires, Thammara e Jonas Filhos, pelos quais sou apaixonada, por todos os momentos felizes que me proporcionaram, por toda a torcida e carinho, por me obrigarem a cada dia ser uma pessoa melhor, e pela certeza do amor recíproco.

As minhas tias, Sandra, Terezinha, Ana Amélia e Terezinha Gomes por todo o carinho, toda a ajuda e por tudo o que fizeram por mim.

Ao meu tio Janduy, que mesmo partindo tão prematuramente, tanto contribuiu para esta realização. E que certamente está vibrando com a minha conquista.

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

Ao meu amor Ítalo José Leite Pereira, pela paciência, carinho e atenção. Por estar sempre ao meu lado em todos os momentos me incentivando e apoiando.

A Ângela Leite e Rinaldo Pereira por todo o carinho, dedicação e acolhimento.

As minhas amadas amigas-irmãs, Priscila Dias e Cássia Queiroz, presentes divinos, sinônimos de amizade e companheirismo, por dividirem comigo as alegrias, conquistas, mas também, por terem me levantado em todas as quedas, por tentarem me ajudar a superar os medos e por todos os momentos que vivemos juntas.

A Karllinha, pessoa especial que jamais esquecerei, por todo carinho, amizade e respeito e por termos divididos quatro bons anos de nossas vidas em perfeita harmonia.

Aos meus grandes, amados e preciosos amigos, cada um deles sabe a importância que tem na minha vida, e sabe que eu não teria a mesma alegria no meu viver se um deles me faltasse.

A minha querida orientadora Petrúcia Marques M. Sarmento, um anjo que Deus me concedeu a graça de conhecer, por toda dedicação, empenho, sabedoria, paciência, disponibilidade e delicadeza ao me orientar neste trabalho, que mesmo com toda a carga de compromissos e atribuições sempre me atendeu de forma tão atenciosa.

A professora Monnizia pelas dicas e pelos conhecimentos transmitidos.

A minha querida turma, em especial ao nosso grupo, por todos os momentos felizes, por superarmos juntos a saudade de casa. Sem esquecer do “quarto elemento” Vinícius Pires, por contribuir com sua alegria e bom humor nos fazendo sorrir sempre.

"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

A família é considerada instituição essencial para existência e progresso da sociedade, preexistente ao Estado e ao próprio Direito. Diante das constantes alterações que a instituição familiar sofreu ao longo da sua evolução, que influenciaram decisivamente na composição da família, que ora patrimonialista e patriarcal cede espaço a uma nova estrutura, mais democrática e igualitária. Surge, então, o instituto da guarda, como consequência da dissolução do vínculo conjugal, com respaldo jurídico, tendo em vista, ser destinada a proteção do filho. Desta feita o presente trabalho realiza uma abordagem sócio-jurídica da guarda compartilhada e o direito à convivência familiar. Deste modo objetiva analisar a guarda compartilhada na perspectiva de discutir se a mesma é capaz de assegurar o direito ao convívio familiar. Para alcançar tal objetivo, utilizaram-se como método de abordagem o dedutivo e o histórico-evolutivo, além do exegético jurídico, e como técnicas de pesquisa a bibliográfica com consulta a doutrinas, leis e sites jurídicos. Para tanto sistematiza a pesquisa em três capítulos. Inicialmente se faz um estudo da instituição familiar abordando sua historicidade, princípios norteadores, e as novas formas de famílias brasileiras. Posteriormente tratará do poder familiar e a guarda como um atributo deste, abrangendo o histórico e conceitos, bem como análise das modalidades de guarda e os fatores determinantes para seu deferimento em virtude da ruptura conjugal. Por último abordar-se-á o direito à convivência familiar e a guarda compartilhada na legislação brasileira, bem como as justificativas para a adoção desta. Partindo do exposto indagou-se se efetivamente o instituto da guarda compartilhada corresponde a um mecanismo eficaz para a manutenção do convívio familiar. Como resultado observar-se-á que a guarda compartilhada é o instituto que melhor assegura o direito ao convívio familiar, pois possibilita a manutenção do relacionamento entre pais e filhos de forma mais satisfatória, uma vez que todas as decisões deverão ser tomadas em conjunto por aqueles, sempre visando o interesse do menor.

Palavras-chaves: Guarda compartilhada. Direito fundamental. Convivência familiar.

ABSTRACT

The family is considered the institution that is essential to the existence of the progress of society, and that is prior to the State and Law itself. In light of the constant changes that the family institution has suffered throughout its evolution, which strongly influenced the composition of the family patrimony and that now gives way to a new patriarchal structure, more democratic and egalitarian. Then comes the institution of custody as a result of dissolution of the marriage, with legal support in order to be aimed at protecting the child. Thus the present study conducts a socio-juridical approach of shared custody and the right to family life. In this way we intend to analyze the shared custody with a view to discuss whether it is capable of ensuring the right to family life. To achieve this, was used the approach as a method of deductive and historical-evolutionary, as well as exegetical legal, research techniques and how to query bibliographic doctrines, laws and legal sites. For this the research is classified into three chapters. Initially there is a study of the family institution approaching its history, guiding principles, and new forms of Brazilian families. Subsequently it'll deal of family power and saves as an attribute of covering the history and concepts as well as analysis of the conditions of custody and the determining factors for its acceptance as a result of marital breakdown. Finally we will approach the right to family and custody in Brazilian legislation and the reasons behind this. Based on this, it was asked whether the Institute actually shared custody represents an efficient mechanism for the maintenance of family life. As a result, it is observed that joint custody is the best institute which guarantees the right to family life because it enables the ongoing relationship between parents and children more successfully, since all decisions should be taken jointly by those always seeking the child's interest.

Keywords: Joint custody. Fundamental right. Family life.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR.....	13
2.1 <i>Considerações iniciais</i>	13
2.2 <i>Evolução histórica da entidade familiar</i>	14
2.3 <i>Princípios constitucionais do direito de família</i>	21
2.4. <i>Novas formas de família brasileira</i>	25
3. GUARDA COMO ATRIBUTO DO PODER FAMILIAR.....	29
3.1 <i>Poder familiar: Análise histórica e conceitual</i>	29
3.2 <i>Da dissolução da entidade familiar: guarda dos filhos menores e suas conseqüências jurídicas</i>	33
3.3 <i>Conceito e modalidades de guarda dos filhos menores</i>	36
3.4 <i>Fatores que influenciam na determinação da guarda dos filhos</i>	42
4. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA.....	46
4.1. <i>Convivência familiar como direito fundamental</i>	46
4.2. <i>Guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro</i>	50
4.3. <i>Justificativas da guarda compartilhada</i>	54
5 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O homem como ser eminentemente social não consegue viver isolado dos seus semelhantes e é a partir deste desejo de conviver com o próximo que surge a necessidade de se agrupar, e, conseqüentemente instituir relação familiar.

As primeiras normas atinentes a instituição familiar eram de ordem religiosas, pois a família mais que uma instituição social era vista como sagrada, uma vez constituída deveria ser mantida para perpetuar o culto aos antepassados. Com o decorrer do tempo, a instituição familiar enfrentou várias mudanças, influenciando, sobremaneira, no desenvolvimento social.

Neste contexto de transformações, a mais significativa corresponde a passagem da sociedade patriarcal dotada de conservadorismo e valores patrimoniais para uma sociedade mais democrática e igualitária. Fruto de lutas e revoluções, como a Revolução Industrial, a conquista de vários direitos pela mulher, bem como a sua inserção no mercado de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 eleva a familiar para um novo patamar ao consagrar como princípios constitucionais a igualdade dos cônjuges, a paternidade responsável, bem como ao estabelecer como direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar.

Diante da referida evolução a guarda dos filhos menores, merece destaque, tendo em vista ser fonte de inesgotáveis discussões jurídicas, haja vista que a dinâmica das relações familiares exige um novo modelo de guarda. Com o fito de atender aos anseios sociais a Lei nº 11.698/08 inclui na legislação civil pátria a guarda compartilhada como uma das alternativas frente à dissolução da entidade familiar. Pois com o compartilhamento da guarda almeja-se retirar o filho do centro do litígio, atribuindo a ambos os pais os mesmos direitos e deveres referentes ao exercício do poder familiar.

O presente trabalho se propõe a analisar o instituto da guarda compartilhada na perspectiva de discutir a capacidade desta em preservar a relação existente entre pais e filho, possibilitando, dessa forma, a manutenção do vínculo sócio-afetivo e, conseqüentemente, a garantia ao convívio familiar.

Assim será desenvolvido com o objetivo de examinar a evolução da instituição familiar no intuito de compreender o novo conceito de família na sociedade moderna,

abordando os conceitos, similitudes e diferenças dos tipos de guarda dos filhos menores adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como verificar a viabilidade de cada modalidade frente ao princípio do melhor interesse do menor, e enfatizar a importância do deferimento da guarda compartilhada tendo em vista a peculiar situação de vulnerabilidade dos filhos menores.

Para tanto adotar-se-á como método de abordagem o dedutivo e o histórico-evolutivo, abrangendo a análise e apreciação histórica do instituto e sua evolução, para uma melhor compreensão da temática em tela. Dessa forma, analisar-se-á a entidade familiar brasileira, bem como examinará o instituto do poder familiar e a guarda compartilhada como um atributo deste. E como técnicas de pesquisas a bibliográfica, a qual decorrerá de consultas a doutrinas e artigos; e o exegético-jurídico, que será aplicado por meio de consultas a leis e sites jurídicos com a propositura de ampliar o tema ora apresentado pelo qual far-se-á uma interpretação das normas existentes, buscando compreender o sentido e alcance destas disposições legais.

A relevância jurídica do tema consistirá em demonstrar que, a guarda compartilhada corresponde a um instituto necessário para a permanência da relação entre pais e filhos, partindo do ora exposto indaga-se se efetivamente o instituto da guarda compartilhada corresponde a um mecanismo eficaz para a manutenção do convívio familiar.

Para uma melhor sistematização dividir-se-á a pesquisa em três capítulos. No primeiro será tratada preliminarmente as considerações iniciais acerca da instituição familiar, conceito e historicidade, sob o enfoque do seu caráter fundamental para a existência e desenvolvimento do Estado, mostrará a evolução da entidade familiar e as novas formas de famílias brasileiras, serão ainda expostos os princípios constitucionais norteadores do direito de família.

Por sua vez no segundo capítulo elucidará um breve estudo acerca do poder familiar sendo examinado o instituto da guarda como um atributo deste poder-dever. Para tanto, serão abordados seus antecedentes históricos, conceito e peculiaridades, apresentando o entendimento do que seja poder familiar, bem como a guarda dos filhos menores. Em seguida analisar as consequências jurídicas da dissolução da entidade familiar bem como serão examinados os fatores determinantes para o deferimento da guarda dos filhos menores.

O último capítulo examinar-se-á, de forma concisa, o direito ao convívio familiar e a guarda compartilhada como o instituto mais adequado a propiciar a manutenção do vínculo entre pais e filhos. A convivência familiar será enfatizada como um direito fundamental da pessoa humana, bem como realizar-se-á uma análise da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando os fatores psicológicos dentre suas peculiaridades, assim como as justificativas para a adoção de tal instituto. Onde verificar-se-à questões de extrema relevância como a fixação da residência do filho, bem como a importância do compartilhamento das responsabilidades educacionais do menor dentre outras peculiaridades.

Diante do exposto, verificar-se-á a pertinência da temática, haja vista, ser o compartilhamento da guarda o meio mais propício a assegurar a isonomia conjugal, bem como a preservação do vínculo existente entre pais e filhos e principalmente o respeito ao princípio do melhor interesse do menor. Neste prisma vislumbra-se a relevância do tema para o estudo acadêmico no intuito de ampliar o conhecimento a cerca da aplicabilidade e viabilidade do instituto em comento.

2 DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

Realizar-se-à 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, posteriormente analisar-se-à os princípios constitucionais norteadores do direito de família e, por fim será realizado um breve estudo sobre as novas formas de famílias brasileiras.

2.1 Considerações iniciais

A família é considerada como elemento essencial da sociedade, célula base do Estado, visto que é uma instituição fundamental para o progresso deste, pois é o berço da humanidade, onde o ser humano recebe a sua educação inicial, bem como os primeiros conceitos de ética e moralidade. Por esta razão, merece atenção prioritária do ente estatal devendo ser protegida pelas normas jurídicas e preservada na sua essência. Assim a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) (XVI 3) aduz que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Em virtude de sua vital importância para a existência e o pleno desenvolvimento da sociedade a entidade familiar é compreendida como indispensável na construção dos valores inerentes a personalidade dos indivíduos. De acordo com Dias (2006, p.27): “a família é o primeiro agente socializador do ser humano.”

A família adquire função precipuamente instrumental para a consecução dos interesses pessoais dos seus membros, sendo o afeto, a afinidade, o companheirismo a primeira razão de ser daquela. Principalmente com relação aos filhos, visto que estes devem encontrar na família um ambiente propício ao seu pleno desenvolvimento físico, psíquico, educacional e moral.

Neste sentido Fraga (2005, p.50) adverte:

A família é a estrutura fundamental que molda o desenvolvimento psíquico da criança, uma vez que é por excelência, o primeiro local de troca emocional e de elaboração dos complexos emocionais, que se refletem no desenvolvimento histórico das sociedades e nos fatores organizativos do desenvolvimento psicossocial.

Diante disso compreende-se que o homem é produto do meio onde vive, adquirindo deste fatores que irão influenciar diretamente na sua personalidade e no seu relacionamento com os outros indivíduos e, é na família que encontra um ambiente inaugural do seu desenvolvimento como ser social.

Em decorrência da sua importância para a sociedade, existe um ramo próprio do Direito para resguardar as suas particularidades, sendo o Direito de Família o responsável pela sua regulamentação e proteção, tendo em vista o seu caráter fundamental para a sobrevivência humana.

Para tanto Gonçalves (2007 p.1) explica:

O direito de família é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculados durante a sua existência, mesmo que venha a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Portanto, a família desde os primórdios da humanidade é considerada como uma instituição indispensável para o desenvolvimento da sociedade, uma vez que esta é proveniente daquela, não podendo falar em sociedade sem antes fazer referência a entidade familiar.

2.2 Evolução histórica da entidade familiar

Ao examinar a instituição familiar observa-se que há discussão doutrinária a respeito de como foi o estado inaugural desta entidade tão importante para o Estado. Em relação à origem da família duas teorias merecem destaque: a teoria matriarcal e a patriarcal. Fraga (2005, p.9) preleciona:

A primeira defende que o núcleo familiar teria se originado em grupamentos onde não havia vinculação entre parceiros sexuais: todos os homens e mulheres do grupo se relacionavam entre si. Os adeptos da segunda teoria negam tal fato e sustentam que os grupamentos se originaram, tendo a figura do pai como centro organizacional do núcleo familiar.

Sabe-se que a teoria matriarcal coincide com a época em que os homens viveram nas chamadas hordas promíscuas, relacionando-se sem vínculos civis e sociais. A sociedade era organizada em tribos e a família era formada em torno da mulher. Destarte, Venosa (2006, p.3) relata:

No estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que alimentava e a educava.

Porém, contrariamente a tal teoria Fraga (2006, p.11) menciona que:

Maine e Fustel de Coulanges combatem a teoria matriarcal, negando que todas as sociedades se originaram da promiscuidade, e que a família tenha surgido como um fruto natural, com raízes no impulso biológico que uniu originariamente o homem e a mulher, onde predominou a figura masculina e que sucedeu a um período inicial de promiscuidade, portanto, de anomia.

Ao combaterem a teoria matriarcal negam que todas as sociedades tenham se originado da promiscuidade e que a família tenha surgido como um fato natural. Defendem que a família seria um grupo social de domínio cultural onde cada membro ocuparia uma função sendo o pai a figura central da organização familiar. Em relação a este posicionamento Engels (2009, p 34) aduz que: “Ultimamente passou a ser moda negar esse período inicial na vida sexual do homem. Pretendem poupar à humanidade essa vergonha.”

Com efeito, a origem da instituição familiar é entendida como um fato social, apesar dos indivíduos se unirem em decorrência da sua própria natureza, o que poderia ser considerado um fato natural.

Portanto, Dias (2006, p.25) enuncia: “A família é um agrupamento cultural. Preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de

comportamento". Pode-se então dizer que o surgimento do Estado seria decorrência da instituição familiar.

Verifica-se que o Direito passou a se preocupar com a entidade familiar a partir da civilização romana. Nesta a família adotava a função de unidade econômica, política, jurisdicional e religiosa, era constituída sob o princípio da autoridade, considerada como uma instituição ampla e hierarquizada onde o *pater familias*, detinha poder quase absoluto sobre os seus membros, em relação aos filhos exercia direito de vida e de morte. Deste modo Gonçalves (2007, p.15) menciona que: o pai "podia vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida." Assim o poder do pai sobre a *prole* era considerado semelhante ao poder de propriedade, e o pai poderia vender, entregar como forma de pagamento e até dispor da vida de seus filhos, como se proprietário fosse.

Percebe-se que neste dado período da história a família se constituía em torno do altar dos seus deuses, vivendo em função da perpetuação dos seus antepassados, onde cada família cultuava deuses próprios. Neste contexto Venosa (2006, p. 4) afirma que:

Por esse largo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invoca os mesmos antepassados. Por essa razão, havia necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso, era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar.

A finalidade precípua da instituição familiar era, essencialmente, manter a perpetuação do culto religioso aos antepassados, onde a religião doméstica era o fundamento das relações familiares. Coulanges (1998, p.36 e 37) dispõe que:

O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento: o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nessa e na outra vida. A família antiga é assim associação religiosa, mais que associação natural.

Com o decorrer do tempo a sociedade passa a estabelecer regras para regulamentar as relações familiares, visto que a sociedade que ora se constituía em torno destas, necessitava de limites, impostos pelo Estado, uma vez que cabe ao ente estatal impor normas de condutas ao homem, pois, o aprimoramento das

civilizações depende, justamente, do respeito a certos princípios e regras que regem o comportamento humano. E como consequência desse intervencionismo estatal surge o casamento como forma de impor limites as relações existentes entre homens e mulheres. Tendo em vista o caráter conservador da sociedade da época a família era, estritamente, patrimonialista onde o casamento era instituído como forma de preservar os interesses patrimoniais. Destarte Dias (2006, p.26) preleciona que:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo a **procriação**. Sendo entidade **patrimonializada** seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**. (grifos do autor)

Neste momento a entidade familiar era caracterizada pelo seu formato hierarquizado, patriarcal e patrimonialista. A família necessitava de uma ampla formação onde o seu progresso econômico dependia da atuação de cada membro, visto que as atividades eram desempenhadas por estes e a economia era basicamente rural.

Em decorrência da evolução social a instituição familiar sofreu grandes interferências e, conseqüentemente, mutações, principalmente, com a Revolução Industrial onde a economia, antes, agrária passa a ser industrial, ocasionando o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a sua posterior independência em relação ao marido. Neste contexto a família ora patriarcal cedeu espaço a uma nova estrutura familiar, calcada na redefinição das responsabilidades domésticas, bem como na redução da prole. Ressalta Venosa (2006, p.6) que:

A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar.

Surge assim, a necessidade do aumento de mão-de-obra nas fábricas e a conseqüente migração das famílias do campo para as cidades que passam a

conviver em espaços reduzidos. Há o ingresso da mulher no mercado de trabalho e com isso o homem deixa de ser a única fonte de subsistência da família, dividindo as despesas domésticas com a mulher, sendo este um dos fatores que influenciaram na diminuição do número de filhos. E neste momento a família torna-se nuclear, constituída pelo marido, mulher e seus descendentes. Desta forma, entende Fraga (2005, p.39) que:

Com o advento da Revolução Industrial, a mãe saiu da figura única e exclusiva de procriadora e passou a ter um papel importante na educação dos filhos. Novas mudanças sociais ocorreram e a mulher foi finalmente absorvida no mercado de trabalho, dividindo com o homem a figura de provedor do lar.

Observa-se a conquista de diversos direitos pela mulher e, em especial, a independência financeira e social, sendo, portanto, um marco importantíssimo para a concepção da família moderna. E o formato hierárquico de outrora cedeu espaço ao democrático, com igualdade de direitos e deveres entre os seus membros.

No Direito brasileiro a ascensão social da mulher foi predominante para traçar o perfil evolutivo da entidade familiar, tendo em vista que o Direito de Família pátrio sofreu profundas e importantes alterações ao longo da sua história. Assim a evolução legislativa recebeu influência do direito romano, direito canônico, e pelo direito germânico. No entanto o mais significativo foi especialmente o direito canônico, como explica Gonçalves (2007, p.16):

É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio.

O Brasil, como colônia de Portugal, seguia a legislação deste, sendo regido até meados do século XVIII pelas Ordenações Filipinas que recebiam influência direta do Direito de Família canônico. Este direito era “constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca” (VENOSA, 2006).

Com o advento do Código Civil de 1916 o Direito de Família passou a ser tratado como um ramo do Direito Civil com características e peculiaridades próprias. Na sua versão original trazia uma discriminatória e estreita visão da família, sendo

limitada apenas ao grupo constituído pelo casamento, que, aliás, era indissolúvel. “As referências feitas aos **vínculos extramatrimoniais** e aos **filhos ilegítimos** eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos” (DIAS, 2006). grifos do autor.

Com as sucessivas mudanças pelas quais passou a sociedade é inevitável que a legislação acompanhe essa evolução. E uma das mais expressivas alterações legislativa refere-se ao Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) que concedeu a mulher casada a plena capacidade, uma vez que de acordo com o Código Civil vigente a época, a mulher casada era considerada relativamente incapaz devendo ser assistida pelo seu marido nos atos civis.

Um outro marco legislativo tratou-se da instituição do divórcio no Brasil mediante a Lei 6.515/77 que trouxe a dissolução do casamento, acabando com a visão de eternidade atribuída ao matrimônio, “eliminando a idéia da família como instituição sacralizada” (DIAS, 2006).

Com essa evolução social e com o surgimento de novos paradigmas, quer pela emancipação da mulher, quer pelos avanços da engenharia genética e pela descoberta de métodos contraceptivos a família ganha um novo relevo no âmbito jurídico constitucional. E partindo dessa premissa, insta destacar que as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 foram bastante significativas, uma vez que o Código Civil vigente na época era muito limitado e discriminatório, principalmente, com relação a mulher, pois esta tinha mais obrigações que direitos, além de considerar o casamento como indissolúvel, não admitia outra forma de família senão a resultante do matrimônio, bem como fazia distinção entre os seus membros tratando de forma discriminatória as relações não matrimoniais e os filhos advindos destas.

A Constituição Federal de 1988, como base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, sedimentado na dignidade da pessoa humana trata a família de forma mais abrangente, assegura proteção em todos os seus aspectos, particularidade e formas, pois, em seu artigo 226 estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Neste contexto a proteção a família é consagrada no âmbito do casamento, como também decorrente da união estável. Trazendo como princípios fundamentais do direito de família a isonomia entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos sejam

naturais ou adotivos, a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável entre outros.

Assim, Oliveira (*apud* VENOSA 2006, p.18) apresenta rol de princípios constitucionais do Direito de Família, advertindo que não é exaustivo, pois outros podem ser inferidos de princípios gerais ou implícitos:

Proteção de todas as espécies de família (art.226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art.226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art.5º, caput, I, e art.226, 5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art.226, § 6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art.226, § 5º); assistência do estado a todas as espécies de família (art.226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art.227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art.227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art.229); dever da família, da sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art.230, CF)".

Fica claro, portanto, que estes princípios implicam à família uma nova realidade, calcada na possibilidade de uma redefinição de valores onde o afeto passa a ser primordial para a constituição da instituição familiar constitucionalizada. Para tanto tal análise principiológica será verificada em momento posterior.

Neste diapasão, e como resposta a nova realidade social brasileira em 11 de janeiro de 2003 entra em vigor o atual Código Civil que procurou em seu texto legal atualizar os aspectos principais do Direito de Família. Entretanto, apesar do esforço dos legisladores o diploma legal é considerado retrógrado para a época, razão de inúmeras críticas tanto da doutrina moderna quanto dos aplicadores do direito. Para Dias (2006, p. 29):

O novo código, embora bem-vindo, chegou velho. Por isso é imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem quem sabe até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar era preciso. Preferir que as coisas fiquem como estão – postura tipicamente humana, pelo medo do novo – é mais fácil. De outro lado, criticar sem nada acrescentar é atitude estéril que em nada contribui para que algo seja melhorado.

Mesmo assim, é notório os avanços obtidos com o Código Civil em vigor, onde o Direito de Família patrimonialista cede espaço a preocupação com o respeito a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da realidade social. Com a primazia de tal princípio as expressões preconceituosas e discriminatórias foram banidas do texto legal. Assim Dias (2006 p.30) afirma:

Talvez o grande ganho tenha sido **excluir expressões e conceitos** que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos aqueles dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.(grifos do autor)

Portanto o diploma civilista trouxe grandes e importantes inovações no seu texto inicial, porém foram significantes as mudanças ocorridas desde a sua aprovação até os dias atuais. Como pode-se observar a exemplo a guarda compartilhada dentre outras.

2.3 Princípios constitucionais do direito de família

A Constituição Federal de 1988 consagra um recente modelo de sociedade, mais democrática, baseada em novos paradigmas que visam a liberdade e a igualdade entre todos, respeitando, porém, as suas diferenças e principalmente buscando primar sempre pela dignidade humana, pedra angular dos direitos humanos e um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil.

O texto constitucional dispõe uma série de princípios fundamentais que norteiam o Direito de Família conferindo assim um tratamento adequado à realidade social, uma vez que visa atender “a necessidade da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade” (GONÇALVES 2008). Assim o atual Direito de Família rege-se pelos seguintes princípios:

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 constitui a base de toda entidade familiar, quer seja biológica ou socioafetiva, assegurando aos seus membros condições de se desenvolverem plenamente em todas as suas peculiaridades. Para Diniz (2006) o

princípio em análise consiste na base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Desta feita pode-se compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo quase universal, passa a influenciar toda a sociedade moderna, e, em especial a democrática, refletindo sobremaneira na instituição familiar como base do Estado, merecedora de especial proteção deste. Assim, o citado princípio serve de parâmetro para todos os outros princípios que regem o Direito de Família.

Vê-se que as sucessivas mudanças sociais e políticas do século XX, a crescente evolução científica, bem como o fenômeno da globalização passam a influenciar diretamente nas relações familiares, basicamente na sua estrutura e definição dos papéis dos seus membros.

Neste sentido Pereira (*apud* GONÇALVES, 2008, p.6) enfatiza que:

Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um 'declínio do patriarcalismo' e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da *dignidade da pessoa humana*, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas. (grifos do autor)

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros consagrados no artigo 226, § 5º CF/88 assegura que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Com a adoção desse princípio extingue o poder exercido, único e exclusivamente, pelo marido, bem como a autocracia do chefe da família cede lugar ao consenso entre os cônjuges ou companheiros, que deve existir em todas as decisões sobre a entidade familiar. Ademais Fraga (2010, p.54) aduz: "No Brasil, o texto constitucional se referiu à igualdade entre homem e mulher, garantindo assim direitos e deveres iguais tanto na relação entre marido e mulher, como na relação pais e filhos".

Tendo em vista a evolução social, como também a importante conquista da mulher com relação aos direitos sociais e políticos, não existia mais razão que justificasse a superioridade da figura masculina sobre a feminina, principalmente, no tocante a instituição familiar, uma vez que isso não mais corresponde a realidade atual. Para tanto Akel (2010, p.31) preleciona que:

Sob o aspecto conjugal, o papel da mulher brasileira teve seu apogeu com a Constituição Federal de 1988, que expressamente estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, reconhecendo que os direitos e deveres referentes à sociedade familiar são exercidos por ambos, de forma conjunta e igualitária.

Atualmente certos posicionamentos relativos ao comportamento dos pais no ambiente familiar, não são aceitos socialmente, uma vez que o próprio texto constitucional, ao dispor expressamente que o princípio da isonomia entre os cônjuges ou companheiros deve reger as relações familiares, esclarece que estes estão em condições igualitárias em todas as atividades familiares, inclusive com relação à prole. Uma vez que é conferido conjuntamente aos pais o exercício do poder familiar, ou seja, o “conjunto de direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos” (FRAGA, 2010). Neste diapasão o referido princípio é uma das razões que fundamentam a instituição da guarda compartilhada, instituto que será analisado em momento oportuno.

Outro princípio que merece destaque trata-se da igualdade jurídica de todos os filhos consubstanciada no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que expressamente dispõe: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”. Neste olvido Gonçalves (2007, p.8) ressalta que:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento de nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda a designações discriminatórias relativas à filiação.

Baseado na dignidade da pessoa humana a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos confere a estes proteção contra qualquer designação discriminatória referente ao estado de filiação.

Estabelecendo, dessa forma, absoluta igualdade entre todos os filhos independentemente da relação advinda. Assim proíbe a designação retrógrada de filho legítimo como o resultante do casamento e de ilegítimo o resultante de relação extra matrimonial ou da filiação adotiva.

A liberdade conjugal também é um princípio constitucional, na qual confere ao casal o poder de constituir uma comunhão de vida familiar seja por meio do casamento ou da união estável, sem qualquer interferência do Estado ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado. Segundo Gonçalves (2007, p.9):

Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art.1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226 § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.

Portanto ao casal concede o direito de decidir sobre o planejamento familiar, inexistente norma legal que restrinja ou regulamente o controle de natalidade, cabendo, exclusivamente, ao casal optar pelo número de filhos. São livres para escolher também o regime de bens mais conveniente ao casal, bem como a forma de administração do patrimônio familiar e o modelo de educação mais adequada aos filhos respeitando, sempre, os direitos da criança e do adolescente referentes ao pleno desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional destes.

Verifica-se ainda o princípio do pluralismo familiar, com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, e a sua posterior regulamentação pelo Código Civil, esta ganha *status* de casamento, uma vez que o casal pode a qualquer tempo reconhecer a união e gozar dos mesmos direitos e proteção que um casal unido pelo matrimônio. Assim o casamento deixa de ser considerado pressuposto da família, que pode existir, inclusive, na forma monoparental, modalidade de entidade familiar que terá suscitada a sua abordagem à *posteriore*.

O princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre cônjuges ou conviventes está previsto no artigo 226 § 6º da Constituição Federal de 1988 que prioriza a convivência familiar baseada principalmente no afeto existente entre seus membros. Neste sentido Gonçalves (2007, p. 8) afirma que:

Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais. Nessa linha, a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial e pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção da *affectio*, e não da culpa de qualquer dos cônjuges.

O afeto existente nas relações familiares representa tanto a razão para justificar a sua constituição como a sua extinção. Porém, “apesar da separação, a família não deixa de existir, enquanto entidade promotora do desenvolvimento psicossocial de todos que a integram” Brandão (2010). No entanto, a realidade se apresenta de forma diversa, pois com o fim da relação marital, a tendência é a desestruturação familiar e a convivência do filho com apenas um dos pais, ocasionando prejuízos a todos os envolvidos.

2.4. Novas formas de família brasileira

As inúmeras mudanças efetuadas na estrutura política, social e econômica refletiram diretamente nas relações jurídico-familiares. A proteção da pessoa humana adquiriu respaldo com os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo. Neste contexto de globalização, a instituição familiar está em constante mutação, ocorrendo uma completa reformulação conceitual.

A família passa a ser constituída para a consecução de outros fins, perdendo o caráter patrimonialista de outrora. Sendo formada sob o alicerce do afeto e do amor recíproco, a constante busca da realização pessoal passa a ser uma das principais finalidades das uniões afetivas da atualidade. Para tanto, Brandão (2010) afirma que:

Uma das simbioses do direito de família contemporâneo, foi constatar, apesar da obviedade que o afeto que decorre do amor, constitui a base e fundamento para sustentação do relacionamento que edifica as relações homem/mulher e destes com os filhos.

É importante ressaltar que muitos paradigmas foram quebrados, a família começa a ter conotações próprias, seus membros passam a ser tratados como sujeitos de direitos, protegidos pelo Estado contra qualquer forma de discriminação ou preconceito. Deste modo Dias (2006, p.37) aduz que:

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da **conjugalidade**, quer da **parentalidade**.

Assim, expressões como ilegítima, espúria, adúltera, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite adjetivação. (grifos do autor).

Antes da vigência da Carta Constitucional de 1988, a única modalidade de família admitida no ordenamento jurídico brasileiro era resultante do casamento, pois para o Estado, a sociedade e a igreja qualquer outra forma de constituição familiar seria ilegal e imoral. A família matrimonial, constituída pela celebração do casamento civil ou religioso com efeitos civis perdura até os dias atuais, onde muitos casais oficializam publicamente seu relacionamento por meio da instituição do casamento. Para Venosa (2006, p. 87):

Em nenhum outro ato da vida são necessários tantos formalismos e solenidades como no casamento. Os mistérios do amor, do afeto, da vida em comum, do nascimento e criação da prole sempre desafiam a imaginação humana, colocando o casamento em um estágio de transcendência entre o humano e o divino, rodeado de toda pompa e circunstância. O casamento solene é uma constante das civilizações e permanece até o presente, no nascimento de um novo século, época marcada pelo açodamento das atividades e desprezo das formas.

Com redefinição de valores e conceitos o casamento com toda solenidade e representatividade configura ainda um fundamento da família, tendo em vista o seu caráter de publicidade a uma nova formação familiar. Assim o casamento para alguns representa a passagem para uma nova etapa da vida, calcada agora na partilha de responsabilidades e com o compromisso de um colaborar para a realização do outro e, conseqüentemente, para o bem estar daqueles advindos de tal relação, quais sejam os filhos.

Contudo, outras pessoas não desejam passar por todo o formalismo do casamento para constituir suas famílias, preferem viver sob a forma de união estável, relação esta que recebe a mesma proteção constitucional. Embora tal relacionamento afetivo não adote solenidade e formalidade exigido no casamento, apenas para que seja reconhecida a união estável como entidade familiar é necessário preencher alguns requisitos legais.

Desta feita Gonçalves (2007, p. 548 e 549) preleciona:

Vários são, portanto, os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. Podem ser

apontados como de ordem *subjetiva* os seguintes: a) convivência *more uxório*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, como de *ordem objetiva*: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; f) relação monogâmica. (grifos do autor)

Desta forma, embora não se exija uma celebração solene para instituir a união estável isso não significa que se configura apenas pelo simples fato do casal morar junto, deve-se somar uma série de fatores para que essa relação seja reconhecida como entidade familiar, como assevera o citado autor. Portanto para caracterização requer tais requisitos: convivência duradoura, contínua, pública, com objetivo de constituir família além da ausência de impedimentos matrimoniais.

É mister relatar que a entidade familiar constituída pela união estável é detentora da mesma proteção do Estado, goza dos mesmos direitos e deveres relativos a relação matrimonial, no que tange ao regime de bens, como também ao exercício do poder familiar dentre outros previstos em lei.

A Constituição Federal de 1988 ao ampliar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Adequando, dessa forma, a atual realidade de tantas famílias formadas por apenas um dos pais e seus filhos. Neste sentido Dias (2006, p.44) ressalta:

O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada. Tais entidades familiares recebem em sede de doutrina o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

Uma vez prevista constitucionalmente, a família monoparental não teve seus direitos regulados pelo legislador infraconstitucional. Isso não significa a inexistência de proteção legal. Pois é crescente o número de famílias lideradas somente por um dos pais e seus descendentes, e tal fato não pode ficar à margem do Direito.

Observa-se que independente da forma prevista ou da nomenclatura adotada, a família deve ser identificada pela comunhão plena de vida, pelo respeito mútuo entre seus membros e pelos laços afetivos que os mantêm unidos na busca incessante pela realização dos seus objetivos. Pereira (2005) pontua que:

Independentemente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina. Hoje, a família que impera é a sociológica, que visa à promoção de seus membros, em detrimento de um imperativo formal, de manutenção do núcleo familiar em razão de uma falsa moralidade e uma falsa paz doméstica. A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade.

Destarte, sedimentada na valorização da pessoa humana a família assume um importante papel na atualidade, redefinindo valores e parâmetros sociais. As relações pessoais ascendem um patamar mais elevado, que priorizam a prevalência do afeto, da solidariedade, da fraternidade em detrimento de qualquer outro interesse individual.

3. GUARDA COMO ATRIBUTO DO PODER FAMILIAR

Neste capítulo realizar-se-à um breve estudo acerca do poder familiar sendo examinado o instituto da guarda como um atributo deste poder-dever. Para tanto, serão abordados seus antecedentes históricos, conceito e peculiaridades, apresentando o entendimento do que seja poder familiar, bem como o instituto da guarda dos filhos menores. Será esta analisada como uma das conseqüências jurídicas da dissolução da entidade familiar bem como os fatores determinantes para o seu deferimento.

3.1 Poder familiar: Análise histórica e conceitual

Sabe-se que o poder familiar trata-se de um instituto que sofreu grandes mutações desde a sua origem até os dias atuais. Sua evolução acompanha o desenvolvimento da família que se modifica ao passo que a sociedade se desenvolve e se moderniza.

Tomando como ponto de partida o Direito Romano para o estudo evolutivo do instituto em análise, pode-se dizer que em tal época o *pátrio poder* era considerado como praticamente análogo ao poder de propriedade, tendo em vista que, era exercido pelo chefe da família sobre tudo que fizesse parte do grupo familiar, incluindo esposa, filhos, escravos e todas as outras pessoas que integrassem esta instituição romana. O poder familiar no aludido direito era denominado de *pátria potestas* que primava pela supremacia do poder do pai sobre a pessoa dos filhos.

Em virtude da influência do Cristianismo o poder familiar foi alterado na sua essência, passando de um instituto com caráter absolutamente repressivo para um destinado a proteção da pessoa e dos bens dos filhos menores. Dessa forma, o poder familiar migra da órbita do direito privado para o direito público, configurando função do Estado primar pelo interesse dos filhos com relação aos pais. Neste mesmo sentido assevera Gonçalves (2007, p. 368):

Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um *múnus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de zelum pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

Diferentemente do que ocorria no Direito Romano onde a *pátria potestas* era exercida em favor do pai, detentor de todo o poderio econômico, político e religioso, o poder familiar decorrente de uma sociedade democrática, fundamentada sob os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia entre os membros da família, busca resguardar o melhor interesse dos filhos bem como proporcionar a estes um ambiente familiar saudável.

Deste modo ao analisar pode-se indagar se o poder familiar seria um direito dos pais ou um dever destes para com os filhos. Para Venosa (2006, p.319) o poder familiar é entendido “como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens”.

Insta ressaltar que tal instituto surge da necessidade dos filhos menores receberem proteção e cuidado dos seus pais, tendo em vista a sua condição peculiar de ser em desenvolvimento. Segundo Diniz (2006, p.528):

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Assim, pode-se conceituar o poder familiar como um complexo de direitos e deveres decorrentes da relação existente entre pais e filhos, determinado por lei que visa assegurar o melhor interesse dos filhos, no tocante ao seu desenvolvimento no seio da família. Para Souza (2006):

O poder familiar consiste no conjunto de atribuições que os pais detêm relativamente aos filhos, a fim de garantir-lhes uma formação pessoal saudável. Em verdade, não se trata tecnicamente de um “poder”, mas do exercício de uma gama de deveres, que habilitam os pais a criar a prole com responsabilidade. É, em síntese, um instituto protetivo.

Desta forma é compreendido como direito e dever exercido pelos pais, simultaneamente, sobre a pessoa dos filhos menores e maiores incapazes. Constituído pelo dever de cuidado e vigilância, buscando sempre atender as necessidades e peculiaridades dos filhos em fase de desenvolvimento.

É exercido durante a constância da relação conjugal, como após a sua dissolução, uma vez que tal situação não altera a relação existente entre pais e filhos, sendo esta decorrente do estado de filiação. Desta feita, a titularidade do exercício desse direito pertence a ambos os pais, em absoluta igualdade, quer no decorrer do casamento ou não. (GRISARD FILHO 2005)

Sendo estes atributos conferidos aos pais estabelecidos no artigo 1.634 do Código Civil brasileiro. Compete ainda aos pais enquanto no exercício do poder familiar administrar e usufruir do patrimônio dos filhos, conforme dispõe o artigo 1.689 do diploma civilista. Além de conferir o poder de decisão de forma conjunta nas questões referente a disposição de bens, bem como a proteção a pessoa do filho.

Um ponto que merece destaque neste estudo refere-se a intervenção estatal, uma vez que a autonomia da família não é absoluta, cabendo ao Estado atuar de forma protetiva em favor dos filhos e da instituição familiar, no caso de violação de direito ou ameaça a este. Assim Groeniga (2008, p.224) preleciona:

Da mesma forma que o Poder Familiar implica em deveres dos pais para com os filhos, também é inegável que o Poder do Estado implica em deveres com relação aos cidadãos e a família, no sentido da proteção especial com que a família deve contar por parte do Estado. Fundamental se faz a análise não só da competência e dos limites do Poder Familiar, mas das limitações impostas ao seu exercício devidas à falta de condições sociais que podem ser de responsabilidade direta ou indireta do Estado.

Percebe-se que o Estado ao fiscalizar o exercício do poder familiar, verificando alguma forma de violação de direito com relação aos filhos menores, pode suspendê-lo ou até destituí-lo de quem o detenha. De acordo com Grisard Filho (2005, p.49):

O exercício do poder familiar encontra, assim, vicissitudes, que vão desde a cessação absoluta de seu funcionamento, por esgotar-se em si mesmo ao alcançar sua finalidade, ou por falecimento de seus sujeitos, ou por motivos que venham alterar seu normal desenvolvimento. A privação ou desmembramento do poder familiar dá-se por motivos de diversa natureza.

Às vezes, em virtude de situações jurídicas com ela incompatíveis, por outras, via sanções às faltas mais ou menos graves, cometidas pelos pais.

É preciso mencionar que a forma natural da extinção do exercício do poder familiar consiste na morte dos pais ou dos filhos, a maioridade ou a emancipação. No entanto pode ocorrer casos de suspensão ou destituição do referido poder nas situações previstas nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil brasileiro de 2002 em comento:

Art. 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único: Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Faz-se necessário esclarecer que a suspensão do exercício do poder familiar trata-se de uma medida temporária ao exercício de todos ou de alguns dos seus atributos, que ocorre por meio de decisão da autoridade judiciária competente, mediante apuração de falta grave, sempre que um ou ambos os pais abusarem de sua autoridade, faltando com deveres a ele inerentes ou arruinando os bens do filho, ou ainda, se condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão. (QUINTAS 2010)

Em relação a destituição esta consiste numa medida mais grave por ter conotação definitiva e abrangência sobre todos os atributos inerentes a tal poder. Assim será destituído do poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente seu filho, que deixar este em situação de abandono, que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes bem como ao que incidir reiteradamente nas hipóteses previstas para a sua suspensão.

É mister ressaltar que tais medidas não são punições, mas meios que objetivam a proteção da pessoa dos filhos em relação aos seus pais ou responsáveis. De acordo com Goeninga (2008, p.223): “no sentido de preservação dos interesses dos filhos é que a suspensão e a destituição do Poder Familiar não

têm caráter punitivo e sim de correção dos rumos das relações entre pais e filhos, sendo preferível a sua suspensão à sua destituição". Portanto o poder familiar trata-se de um instituto que visa proteger a pessoa e os bens dos filhos menores, garantindo direitos e deveres que serão exercidos pelos pais, priorizando sempre o interesse daqueles.

3.2 Da dissolução da entidade familiar: guarda dos filhos menores e suas conseqüências jurídicas

A estrutura familiar está enfrentando um processo evolutivo ao longo dos tempos, pois na medida em que a sociedade se transforma a instituição familiar absorve os reflexos dessa evolução e ganha uma nova roupagem.

A família dos dias atuais, sedimentada na busca pela felicidade e bem estar dos seus membros, objetiva com a comunhão plena de vida um ambiente propício ao completo desenvolvimento da *prole*, tanto com relação à formação educacional quanto pessoal. Vale ressaltar que com a revolução sexual e a conseqüente independência financeira, profissional, conquistada pela mulher, bem como a consagração do princípio da isonomia conjugal, a família moderna se estrutura de acordo com os interesses individuais de cada um de seus membros, levando em consideração a sua dignidade.

A quebra de certos paradigmas, a instituição do princípio da afetividade como viga mestra da unidade conjugal, torna a entidade familiar, antes entendida como sagrada e indissolúvel, mais flexível, rompendo com o conservadorismo arcaico da culpa de um dos cônjuges como causa da dissolução do casamento. Ora, cessado o afeto, principal razão para que duas pessoas queiram dividir suas vidas, objetivos e responsabilidades, não há mais motivo para que continuem compartilhando suas vidas, mesmo que desta união tenha resultado descendência, uma vez que não cabe aos filhos a responsabilidade pela manutenção de um casamento onde não existe mais o mínimo de afinidade entre seus pais.

No entanto há poucos anos atrás o fim da relação conjugal, por culpa de um dos cônjuges, dava ensejo a uma injusta forma de determinação da guarda dos filhos, onde o deferimento seria uma espécie de prêmio ao cônjuge considerado

inocente, nestes casos, não era avaliado quem oferecia melhores condições ao desenvolvimento do menor, mas tão somente quem foi considerado inocente pelo fim do casamento. Assim o cônjuge culpado não teria a guarda do filho, lhe cabendo apenas o dever de prover alimentos e o direito a visita.

No sistema jurídico atual, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a determinação da guarda dos filhos menores deverá respeitar o melhor interesse do filho e não, fazer justiça ao cônjuge inocente.

O diploma civilista vigente estabelece que compete aos pais a guarda dos filhos, tanto na constância do casamento como durante a união estável. Porém, com o fim destas relações surge o problema em relação a quem ficará com a incumbência de cuidar dos infantes. Para cada caso em especial deverá ser observado sempre a forma mais adequada de primar pelo melhor interesse do filho. Dias (2005, p. 358) preleciona, que:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo conseqüências desse desenlace. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional.

Inevitável que a dissolução da entidade conjugal ocasione alguns conflitos aos cônjuges separandos, no entanto, quando se trata de uma separação consensual os efeitos negativos de tal dissolução são mais amenos, permitindo aos pais acordarem a melhor solução quanto à guarda dos seus filhos. Para Quintas (2010, p.124): “O acordo entre os pais é, quase sempre a melhor alternativa, pois a criança não é alvo da discórdia entre eles, fazendo com que a solução do problema torne-se mais rápida e conseqüentemente menos prejudicial aos filhos”.

Assim a separação amigável consiste numa modalidade mais benéfica a todos os envolvidos, principalmente se da relação adveio *prole*, onde a atribuição da guarda será decidida em comum acordo pelos pais, respeitando, desse modo o princípio da autonomia da vontade das partes. No entanto, o juiz pode determinar a guarda de forma diversa da pretendida pelos pais, ou não homologar o acordo, se entender que tal convenção não preserva os interesses dos filhos.

Percebe-se que a autonomia de tal princípio está condicionada ao melhor interesse do filho, como também está limitada apenas as modalidades compartilhada

e a unilateral, uma vez que a Lei nº.11.698/08 que alterou a redação do Código Civil vigente estabelece somente estas duas hipóteses para a determinação da guarda. Quintas (2010, p.124) aduz:

No entanto, a Lei n.11.698/08 limitou os pais à opção pela guarda unilateral ou compartilhada. Ora, considerando que a guarda dos filhos deve sujeitar-se a cada caso concreto e observada a vontade dos pais, a nova redação do Código não vislumbra todas as possibilidades para contemplar o interesse da criança na relação pais e filhos.

Apesar da legislação brasileira adotar apenas as hipóteses já mencionadas, a doutrina e a jurisprudência reconhecem outras modalidades, tendo em vista que a guarda deve ser determinada visando o interesse dos filhos e, sempre que possível, à vontade dos pais. Porém os demais tipos de guarda serão analisados, posteriormente, em momento oportuno.

Com relação a separação litigiosa, sabe-se que esta se torna mais dolorosa e difícil para todos os envolvidos no litígio, principalmente para os filhos, que na maioria das vezes são testemunhas presenciais de uma disputa incansável pela sua companhia. Neste caso, aplica-se a mesma regra da separação consensual, na qual deverá observar o acordado entre os pais sobre a guarda, entretanto, não havendo consenso entre aqueles o juiz deve fixar a guarda a quem oferecer melhores condições de cuidar do infante. Para Quintas (2010, p. 126):

As melhores condições para exercer a guarda não se restringem a condições financeiras ou psicológicas ou qualquer outra, mas ao conjunto positivo de todos os requisitos essenciais para se guardar uma criança, incluindo afeto, saúde, segurança e educação. Afinal, ainda resta ao outro genitor, que não detém a guarda, obrigações para com seus filhos, como, por exemplo, o dever de prestar alimentos, não sendo então falta de condição financeira a determinante na decisão da guarda dos filhos. Deve-se entender como melhores condições aquelas que melhor atenderem ao interesse dos filhos.

Resta observar que as condições exigidas para a determinação da guarda são mais de ordem social que material, afinal, a obrigação de prover alimento ao filho é de responsabilidade de ambos os pais, independentemente, de estar ou não com a guarda daquele. Sendo de primordial importância o respeito ao relacionamento existente entre pais e filhos antes da separação do casal.

Vale ressaltar que, apesar da utilização da expressão separação judicial neste estudo monográfico, em virtude da Emenda Constitucional de nº 66/2010 que deu nova redação ao artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, não condiz mais com a realidade jurídico- constitucional vigente nos dias atuais. Tendo em vista que tal alteração refletiu significativamente no ordenamento jurídico pátrio, gerando muitos posicionamentos e entendimentos divergentes no que tange a sua forma, contudo por não constituir objeto deste trabalho, não cabe adentrar no mérito da questão.

3.3 Conceito e modalidades de guarda dos filhos menores

A guarda constitui um dos mais importantes institutos do Direito de Família, sendo alvo de constantes polêmicas e divergências doutrinárias, devido as suas peculiaridades e a amplitude dos seus efeitos. Apesar de bastante comparado com o poder familiar não se confunde com este por constituir um direito autônomo. Portanto, pode-se entender como um instituto direcionado a proteção dos filhos menores pelos pais ou, na impossibilidade destes, por terceiro desde que preencha todos os requisitos legais.

Desta feita vários são os conceitos traçados sobre o instituto da guarda, Borda (*apud* GRISARD FILHO, 2005, p. 54) afirma que: "compreende no estudo da guarda a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores, correlatamente à obrigação de estes viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados". Nesta esteira é importante frisar que a guarda não consiste apenas em vigiar e prestar assistência, pois acarreta também responsabilidade por eventuais danos causados pelos filhos. Entretanto o mais importante papel da guarda corresponde na orientação da formação pessoal do filho pois podem influenciar de forma definitiva no caráter e personalidade da criança e do adolescente.

Para Akel (2010, p.73): "Ter alguém em companhia significa estar com essa pessoa, acompanhando seu desenvolvimento, orientando e conversando, enquanto que manter alguém sob guarda envolve mais que isso, abrangendo a vigilância e a "posse". Assim a guarda compreende-se como um dever legal dos pais de cuidado, proteção, formação educacional e moral dentre outras atribuições.

A guarda é um instituto regulado pelo Código Civil brasileiro e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/90). Neste último caso será estabelecida nas hipóteses de abandono ou quando a criança ou adolescente se encontrar em situação de orfandade. Dias (2005, p.365) afirma que:

A mesma denominação "guarda" utilizada pelo Código Civil é usada pelo ECA, mas com significado diverso. Diz com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados ou violados (ECA 98). A guarda tem cabimento em duas situações em especial: (a) para regularizar a **posse de fato** (ECA 33 § 1.º) e (b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de **tutela e adoção** (ECA 33 § 2.º) grifos do autor

A disposição prevista no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a família substituta está obrigada "a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais". E o diploma civilista em vigor, diferencia a guarda da prestação de assistência material, moral e educacional por entender que os pais já possuem tal obrigação, uma vez que estes detêm o poder familiar com todos os seus atributos.

No entanto, a guarda apresentada no presente estudo é a decorrente do poder familiar, visto que compete a ambos os pais o dever de proteger os filhos menores. Surgindo no momento em que cessa a convivência conjugal a necessidade de se deferir a guarda, uma vez que se trata de uma consequência jurídica da dissolução da relação conjugal.

O instituto da guarda pode ser classificado em guarda jurídica e guarda física. Esta consiste na presença do filho na mesma residência do genitor guardião e aquela é a guarda atribuída por lei como atributo do poder familiar, a quem compete ao guardião à responsabilidade pelas decisões referentes ao destino dos filhos, devendo protegê-los e direcioná-los sempre ao melhor interesse destes. Grisard Filho (2010 p.86) afirma:

A guarda jurídica é exercida a distância pelo genitor não guardador. A guarda material prevista no artigo 33,§ 1º, do ECA realiza-se pela proximidade diária do genitor que convivia com o filho, monoparentalmente, encerrando a idéia de posse ou cargo. Em verdade, o que obtenha a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão.

A guarda advém do exercício do poder familiar, consiste numa característica natural da maternidade e da paternidade devendo ser exercida em sua plenitude por ambos os pais. Como já foi mencionado, a guarda material ou física como também é conhecida refere-se, basicamente, na fixação da residência da criança, assim possui a guarda material quem convive diariamente com o filho. Cabe ressaltar, que esta convivência diária não deve ser confundida com a simples companhia, uma vez que quando o filho passa o dia na escola ou na casa de um familiar, não se atribui a guarda material, mas a companhia daquele.

Com relação a guarda jurídica ou legal Quintas (2010, p. 24) traça o seguinte entendimento:

Logo, a guarda jurídica, se atribuída aos pais, apresentar-se-á em três modalidades: primeiro, guarda exclusiva, atribuída a apenas um dos genitores que conseqüentemente deterá a guarda física; segundo, alternada, atribuída ora a um ora ao outro genitor, alternando-se também a física; e finalmente, guarda compartilhada, ou seja, de ambos os genitores. Neste caso, a guarda física poderá ser alternada ou fixa, já que ambos os pais detêm a guarda jurídica da criança, hipótese em que a criança poderá vir a ter duas residências ou apenas uma.

Vê-se portanto as diferentes formas de deferimento de guarda, dentre elas pode-se citar a guarda exclusiva ou unilateral, a guarda alternada, o aninhamento ou nidificação e a guarda compartilhada, esta objeto da análise do próximo capítulo.

A guarda exclusiva ou unilateral trata-se da atribuição a, apenas, um dos genitores, sendo este detentor da guarda jurídica e da guarda física cabendo ao outro genitor o direito de visitas. Assim, para ser deferida unilateralmente a um dos genitores deve-se observar os fatores essenciais como a proximidade, as relações de afinidade e afetividade entre o genitor-guardião e o filho. Barreto (2003) a respeito da guarda exclusiva aduz que:

É o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro. É bastante criticada, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor.

Uma vez estipulada por ambos os pais ou pelo juiz será necessariamente observado pelo magistrado quem revela melhores condições compatíveis com a

medida. Assim, a determinação da guarda unilateral é fixada para apenas um dos pais, ficando o outro com a incumbência de visitar o filho e fiscalizar sua educação e desenvolvimento. Com relação ao direito de visitação do filho pelo genitor não guardião Dias (2005, p. 364) assevera que:

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um **direito do próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o certo seria falar em **direito a visita**. Ou, quem sabe, melhor seria o uso da expressão **direito de convivência**, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Olvidou-se o legislador de atender às **necessidades psíquicas** do filho de pais separados. (Grifos do autor).

Em muitos casos o detentor da guarda se acha no direito de privar o filho da companhia com o outro genitor, sendo esta proporcionada unicamente pela visita. No entanto o direito de visita não pertence aos pais, mas, sim aos filhos, que estão além da relação conjugal, pois estes não deixam de ser filhos pelo simples fato da separação dos pais, não cabendo dessa forma arcar com o ônus de um litígio que não os pertence. Para Quintas (2010, p. 25):

Por ser direito da criança e dever dos pais não pode o guardião obstar a visitação, sob pena de perder a guarda dos filhos, através dos meios processuais. É através da visita que o não-guardião fiscaliza e supervisiona a atuação do guardião, podendo recorrer ao judiciário para questionar o interesse dos filhos.

Contudo, determinada a guarda unilateral, a visita deve ser estabelecida da forma mais conveniente a todos os envolvidos, principalmente aos filhos, devendo ser respeitado seus horários e atividades, buscando preservar sempre o interesse destes. A visita configura ao genitor não-guardião o direito de averiguar em que reais condições o seu filho está se desenvolvendo, bem como é uma oportunidade essencial de manter do vínculo entre pais e filhos, ora quebrado pela dissolução conjugal e, conseqüentemente, pela fixação da guarda unilateral. Desta forma, não pode o genitor guardião dificultar as visitas ou exigir que estas não se realizem.

Outra modalidade de guarda é a alternada, apesar de não está prevista no Código Civil vigente, não existe impedimento para que a guarda seja atribuída aos pais alternadamente. Neste caso, os filhos passam um período de tempo com o pai e outro com a mãe, alternando-se a guarda física do menor. Fundamenta-se na possibilidade de proporcionar a convivência do filho com ambos os pais, porém,

nada mais é, do que a guarda exclusiva de forma alternada, uma vez que as decisões são tomadas separadamente por cada guardião, não existindo um consenso entre os pais sob a vida dos filhos.

A citada guarda é bastante criticada tendo em vista os prejuízos acarretados ao menor por ferir o princípio da continuidade do lar, considerado de fundamental importância para a formação da personalidade do infante. Barreto (2003) esclarece:

Guarda alternada: Conhecida no Direito anglo-saxão sob a denominação de *joint physical custody* ou *residential joint custody*, é aquele modo que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos. Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao tempo do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança. Objetiva-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação de sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais.

Percebe-se que nesta espécie de guarda o que predomina é a atitude egoísta dos pais, uma vez que como não existe um consenso sobre a guarda do menor, sua vida se resume numa mudança constante, assim quando o filho está sob a guarda do pai prevalece o que este estabelecer, podendo ser totalmente diverso do pretendido pela mãe e vice-versa. Pois observa-se que exclui a do outro genitor, sendo responsável pelos atos praticados pelo filho somente aquele que está com a guarda deste. A respeito da guarda alternada Dias (2005, p. 363) traça o seguinte entendimento:

[...] **guarda alternada**, através da qual, mais no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores. Reside por exemplo 15 dias na casa de cada genitor, ou períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro. Tal arranjo gera ansiedade e tem escassa probabilidade de sucesso.

No entanto na citada modalidade de guarda o filho é mero coadjuvante na relação familiar, não sendo, portanto a mais adequada, pelo fato de não assegurar o melhor interesse do filho, mas apenas a igualdade dos pais.

Outro tipo de guarda bastante criticada pelos juristas e doutrinadores brasileiros é o aninhamento ou nidação, esta ocorre quando os pais se revezam

mudando para a residência do filho, em períodos alternados de tempo. Grisard Filho (2005, p. 86) aduz:

No aninhamento ou nidação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivamos menores, em períodos alternados de tempo. Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos.

Tal modalidade também não é adotada no ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista a não preservação dos laços afetivos entre pais e filhos, acarretando consideráveis prejuízos a formação física, psíquica, moral e emocional dos menores, bem como por não respeitar a continuidade do lar familiar, além do alto custo a ser dispendido para a manutenção das três residências.

Por último, tem-se a guarda compartilhada, que desponta como o instituto que mais se aproxima da manutenção do convívio familiar após rompimento da relação entre os pais. Assim pode ser entendida como a modalidade de guarda onde os pais participam ativamente da vida dos seus filhos, pois, todas as decisões são tomadas conjuntamente por ambos, uma vez, que estes detêm a guarda jurídica do filho.

Neste contexto Freitas Netto (2008) preleciona:

[...] a guarda compartilhada deve retratar um consenso dos pais acerca da responsabilidade e do relacionamento conjunto que ambos manterão com os seus filhos, para que a continuidade do ambiente familiar represente um espaço adequado à formação e proteção da personalidade da criança e / ou do adolescente.

Este tipo de guarda surgiu para garantir o direito fundamental previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que assegura com absoluta prioridade o direito à convivência familiar a criança e ao adolescente por se encontrarem em fase de desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Mesmo assim apesar de ser um instituto com bastante respaldo jurisprudencial, só veio a se firmar na legislação brasileira com a Lei nº 11.698/08 que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, onde passou a estabelecer como regra o compartilhamento da guarda do filho. Tal modalidade será melhor apreciada no decorrer deste trabalho.

Vale salientar que a guarda ainda pode ser classificada em guarda provisória e guarda definitiva. A primeira também conhecida como temporária ocorre durante o

processo de separação judicial ou divórcio como meio de assegurar ao filho um mínimo de proteção e cuidado, trata de uma medida provisória que poderá se tornar em definitiva. A segunda ocorre a partir da sentença que homologa ou decreta a separação ou o divórcio. No entanto, Grisard Filho (2005, p. 82) entende:

A definitividade da guarda é, paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (artigos 35 e 149, parágrafo único, do ECA), pois sua concessão não faz coisa julgada. A cláusula *rebus sic stantibus* subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior. (grifos do autor)

Portanto, a sentença que determina a fixação da guarda, poderá ser passível de alteração sempre que a situação fática sofrer alguma mudança que venha a prejudicar ou que seja desfavorável ao pleno desenvolvimento do filho, visto que a guarda deve ser deferida a quem melhor atender os interesses deste com absoluta prioridade.

3.4 Fatores que influenciam na determinação da guarda dos filhos

Atualmente, alguns fatores são considerados essenciais para a fixação da guarda dos filhos. Tais como, oferecer as melhores condições, o fator etário para as crianças de tenra idade, o sexo, o grau de proximidade, afeto e afinidade, o comportamento dos pais perante a entidade familiar. Contudo, o juiz deve analisar cada caso concreto em todas as suas particularidades, para após um estudo prévio conferir a guarda a quem atender ao melhor interesse do menor.

A legislação brasileira atual, não adota mais como critério para a determinação da guarda a culpa de um dos genitores, muito menos a preferência materna como determinante para a fixação daquela, como era utilizado antigamente. Assim Fraga (2005, p. 37) dispõe:

O atual texto não trouxe a previsão de prevalência da figura materna como guardião dos filhos. Na nova disciplina legal, o exercício da guarda deverá ser conferido àquele que tenha melhores condições, e aqui se deve

observar que nos conceitos intrínsecos e extrínsecos do vocábulo estão presentes o fator psíquico, e não tão somente de cunho material.

A modificação do texto legal se dá em virtude da contemporânea ordem constitucional brasileira no qual, o princípio da igualdade entre homens e mulheres passou a ser predominante nas relações familiares. Não havendo mais distinção, uma vez que, ambos os pais estão aptos a exercerem os direitos e deveres relativos a guarda dos filhos, desde que proporcionem a estes as melhores condições para um desenvolvimento pleno, assim não só condições materiais, mas, morais, educacionais, afetivas, emocionais e sociais.

Insta esclarecer que o critério fundamental para a determinação da guarda é a preservação do melhor interesse do menor cujo objetivo principal é preservar a proteção da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, Grisard Filho (2005, p.70) aduz:

O objetivo da lei é proteger interesses de uma forma geral e abstrata, convindo a um sem número de casos que cabem na hipótese legal. De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre os quais se proceda a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que *cada caso é um caso*, de máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscado em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto a formação equilibrada de sua personalidade, é *critério de decisão* do juiz.

Neste sentido o princípio do melhor interesse do filho predomina como essencial para a determinação da guarda, cabendo ao juiz a análise do fato jurídico em questão, com a observância de todos os fatores que possam influenciar na sua decisão. Assim, como não existe conceituação a respeito da expressão melhor interesse, deve o juiz entender como a situação mais favorável ao pleno desenvolvimento do menor. Segundo Leite (*apud* GRISARD FILHO, 2005, p. 72):

A jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o "interesse do menor".

Percebe-se, que o interesse material e moral estão intimamente ligados, porém, este deve prevalecer sobre aquele, uma vez que o interesse material não é fator preponderante para a determinação da guarda dos filhos, tendo em vista que cabe ao genitor de maiores condições econômicas a obrigação de prestar alimentos ao seu filho independente da guarda física.

Com relação a idade, esta deve ser apreciada principalmente quando se trata da primeira infância, correspondente aos dois primeiros anos de vida, fase em que a criança necessita fisiologicamente dos cuidados maternos. Assim Marracini e Mota (*apud* GRISARD FILHO, 2005, p. 74) afirmam:

Do nascimento até por volta dos 18/19/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe, da qual não se discrimina e da qual depende quase que completamente para própria sobrevivência física e psicológica. A respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período.

Desta feita, observa-se a importância do contato direto com a mãe para as crianças de tenra idade. Visto que, essas necessitam de cuidados especiais que em regra somente a mãe poderia oferecer, tais como a amamentação, tão importante para os recém-nascidos. Sendo, portanto, a guarda determinada em virtude do fator etário incidir sobre as necessidades e o interesse do menor.

Um critério relevante que deve ser examinado é a questão do sexo, pois em certas fases da vida surgem problemas que são mais fáceis de serem discutidos com o genitor do mesmo sexo. Nestes momentos seria mais adequado a figura materna para as filhas e para os filhos a convivência com o pai, em regra. No entanto a idade nem o gênero do filho são tratados pela legislação como critérios determinantes da guarda, devendo prevalecer sempre o bem-estar do menor.

Outro ponto importante é com relação à guarda de irmãos, a doutrina e a jurisprudência corroboram o entendimento que os irmãos devem prevalecer unidos sob o mesmo lar. Para Grisard Filho (2005): “a conveniência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família”. Pois, a estrutura familiar já está profundamente abalada pelo fim do casamento ou da união estável dos pais, e os filhos são os primeiros a sentir os reflexos de tal cisão, onde a referência mais forte que sobrevive de sua família se encontra nos laços fraternos.

No entanto, cada caso deve ser analisado em suas particularidades, sempre existindo situações excepcionais onde esta regra não será aplicada.

Nesta esteira situação bastante delicada é a opinião do menor no processo de guarda, uma vez que a legislação vigente não menciona a respeito de tal assunto. Porém, a tendência dos tribunais é a possibilidade do juiz ouvir a criança, desde que esta tenha maturidade suficiente para tal ou que tenha mais de 12 anos de idade. Neste caso, para a criança participar do processo precisa estar acompanhada por uma equipe composta por psicólogo e assistente social, e não deve sofrer nenhum constrangimento pela escolha realizada.

O comportamento dos pais é um fator de grande relevância para a determinação da guarda. Tal comportamento diz respeito tanto a condições materiais como profissão, renda, habitação quanto morais como ambiente social, idoneidade, caráter e outros marcos da personalidade. Deve ser considerado tendo em vista o ambiente saudável em que a criança deve se desenvolver, pois condutas reprováveis cometidas por um dos pais devem ser banidas da vida de uma criança em fase de formação.

Dois fatores são considerados para a determinação da guarda, quais sejam, o afeto e a afinidade existente entre o filho e o genitor guardião. Assim a família não deve mais ser vista como uma relação de autoridade, ou dominação, mas compreendida sob o prisma do afeto, significa oferecer a atenção adequada às necessidades dos filhos, principalmente, em termos de afeto e proteção.

Portanto para a atribuição da guarda deve, sempre, se sobrepor o interesse dos filhos em detrimento de qualquer outro, em virtude do preceito constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, sendo considerados pela Constituição Federal de 1988 sujeitos de direitos detentores de proteção da família, da sociedade e do Estado, cabe a estes zelar pelo pleno desenvolvimento.

4. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA

Neste capítulo examinar-se-á, de forma concisa, o direito fundamental ao convívio familiar e a guarda compartilhada como sendo um instituto eficaz e adequado para propiciar a manutenção do vínculo entre pais e filhos. A convivência familiar será abordada como um direito fundamental da pessoa humana, bem como realizar-se-á um estudo da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, destacando os fatores psicológicos dentre suas peculiaridades, além de apresentar e analisar as justificativas para a adoção do referido instituto.

4.1. Convivência familiar como direito fundamental

Em virtude das mudanças sociais e culturais ocorridas no final do século XX, a entidade familiar adquiriu uma nova feição, calcada na dignidade da pessoa humana e na valorização de seus membros como integrantes de uma estrutura fundamental para o desenvolvimento do Estado.

A família configura o reflexo dos avanços sociais, porém não deixa de ser também um dos vetores de tais avanços, assumindo, dessa maneira, caráter dual, pois da mesma forma que participa ativamente do processo de desenvolvimento do ser humano, recebe influência direta das mudanças políticas, econômicas e sociais de cada época, estando sempre em processo de mutação.

É de fato que, com a Constitucionalização do Direito Civil o Direito de Família sofreu profundas mudanças tanto de conteúdo como na sua própria estrutura, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro ao preconizar os preceitos constitucionais passou a tratar a pessoa de forma diferenciada, priorizando esta em detrimento de qualquer outro interesse. Neste contexto Pereira (2005) menciona que:

A ordem jurídica brasileira, inserida em um movimento mundial (a Constitucionalização do Direito Civil) elevou a pessoa humana à sua finalidade precípua, inclusive no núcleo familiar, cujo objetivo passou a ser promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição

privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas que viabilizassem este intento.

A Constituição Federal de 1988 representa uma das mais significantes conquistas do Direito de Família, tendo em vista a supremacia desta para o Estado que elevou a nível constitucional as relações familiares, em virtude da sua importância para o desenvolvimento dos membros e, em especial dos infantes que também integram tais relações, passando a criança e o adolescente, a ser considerados prioridades do Estado.

Afirma Fraga (2005, p.99) que: [...] “se o século XX foi das mulheres, o século XXI será indiscutivelmente das crianças”. Tendo em vista a supervalorização do bem-estar destas por meio da inclusão da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico pátrio. Destarte Pereira (2005) aduz que:

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.

Portanto, vê-se, um grande avanço em termos de garantia aos direitos fundamentais, sendo inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU (Organização das Nações Unidas) de 1959, que trouxe uma nova visão a respeito das crianças e dos adolescentes, oferecendo-lhes um tratamento diferenciado e prioritário por serem consideradas pessoas que estão em fase de desenvolvimento físico, psíquico e moral.

Neste sentido, dispõe o princípio II da Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU:

Princípio II - Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

É importante frisar que a mais nítida inovação trazida com a doutrina da proteção integral refere-se ao o dever legal imposto ao Estado, sociedade e a família de assegurar direitos e deveres à criança e ao adolescente. Assim ao adotar a citada doutrina de proteção, observa-se que esta sedimentada no princípio do melhor interesse do menor, uma vez que estabelece de forma prioritária e irrestrita amparo especial a toda criança ou adolescente sem qualquer distinção.

Desta forma, preleciona o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 *in verbis*:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dentre o rol dos direitos assegurados aos infantes, destaca-se a convivência familiar como sendo fundamental para o pleno desenvolvimento destes. Faz-se necessário ressaltar a importância da família para a formação da personalidade do ser humano, uma vez que atua como instrumento catalisador de valores que influenciam definitivamente na vida da criança e do adolescente.

Para Cintra (*apud* QUINTAS, 2010, p. 5):

Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia própria do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído e até mesmo obstacularizado, pelas condições ambientais: 60% dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental completar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto, indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.

Observa-se que para que a criança tenha um desenvolvimento satisfatório se faz necessário que este ocorra em um ambiente saudável e propício, preferencialmente, sob os cuidados e proteção dos pais. Nesta esteira a Lei nº. 8.069/90 que disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA se preocupa em proporcionar aos menores uma convivência familiar ao preceituar no artigo 19 que toda criança ou adolescente deve ser criado e educado no seio da sua família e,

de forma excepcional, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente adequado.

Ao comentar o supracitado dispositivo legal Tavares (2006, p.29) compreende que:

[...] a preocupação primeira é de que a criação e educação sejam vividas no seio da família natural, a consanguínea, que somente será arretada, para ceder sua vez a uma família substituta, como alternativa extrema. E que a convivência doméstica e no âmbito da comunidade local transcorra em ambiente saudável, infenso à promiscuidade com toxicômanos. E, acrescenta-se, afastada da marginalidade social.

Desta feita a criança não necessita apenas de cuidados materiais, mas de um ambiente familiar saudável que lhe propicie afeto, carinho, respeito e atenção de todos os membros que compõem o núcleo familiar. Porém, com a dissolução da relação conjugal essa estrutura fica abalada, provocando um grande sofrimento para os filhos. Destarte Brandão (2010) afirma que:

Apesar da separação, a família não deixa de existir, enquanto entidade promotora do desenvolvimento psicossocial de todos que a integram. Vale dizer: Apesar da separação, os filhos necessitam de assistência física e espiritual, tanto do pai quanto da mãe. A família é perene, duradoura. O casamento, este sim, pode ser transitório e efêmero.

É importante relatar que um elemento primordial para o desenvolvimento saudável do filho, consiste na permanência da convivência com ambos os pais, mesmo após o rompimento da relação conjugal. E a guarda compartilhada representa o meio indicado para esta efetiva manutenção do vínculo familiar. Para tanto Pereira (2005) aduz:

O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. Conviver, participar, interferir, limitar, educar são deveres que não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art.1.632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone. Portanto, a finalidade da guarda compartilhada já estaria resguardada pelo Código Civil, através do dispositivo supracitado.

O compartilhamento da guarda dos filhos na perspectiva de assegurar a continuidade da relação familiar, objetiva que os deveres de cuidado, proteção, vigilância e educação sejam cumpridos por ambos os pais, mesmo com o término da conjugalidade, uma vez que se extinguiu o vínculo conjugal e não a autoridade parental, que decorre do estado de filiação.

4.2. Guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada foi instituída com a Lei nº 11.698 de junho de 2008 que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, onde passou a estabelecer como regra o compartilhamento da guarda do filho. Porém, antes mesmo da vigência da referida lei, alguns doutrinadores brasileiros já apontavam tal modalidade de guarda como uma alternativa frente à dissolução da entidade familiar, como também já havia entendimentos jurisprudências firmados.

Neste contexto Gonçalves (2007, p. 269) preleciona que:

Há, assim um novo modelo, que aos poucos vem sendo utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do Norte com o nome de *joint custody*. (grifos do autor).

Insta ressaltar que tal posicionamento doutrinário encontra respaldo nas decisões jurisprudenciais pátrias que visam preservar o interesse do menor. Isto posto, pode-se verificar na decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de setembro de 2001:

170221696 – GUARDA E RESPONSABILIDADE - Quando a verdade da razão se apresenta, em sintonia com a verdade dos fatos é de se concluir pela verdade da justiça, assim é que há que ser reconhecido de direito o que já existe de fato, ou seja a guarda compartilhada dos menores pelos conviventes. (art. 5º da LICC). Provimento do recurso para a concessão da guarda como requerida. (TJRJ – AC 3347/2001 – 1ª C. Civ. – Rel. Des. Antônio Felipe Neves – J. 03.09.2001)

Ademais a guarda compartilhada é bastante difundida em termos de prática forense, pois, mesmo antes da inclusão na legislação civilista, já era utilizado nos casos de separação consensual quando os pais assim acordavam pela adoção de tal instituto. Neste mesmo sentido Gonçalves (2007, p. 269) aduz:

Não há restrição legal à atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores, depois da ruptura da vida conjugal, sob a forma de *guarda compartilhada*. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no art. 1º, “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, indicando que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos expressamente mencionados, os referentes à “convivência familiar”, demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio dos infantes com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento.

Como afirma o autor supra transcrito não há nenhuma objeção legal quanto a guarda compartilhada, pois a própria Constituição Federal de 1988 atribui a guarda dos filhos a ambos os pais, uma vez que estes gozam dos mesmos direitos e deveres relativos a entidade familiar. Assim dispõe o § 5º, art. 226: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Note-se que o instituto da guarda não está consagrado expressamente pela Carta Magna atual, porém, percebe-se a preocupação do legislador constituinte em proporcionar aos filhos o amplo e irrestrito direito de serem “criados” no seio de sua família sob os cuidados, companhia e proteção de ambos os pais, tendo em vista a consagração do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com a doutrina da proteção integral.

Pretende-se o citado princípio assegurar aos menores prioridades em relação a todos os direitos e garantias fundamentais, tanto os gerais, inerentes a qualquer pessoa, como os direitos fundamentais especiais, que lhes são assegurados em virtude da peculiar situação de ser em desenvolvimento. Pois entende-se que a família seria o ambiente mais adequado para promover este desenvolvimento, cabendo aos pais ou responsáveis o dever de possibilitar a criança e adolescente os cuidados necessários para garantir-lhes uma formação saudável.

Seguindo os preceitos constitucionais o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas de caráter protetiva dispondo no artigo 3º *in verbis*:

Art.3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em relação ao instituto da guarda compartilhada, o estatuto em comento não tratou expressamente da matéria, estabelecendo apenas que deve ser preservado, sempre, o interesse dos filhos. Assim, nos casos de disputas judiciais envolvendo a guarda de menores deve ser considerado o que é melhor para a criança ou adolescente e não a vontade dos pais.

O Código Civil de 2002 ao disciplinar sobre o instituto da guarda dos filhos menores abandonou os critérios, antes decisivos, da culpa e da preferência materna em detrimento de um fator subjetivo, qual seja, o interesse dos filhos. Portanto para a legislação civilista a guarda deve ser deferida a quem oferecer melhores condições para exercê-la.

Em virtude da Lei nº 11.698/08 que altera dispositivos do Código Civil em vigor, passa então a disciplinar duas possibilidades de guarda: a unilateral e a compartilhada, compreendendo aquela atribuída a um dos genitores ou a alguém que os substitua; e esta a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres de ambos os pais.

Tais alterações consagraram a amplitude da aplicação da guarda compartilhada, mesmo que não haja um consenso entre os pais, se esta for a melhor alternativa para os filhos deve ser deferida, uma vez que o litígio não exclui a possibilidade do compartilhamento. Tem-se, portanto, a guarda compartilhada como regra, desde que ambos os pais estejam aptos para exercê-la e desempenhar suas atribuições preservando o melhor interesse dos filhos.

Para tanto deverá o juiz na audiência de conciliação informar ao pai e à mãe o significado da compartilhamento da guarda, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Neste olvidar o parágrafo 2º do art. 1584 aduz a obrigatoriedade da guarda compartilhada, sempre que possível, nos casos onde não houver acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos menores.

Desta forma Carvalho Neto (2010, p. 386) afirma que:

[...] a desarmonia dos pais é problema também na guarda exclusiva, e não pode ser motivo para impedimento ao estabelecimento da guarda compartilhada. Como bem ressaltou Evandro Luiz Silva, em palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família, não existe fundamento algum jurídico ou psicológico, que impeça a estipulação da guarda compartilhada, mesmo sem expressa previsão legal. E como deixou assentado o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "*não traz ela maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais*". (grifos do autor).

Observa-se que o litígio existente entre os pais impossibilita o convívio e dificulta qualquer modalidade de guarda, uma vez que enseja uma completa instabilidade prejudicando sobremaneira o desenvolvimento dos filhos menores. O que se propõe com a guarda compartilhada é a proteção a pessoa dos filhos e não a continuidade de uma relação conjugal extinta. Pois, os filhos não devem ser privados da convivência dos seus pais.

Neste contexto surge a guarda compartilhada como sendo o instituto que mais se aproxima da manutenção do convívio familiar após rompimento da relação conjugal. Podendo ser entendida como a modalidade onde os pais participam ativamente da vida dos seus filhos, pois, todas as decisões são tomadas conjuntamente por ambos, uma vez que estes detêm a guarda jurídica do filho. Destarte Quintas (2010, p.29) preleciona que:

Nesta modalidade de guarda os pais compartilham das decisões gerais para com os filhos, incluindo cuidados médicos, educacionais, de lazer etc., permitindo a conservação dos direitos e deveres a eles imputados, pois a guarda envolve um complexo de atributos do poder familiar, inerentes aos genitores.

Desta maneira a guarda compartilhada possibilita tanto aos pais quanto aos filhos uma maior concretização da convivência familiar, mesmo após o rompimento da sociedade conjugal, assegurando a efetivação do princípio da isonomia entre os cônjuges, onde nenhum destes será privado de participar da vida do seu filho. Neste sentido Groeninga (2008, p. 33) aduz:

Em resumo, a guarda compartilhada representa, mais que tudo, um princípio norteador das relações entre os pais e destes com seus filhos pós-separação, divórcio, dissolução da união estável, mesmo nos casos em que

não houve a formação do casal conjugal, imprimindo às relações a necessária responsabilidade, igualdade e o reconhecimento das diferenças.

Assim serão compartilhadas todas as responsabilidades inerentes ao poder familiar, além de estabelecer uma maior proximidade com seus pais, ensejando a efetivação do direito fundamental à convivência familiar. A guarda compartilhada compreende um instituto voltado ao atendimento do melhor interesse do filho bem como ao princípio do melhor interesse do menor.

4.3. Justificativas da guarda compartilhada

Como dito anteriormente, a guarda compartilhada refere-se a um instituto direcionado a proteção dos filhos cujo objetivo é assegurar a continuidade dos laços afetivos existentes entre pais e filhos. Todavia, sabe-se que toda criança precisa de estabilidade emocional, educacional e de um ambiente familiar saudável, preferencialmente, com a presença do pai e da mãe para o seu pleno desenvolvimento.

Com efeito, evidencia-se a guarda compartilhada como instrumento capaz de possibilitar o convívio ilimitado com ambos os pais, além de pretender assegurar a participação equânime destes no desenvolvimento dos filhos, no qual ocorrerá a contribuição de forma conjunta, isto é, dentro das suas possibilidades e disponibilidade para a formação dos infantes. Desta forma, os filhos podem conviver tanto com o pai quanto com a mãe mesmo que estes não dividam o mesmo lar, diversificando assim, as influências determinantes para a sua formação educacional, moral, espiritual, afetiva dentre outras peculiaridades.

Para Souza (2006): “[...] é essencial a presença diuturna e vigilante de ambos os pais no período de formação da personalidade de seus filhos, transmitindo-lhes valores e preservando os laços de afetividade que apenas o convívio alimenta.” A criança e o adolescente necessitam de um referencial de família, pois, é através deste que irá constituir seu caráter e formar sua personalidade, recebendo tanto do pai quanto da mãe influências valorativas indispensáveis à sua formação psico-social.

Verifica-se que o processo de separação dos pais reflete diretamente no filho, pois torna-o mais vulnerável, acarretando sofrimento e traumas, por isto se faz necessário que durante este processo os membros da família sejam acompanhados por uma equipe interdisciplinar que analisará a situação fática vivenciada pela família, bem como as relações sociais e interpessoais.

Nesta esteira, devido a relevância de tal acompanhamento o Estatuto da Criança e do Adolescente, traz expressamente a importância da realização de uma avaliação social para examinar as condições familiares em que os menores se encontram antes do deferimento da guarda, esta análise deverá ser realizada por equipe interprofissional, como prevê o art. 151 *in verbis*:

Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

A referida avaliação objetiva auxiliar o magistrado no momento do deferimento da guarda, pois, verificará a aptidão dos pais para o exercício da guarda, e assim adotará a modalidade mais adequada para a situação fática, buscando preservar sempre o interesse dos filhos menores. Estando ambos os pais aptos a exercerem a guarda dos filhos, esta deverá ser compartilhada, tendo em vista que não existe nenhum impedimento que venha a impossibilitar tal modalidade. Dias (2008) preleciona que:

Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada e encaminhar os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA, art.129, III), para desempenharem a contento tal mister. Essa forma, com certeza, traz menos malefícios ao filho do que a regulamentação minuciosa das visitas, com a definição de dias e horários e a previsão de sanções para o caso de inadimplemento.

Ademais, a importância do referido estudo psico-social encontra também respaldado na jurisprudência pátria. Para tanto observa-se o julgamento do Agravo de Instrumento nº 70036978492, de 22 de setembro de 2010 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA INSTITUÍDA EM ACORDO ENTRE AS PARTES. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO EM FAVOR DA GENITORA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. Em vista da doutrina da proteção integral à criança, as trocas de guarda somente podem ser realizadas quando demonstrada nos autos sua necessidade. Ausência de prova cabal de situação excepcional ou de risco que autorize a revogação da guarda compartilhada instituída por acordo entre as partes, concedendo-a exclusivamente à genitora. Não se desincumbindo a recorrente de comprovar elementos para modificação da guarda compartilhada exercida desde fevereiro do ano corrente, mantém-se a situação fática existente. Tendo sido determinado pelo juízo a realização de exames psicológicos e estudo social, após a apresentação das conclusões a questão poderá ser reexaminada. Agravo de instrumento desprovido.

Neste aspecto, tanto para a determinação da guarda dos filhos como para a sua posterior modificação é necessário a avaliação das condições psicológicas e sociais de todos os envolvidos no processo. Sendo indispensável, não só para a guarda compartilhada, a atuação das equipes interdisciplinares no sentido de ajudar na resolução dos conflitos existentes entre os pais para que não venham a prejudicar o relacionamento destes com seus filhos.

Além disso percebe-se que com o compartilhamento da guarda nenhum dos envolvidos será considerado vencido, aliás, o maior beneficiário será o filho que continuará desfrutando do apoio, educação, afeto, cuidado, carinho e proteção daqueles que agora estão separados, mas que jamais perderão a condição de pai e de mãe.

Sob essa perspectiva, a guarda compartilhada sedimenta na fundamentação psicológica nas perdas advindas com separação dos pais, na busca de manter uma relação saudável entre estes e seus filhos, assegurando que, mesmo após a desunião do casal os filhos continuarão sendo criados e educados por ambos os pais. Neste sentido Grisard Filho (2006, p. 179) afirma que:

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procuram amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação. [...] É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

Anote-se que o compartilhamento da guarda dos filhos está previsto de forma implícita na Declaração Universal dos Direitos da Criança, do qual o Brasil é signatário deste tratado internacional, onde estabelece que a convivência entre pais separados e seus filhos deve ser respeitada, bem como deve prevalecer a igualdade e a responsabilidade de ambos pela criação destes. Assim dispõe os artigos 9 e 18 do referido documento:

ARTIGO 9

Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

ARTIGO 18

Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

Tais disposições visam assegurar o desenvolvimento satisfatório dos filhos, bem como a consagração do princípio do melhor interesse do menor. Tendo como enfoque a proteção ao desenvolvimento biopsicológico destes tendo em vista a sua peculiar condição de vulnerabilidade.

A aplicabilidade do instituto da guarda conjunta já vinha sendo difundida internacionalmente, antes de fazer parte da legislação pátria. Como bem explica Nóbrega (2008):

E, para que dúvidas não subsistam quanto ao conteúdo do que ora se busca instituir pela modificação imprimida à codificação civil, oportuno que se rememore que, no direito estrangeiro, registra-se o aparecimento e a adoção do instituto da guarda compartilhada na Inglaterra, onde surge com uma clara indicação de requisitos voltados a assegurar a ambos os pais, e em favor dos filhos, o desempenho conjunto de encargos relevantes e voltados à evolução da prole. Na França, dá-se a recepção da espécie em 1976, quando se introduziu no Código Civil alteração na redação do art. 287, orientado igualmente pelo escopo de amenizar os reflexos da ausência de comum convivência entre os pais. Registra-se, outrossim, a adoção em países como Estados Unidos, Canadá, Portugal, Alemanha, Espanha, Argentina e Uruguai.

Logo, a família atual necessita de instrumentos jurídicos que se amoldem a nova realidade, os pais em virtude da evolução social sentem a necessidade de um relacionamento cada vez mais próximo com o filho. Eis a grande relevância da guarda compartilhada tanto no Direito pátrio como no alienígena, uma vez que a entidade familiar, independentemente da localização, almeja sempre o bem estar de todos os seus membros, e as tomadas de decisões de forma conjunta.

Com base nisso verifica-se, desse modo, as vantagens que o compartilhamento da guarda proporciona tanto aos filhos menores como aos genitores, pois, se destina a assegurar a estes atuação conjunta da autoridade parental de forma que cada um irá participar efetivamente da formação da prole. Neste contexto Quintas (2010, p.55) afirma que:

A sociedade atual demanda, então, que se defina um novo modelo de guarda. A igualdade entre homem e mulher e sua conseqüente atribuição de mesmos direitos e responsabilidades encontra na expressão compartilhar uma solução quando se trata de guarda de filhos. Resguardando as situações em que seria melhor outra espécie de guarda, já que a decisão da guarda dependerá do caso concreto, a guarda compartilhada é a espécie que melhor se adequará a realidade atual, na maioria dos casos. Afinal, distribui de forma mais justa aos pais os poderes e deveres em relação aos filhos, não permitindo a criação de estereótipos rígidos entre os sexos, proporcionando a criança a visão real do mundo de hoje.

Conforme fora exposto e embasado no princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres e na função afetiva da família, entende-se que o rompimento do vínculo conjugal não implica no fim da instituição familiar, podendo os pais mesmo que separados e com novas famílias constituídas, precisa manter o relacionamento necessário para melhor decidirem a respeito do futuro dos seus filhos.

Certo que o momento atual não mais coaduna com conceitos pré-constituídos que não se conformam com a evolução atingida pela sociedade como um todo, é lastimável que um dos pais em plena aptidão a exercer o direito de guarda de seus filhos lhe seja tolhido de tal pelo simples fato da novidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Assim Grisard Filho (2005, p. 162 e 163) entende que:

A tendência *adulto centrista*, que marcava as disposições do Código Civil, cedeu lugar, nas sociedades modernas, ao reexame da situação dos filhos, que, de repente, são separados do pai ou da mãe ou de uma parte da família. A separação, pois, dos pais não deve repercutir no desempenho de

suas funções parentais, para as quais não há divórcio. Os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebrada, mas não destruída.

Não resta dúvida de que a guarda conjunta objetiva, justamente, reorganizar as relações parentais no interior da família desmembrada, atribuindo aos pais maior proximidade para que estes possam exercer as suas responsabilidades de forma conjunta, assegurando um melhor relacionamento com os filhos, fato que não é possível com a guarda unilateral. Pois, nesta modalidade apenas um dos genitores participa da vida do filho deixando o outro totalmente às margens da relação parental, transformando o genitor não-guardião em mero provedor, um visitante de fim de semana que não possui aptidões para desempenhar o papel de pai, mas de arcar simplesmente com a obrigação alimentar.

Outra questão de grande importância a suscitar na guarda exclusiva, com carga de desvantagem refere-se ao genitor guardião, pois, como este desempenha sozinho, as atribuições de pai e de mãe, concentrando todas as decisões pertinentes a guarda do filho ao assumir de forma exclusiva todas as responsabilidades inerentes a vida do filho, o guardião pode ressentir-se da falta de tempo disponível para sua vida pessoal, fato este que pode motivar um mau relacionamento com o filho, por entender que este seria o culpado de tal encargo.

Percebe-se que tal modelo é prejudicial a todos os envolvidos na relação familiar. Mas sem dúvida, é o filho o maior prejudicado, sendo acometido de alterações significativas ao se distanciar de um dos seus genitores, passando a se tornar mais vulnerável a problemas psicológicos e emocionais, pois perde o carinho e a atenção constante de um dos pais, visto por eles como alguém fraco e inapto para cuidar do filho afetando sensivelmente o seu desenvolvimento. Assim, sente que perdeu um dos pais, sobrecarregando o outro por ter de assumir sozinho o encargo de seu cuidado e vigilância, além de se sentir culpado pela separação dos mesmos, (QUINTAS, 2010).

Questão relevante que deve ser esclarecida é com relação à residência dos filhos na guarda compartilhada, onde alguns de forma errônea entendem que os filhos teriam duas residências. Para tanto deve-se desmistificar tal posicionamento tendo em vista que a alternância da residência é uma possibilidade e não uma característica da guarda conjunta. Note-se que o filho deve residir com quem oferecer as melhores condições ambientais para o seu pleno desenvolvimento

considerando, sempre, a importância da manutenção das relações domésticas diárias que já existiam antes da dissolução conjugal, sendo objetivo da guarda conjunta.

Apesar de não ser bem vista pela doutrina jurídica nem pela jurisprudência, a alternância da residência na guarda compartilhada é possível, desde que atenda o interesse do filho menor. Defendendo que seria importante para o desenvolvimento da criança a existências de outros referenciais além dos estabelecidos no lar familiar, Silva (*apud* QUINTAS, 2010, p.79) afirma que:

A guarda conjunta diminui o tempo de ausência dos pais. Pensar que a guarda deve ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança, filha de pais separados, vai se adaptar à nova vida, criar o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono. O grau de intimidade das crianças com os pais irá garantir segurança e permitirá que ela tenha experiências para além da extensão do lar. Criança nestas condições adaptam-se bem a situações novas e poderão lidar com frustrações e limites.

No entanto a alternância de residência seria prejudicial ao filho menor, nos casos onde não há um consenso de horários, determinações, limites, não havendo assim, estabilidade entre os dois lares. Corroborando desse entendimento Leite (*apud* QUINTAS, 2010, p.80) ao estabelecer que:

[...] na guarda compartilhada a residência seria sempre única e nunca alternada, para evitar o sentimento de insegurança e instabilidade e para estabelecer o domicílio jurídico da criança. Um teria a guarda física, onde o genitor e o filho morariam, mas ambos deteriam a guarda jurídica do filho.

É preciso ainda esclarecer que a guarda jurídica é atribuída a ambos os genitores, sendo a guarda física fixada a quem residir com o filho. Neste caso deverá ser determinada uma espécie de visitação para o genitor que não reside com o filho, conhecido como acesso, este deve ser estabelecido em comum acordo entre os pais separados (QUINTAS 2010). Deve ser definido conforme as necessidades e peculiaridades de cada família, bem como as conveniências do filho, para que não haja alteração das suas atividades cotidianas como aulas, cursos, prática de esportes dentre outras.

Uma das características mais marcantes da guarda compartilhada está presente na possibilidade dos pais continuarem participando da formação educacional dos filhos. Esta educação compreende tanto a de ordem moral quanto a material, assim todas as decisões referentes ao desenvolvimento do filho devem ser tomadas em conjunto por ambos os pais. Para Grisard Filho (2005, p.168):

Na guarda compartilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orientação (escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha da carreira profissional, decisão pelo estudo de uma língua estrangeira, educação religiosa, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens), mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais (compras de uniformes e material escolar) – como se praticam no seio de uma família unida – pertencem a ambos os genitores, embora esses (os usuais) possam ser praticados isoladamente pelo genitor guardião, garantindo-se, assim, o exercício conjunto da autoridade parental, como um modelo da família antes da ruptura.

A finalidade precípua desta modalidade é assegurar a manutenção do exercício conjunto do poder familiar após a ruptura da entidade conjugal, possibilitando que os filhos possam conviver com a mesma intensidade o amor e o afeto, pois quanto maior a proximidade entre os pais melhor o relacionamento e consequentemente serão mais acentuados os resultados obtidos.

5 CONCLUSÃO

A família por ser considerada base da sociedade merece atenção especial do Estado, pois representa o nascedouro dos valores inaugurais da pessoa humana, fonte dos primeiros ensinamentos. Eis a relevância da permanência da entidade familiar por meio do instituto da guarda compartilhada dos filhos, nas hipóteses de dissolução da relação conjugal, tendo em vista o caráter fundamental para a realização de seus membros e, em especial dos filhos menores em processo de desenvolvimento.

O presente trabalho objetivou analisar o instituto da guarda compartilhada na perspectiva de discutir a capacidade desta em preservar o relacionamento existente entre pais e filho no momento pós dissolução da relação conjugal, possibilitando, dessa forma, a prerrogativa de manter o vínculo sócio-afetivo e, conseqüentemente, assegurar o direito ao convívio familiar, direito este fundamentalmente consagrado.

Assim através dos métodos de abordagem dedutivo e o histórico-evolutivo se realizou o objetivo proposto, por meio da análise e apreciação histórica da entidade familiar, bem como examinou-se o instituto do poder familiar e a guarda compartilhada como atributo deste. Utilizou-se como técnicas de pesquisas a bibliográfica, a qual decorreu do estudo de doutrinas e artigos; e o exegético-jurídico, que foi aplicado por meio de consultas a leis e sites jurídicos com a propositura de ampliar o tema ora apresentado pelo qual fez-se uma interpretação das normas existentes, buscando compreender o sentido e alcance destas disposições legais, atingindo-se assim a finalidade da pesquisa.

Deste modo o trabalho mostrou-se, inicialmente, tratando do conceito e da historicidade da entidade familiar, bem como relatando os acontecimentos que influenciaram definitivamente na composição da família, que ora patrimonialista, hierarquizada e patriarcal cede espaço a uma nova estrutura, mais democrática e igualitária. Destacou-se também as conquistas femininas oriundas da inserção da mulher no mercado de trabalho, aquisição de diversos direitos e ascensão social, fatores que influenciaram significativamente na concepção atual de família.

Em seguida tratou-se da Constituição Federal de 1988 que ao consagrar como princípio universal a dignidade da pessoa humana, estabeleceu uma nova visão à sociedade moderna, assegurando a família os princípios da igualdade

jurídica dos cônjuges e dos companheiros, da liberdade conjugal, do pluralismo familiar, da igualdade jurídica dos filhos e da comunhão plena de vida baseada afeição dos conviventes. Nesta esteira, abordou-se as novas formas de família brasileira, elucidando de modo genérico suas principais peculiaridades.

Em virtudes das mutações sociais a proteção a pessoa dos filhos mereceu destaque, nas relações entre pais e filhos decorrentes do poder familiar que consiste no poder-dever especialmente regulamentado pelo Estado, sendo tal encargo atribuído aos pais devido à condição de paternidade e maternidade. Assim mesmo depois da dissolução da relação conjugal estes continuam exercendo o poder familiar, e, a guarda como um atributo deste deverá ser exercido em igualdade de condições por ambos os pais.

Neste ouvidar apresentou-se as modalidades de guarda, enfocando como parâmetro a preservação do princípio do melhor interesse do menor, tido como fator determinante para o deferimento da guarda dos filhos. E com ênfase a guarda compartilhada por se tratar de um instrumento capaz de restabelecer a ordem na família abalada pela ruptura do vínculo conjugal. Uma vez que revelou-se a melhor solução encontrada para que os pais separados mantenham a mesma relação de afeto e afinidade com os filhos pós dissolução do vínculo conjugal.

Verificou-se que os motivos determinantes da separação do casal, não devem interferir no momento da determinação da guarda, pois, os filhos não devem ser punidos com o afastamento de um dos pais do seu convívio, pelo simples fato de não mais existir afeto na relação conjugal destes. Porém, os filhos só devem ser privados do convívio com os pais se este for prejudicial ao seu desenvolvimento.

Para tanto foram desmistificadas algumas questões concernentes ao compartilhamento da guarda. Quanto à residência do filho esclareceu-se que a alternância desta configura uma possibilidade e não uma característica da guarda conjunta, pois nesta modalidade se compartilha necessariamente a guarda jurídica, porém, nada obsta que a guarda física também seja dividida, se esta atender ao melhor interesse do filho menor.

A relevância jurídica do tema adveio da necessidade de demonstrar que, a guarda compartilhada refere-se a um instituto bastante discutido na doutrina e na jurisprudência pátria tendo em vista o seu caráter de assegurar a permanência da relação entre pais e filhos. Partindo do ora exposto indagou-se se efetivamente o

instituto da guarda compartilhada corresponde a um mecanismo eficaz para a manutenção do convívio familiar.

Constatou-se que, a guarda compartilhada surgiu como um instituto voltado a atender as necessidades psicológicas e físicas dos filhos e dos pais, pois permite a manutenção efetiva de um relacionamento direto entre estes, onde os pais continuam participando ativamente da vida dos filhos ensejando uma possível estabilidade frente à dissolução da família.

No entanto afirmar que a guarda compartilhada proporciona aos filhos a continuidade da mesma relação familiar seria demais pretensioso, pois sabe-se que uma separação conjugal afeta consideravelmente o cotidiano de uma família, ocasionando, muitas vezes, prejuízos consideráveis aos filhos. Contudo, a guarda compartilhada se mostrou mais vantajosa a todos os envolvidos na ruptura familiar.

Como a guarda consiste em um instituto jurídico destinado à proteção dos filhos e não a preservação de um bom relacionamento conjugal espera-se que estes em detrimento do bem estar daqueles revejam seus conceitos e coloquem o amor, o carinho e a dedicação aos seus descendentes sempre à cima de qualquer litígio.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. 2006. **Considerações sobre guarda compartilhada**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revista/index.php/buscalegis/article/viewFile/28287/27844>>. Acesso em: 13. jul. 2010

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

_____ **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado, 2010. ✕

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

_____ **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 3347/2001 – Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Des Antônio Felipe Neves. Disponível em: <<http://tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>>. Acesso em: 21. ago. 2010.

_____ **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Nº 70036978492, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho. Disponível em: <http://www3.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 21. ago. 2010

BRANDÃO, Julio Cesar. 2010. **Reflexões: Guarda de filhos**: A vitória do Afeto. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=595>>. Acesso em: 15. set. 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio**: teoria e prática. 11ª edição./Curitiba: Juruá, 2010.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 4º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Maria Berenice. **Guarda Compartilhada**. Revista jurídica Consulex. 30 de junho de 2008. Ano XXII – nº 275, p.26.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, Volume VI: direito de família**. 21º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Centauro editora, 2009.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

FREITAS NETTO, Roberta de. 2008. **Uma nova lei: uma guarda planejada em prol do melhor interesse da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=432>>. Acesso em: 21. ago. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VI: direito de família**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada: Considerações interdisciplinares**. Revista jurídica Consulex. 30 de junho de 2008. Ano XXII – nº 275, p.31,32 e 33.

NÓBREGA, Ailton Rocha. **Guarda De Filhos Unilateral e Compartilhada: Inovações da Lei nº 11.698/08**. Revista jurídica Consulex. 30 de junho de 2008. Ano XXII – nº 275, p.28,29 e 30.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em: 13. jul. 2010.

_____. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10. ago. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2005. **As Relações Parentais no Direito Brasileiro: um estudo sobre a guarda**. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/>>. Acesso em: 15. set. 2010.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Raquel Pacheco. 2006. **Poder familiar compartilhado**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9516/poder-familiar-compartilhado>>. Acesso em: 20. ago. 2010.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente** – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2006.