



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

MARIA AMELIA MENDES PEDROSA

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR DIANTE DA GUARDA
COMPARTILHADA

SOUSA - PB
2009

MARIA AMELIA MENDES PEDROSA

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR DIANTE DA GUARDA
COMPARTILHADA

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 Dr^a. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB
2009

MARIA AMELIA MENDES PEDROSA

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR DIANTE DA GUARDA COMPARTILHADA

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 Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof^a. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Examinador: Prof. Msc Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador: Prof. Msc Lourdemário Ramos de Araújo

Aos meus pais, Alírio e Esmerinda, por ter me proporcionado um ambiente familiar harmônico, onde vivi rodeada de muito amor e afeto, o que após esta pesquisa, pude perceber a importância, e a todos os pais que lutam para poderem conviver com seus filhos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, em primeiro lugar pela minha vida e por tudo o que nela está inserido, pela inspiração e perseverança na feitura desta pesquisa, pela coragem de enfrentar as adversidades cotidianas, e por ter me ofertado, gratuitamente uma linda família.

Aos meus pais, Alírio e Esmerinda, meus irmãos Wendel, Wilson, Werton e Wescley e minha sobrinha Maria Amélia, que são presença viva do amor de Deus na minha vida, construindo, dia-a-dia, o referencial de lar que carregarei para sempre e implantarei na formação e educação de meus filhos.

À Abrahão, pela ajuda perene, pela companhia agradável e pela cumplicidade. Obrigada por saber me entender sempre, especialmente na ausência decorrente da ocupação para a conclusão deste trabalho.

Às minhas amigas Alana e Jessica, por serem muito mais do que amigas, por serem as irmãs que a natureza não me proporcionou, por terem dividido comigo momentos que guardarei para sempre em minha memória e especialmente pela inserção digital e científica que me proporcionaram.

À Amanda Cely, pela ajuda bibliográfica que me dispensou.

Ao professor Paulo Henrique da Fonseca, que além de professor é guia espiritual, obrigada por ter me aclarado ensinamentos bíblicos.

À professora Márcia Glebyane, com que pude aprender lições metodológicas indispensáveis à confecção deste trabalho.

À professora Maria dos Remédios, minha orientadora, a quem guardo muita estima e admiração, agradeço pelas orientações ofertadas e pela paciência e solicitude com que me atende.

“Pais, não exaspereis vossos filhos.
Pelo contrário, criai-os na educação e
doutrina do Senhor”.

Efésios 6, 4

RESUMO

A sociedade contemporânea encontra-se em constante modificação em virtude da evolução social e da complexidade das relações humanas, o que acarreta, por conseguinte, na alteração reflexa do Direito de Família, ensejando a necessidade de que a legislação, a doutrina e a jurisprudência amoldem-se nesta nova sistemática. Neste contexto surge a guarda compartilhada como meio hábil para promover uma melhor regulamentação dos efeitos patrimoniais e pessoais decorrentes da ruptura dos genitores, fazendo com estes continuem compartilhando os direitos e obrigações decorrentes do poder familiar após a separação, a fim de amenizar os transtornos que a separação incute nos filhos. Ressalte-se que a guarda compartilhada também pode ser implementada por casais que nunca conviveram, desde que norteada pelo melhor interesse dos filhos. Assim, a presente pesquisa científica objetiva investigar o desenvolvimento do poder familiar diante da estipulação da guarda compartilhada, bem como perquirir as vicissitudes do poder familiar e do instituto da guarda. O percurso teórico pautou-se numa documentação indireta através de uma pesquisa bibliográfica na busca de solucionar o seguinte questionamento: de que forma o poder familiar será desenvolvido no deslinde da guarda compartilhada? Para tanto, utilizou-se uma linha de raciocínio embasada no método de abordagem dedutivo, partindo da aplicação das várias modalidades de guarda para desembocar na fixação da guarda compartilhada. Os métodos de procedimento utilizados foram o histórico e o hermenêutico-jurídico. Realizou-se um estudo pormenorizado do instituto do poder familiar e da guarda através do levantamento histórico e da investigação dos respectivos atributos. Por fim foi analisada a guarda compartilhada, rodeada pelos fundamentos e objetivos que possibilitam a sua aplicação prática. Através desta conjuntura teórica, foi possível perquirir a importância da implementação da guarda compartilhada e a possibilidade de, mesmo separados, os pais poderem compartilhar o poder familiar de forma conjunta e harmônica, para promover o melhor para os filhos.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda compartilhada. Exercício conjunto.

ABSTRACT

Contemporary society is constantly changing because of social evolution and the complexity of human relationships, resulting therefore in alteration reflex of Family Law, entailing the need that the legislation, doctrine and jurisprudence be conformed with this new system. In this context the shared custody arise as skillful means to promote better regulation of property and personal effects from the rupture of the parents, causing them to continue sharing the rights and obligations of family power after separation in order to minimize the inconvenience to separation instills in children. It should be noted that the shared custody can also be implemented by couples who never lived together, although it has to be respected the best interests of children. Thus, this scientific research aimed at investigating the development of family power on the stipulation of shared custody and trace the features of family power and the guard institute. The theoretical approach was based on indirect documentation through a literature search in the search for solutions to the question: how the family power can be developed in the demarcation of the shared custody? It was used a line of reasoning grounded in the deductive method, starting from the application of various forms of custody to result in the setting of shared custody. The methods of procedure used were the historical and hermeneutic-normative. It was conducted a detailed study of the institute of family power and the guard through the historical survey and research of their attributes. Finally it was analyzed the shared custody, surrounded by the motives and objectives that enable their practical application. Through this theoretical situation, it was possible search the importance of the implementation of shared custody and the possibility of, even separated, parents to share family power in a joint and harmony family, to promote the best for their children.

Keywords: Family power. Shared custody. Exercise together

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PODER FAMILIAR	14
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	14
2.2 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA	17
2.3 TITULARIDADE.....	19
2.4 RELAÇÕES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR.....	21
2.4.1 Poder familiar em relação à pessoa dos filhos.....	21
2.4.2 Poder familiar em relação aos bens dos filhos.....	26
2.5 CESSAÇÃO DO PODER FAMILIAR	30
2.5.1 Extinção do poder familiar	30
2.5.2 Suspensão do poder familiar	31
2.5.3 Destituição do poder familiar	33
2.5.4 Regras procedimentais	35
3 GUARDA	37
3.1 ORIGEM E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL.....	37
3.2 BREVE HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	38
3.3 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	41
3.4 CRITÉRIOS PARA A DETERMINAÇÃO DA GUARDA.....	42
3.4.1 Interesse do menor.....	43
3.4.2 Idade e sexo	47
3.4.3 Presença de irmãos.....	49
3.4.4 Comportamento dos pais.....	50
3.5 MODALIDADES DE GUARDA	50
3.5.1 Guarda comum.....	51
3.5.2 Guarda exclusiva ou unilateral.....	52
3.5.3 Guarda alternada.....	53
3.5.4 Aninhamento ou nidação	54
3.5.5 Guarda compartilhada	55
3.6 MODIFICABILIDADE DA GUARDA.....	56
4 GUARDA COMPARTILHADA	57
4.1 GENERALIDADES	57

4.2 ASPECTOS CONCEITUAIS.....	59
4.3 JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	61
4.3.1 Problemas decorrentes da fixação da guarda exclusiva	62
4.3.2 Igualdade entre homem e mulher	65
4.3.3 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	66
4.3.4 Guarda compartilhada de fato	69
4.4 FUNDAMENTO PSICOLÓGICO DA GUARDA COMPARTILHADA	70
4.5 CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA.....	71
4.6ASPECTOS PRÁTICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	73
4.6.1 Objetivo da guarda compartilhada	75
4.6.2 Pressupostos para o exercício da guarda compartilhada.....	76
4.6.3 Problemas que podem existir na aplicação da guarda compartilhada.....	78
4.6.3.1 <i>Novas núpcias dos genitores</i>	78
4.6.3.2 <i>Divergências de entendimentos</i>	79
4.6.3.3 <i>Mudança de residência dos pais</i>	80
4.6.4 Possibilidade de alternância de residências	80
4.7 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR DIANTE DA GUARDA COMPARTILHADA	81
4.7.1 Criação e educação.....	82
4.7.2 Companhia, fiscalização e supervisão dos interesses dos filhos	83
4.7.3 Consentimento para casar, nomear tutor e emancipar	84
4.7.4 Assistência e representação.....	84
4.7.5 Reclamação de quem detenha os filhos de forma ilegal	84
4.7.6 Dever de prestar obediência, respeito e executar alguns serviços.....	85
4.7.7 Responsabilidade civil	86
4.7.8 Direito de administrar e usufruir os bens dos filhos.....	86
5 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família vem passando, ao longo do tempo, por evoluções e ajustamentos decorrentes da mudança social, assim como também pela complexidade que circunda as relações humanas, mudanças estas que podem ser observadas na alteração dos antigos papéis familiares, preestabelecidos.

Deste modo, antigamente, cabia ao pai, prover o sustento econômico da família e à mãe cuidar e zelar pelo lar e pelos filhos. Este modelo pragmático, hoje está sendo paulatinamente alterado, vez que, homens e mulheres são tratados constitucionalmente de forma igual, fazendo com que dividam os direitos e responsabilidades, mormente os relacionados à autoridade parental.

Em consequência disso, a guarda e as formas de execução do poder familiar tiveram que amoldar-se a essa nova conjuntura, trazendo para aplicar no caso concreto novos instrumentos e institutos que possibilitem implementar esta filosofia inovadora.

Neste ínterim, afigura-se a guarda compartilhada, instituto que há muito já vinha sendo aplicado no caso concreto como forma de promover o melhor interesse das crianças e adolescentes, sendo que, nos dias atuais, já encontra regulamentação positivada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 11.698/08, que formalizou uma situação que já vinha sendo observada na prática.

A guarda compartilhada surge como uma nova modalidade de arranjo, implementando uma nova sistemática no desenvolvimento da autoridade parental, com a finalidade de assegurar o primado constitucional de que os filhos devem desenvolver-se no seio da sua família natural, ou seja, devem gozar de uma sadia convivência familiar e comunitária.

Desta forma, os genitores, para implementar a guarda compartilhada, devem acordar mecanismos para que seja mantida a participação conjunta e efetiva deles na vida dos filhos, através da tomada, de forma compartilhada, das decisões relativas à prole.

Com a aplicação da guarda compartilhada, após a ruptura do casal, ou nos casos de pais que nunca conviveram, os filhos passam a ser assistidos por ambos os genitores, que decidirão em igualdade de condições o futuro destes

descendentes, vez que compartilharão os deveres e direitos decorrentes do poder familiar.

Assim, esta investigação científica justifica-se pelo crescente número de casais em processo de separação, que tendo filhos, recorrem ao Poder Judiciário para solucionar a contenda relacionada à guarda, surgindo, assim, o modelo compartilhado como melhor instrumento para garantir a amenização dos sofrimentos que a separação incute nos filhos.

Desta forma, a guarda compartilhada revela a aplicação prática dos princípios constitucionais do melhor interesse das crianças e adolescentes, da igualdade entre homens e mulheres, bem como do direito que os menores dispõem de convivência familiar e comunitária harmônica.

Portanto, esta pesquisa afigura sua importância na necessidade de disseminar este novo modelo parental que, mesmo já tendo sido regulamentado em lei, ainda encontra uma certa resistência por parte de pais e magistrados menos avisados, que ainda aplicam a guarda exclusiva, sacrificando o melhor interesse dos filhos.

Pelo fato de a guarda compartilhada estabelecer mecanismos para que os pais, mesmo separados, permaneçam em contato perene com os filhos, estes aliviam os traumas decorrentes do afastamento de um dos genitores, vez que ambos tomarão as decisões relativas à prole de forma conjunta, participando efetivamente da vida dos filhos.

Na sistemática tradicional, de determinação da guarda unilateral, ou exclusiva, a afetividade entre os filhos e o genitor não guardião, tende, na maioria dos casos, a desaparecer gradativamente, em virtude da fixação do regime de visitação, que faz com os pais encontrem-se com os filhos em momentos preestabelecidos, de onde decorrem encontros e separações, o que acarreta, com o passar do tempo, na transformação do genitor não guardião em um mero recreador.

Neste contexto é que está inserida a guarda compartilhada, como forma de beneficiar os filhos, maiores prejudicados na separação dos pais, na medida em que possam desfrutar da participação de ambos no seu desenvolvimento, acarretando, por conseguinte, numa melhor adaptação a esta nova realidade, onde seus pais não viverão mais na mesma casa.

Portanto, em havendo a aplicação da guarda compartilhada, ambos os genitores poderão participar, efetivamente, da formação intelectual e psicológica dos

filhos, fazendo emergir o casal parental que, mesmo separado conjugalmente, continuará atrelado pela existência dos filhos, e dividirá as prerrogativas decorrentes dela.

Neste diapasão, são inegáveis os benefícios que a guarda compartilhada enseja na vida dos filhos, todavia, diante disso, indaga-se: De que forma o poder familiar poderá ser desenvolvido por ambos os pais que não convivem na mesma residência, para poderem operacionalizar a guarda compartilhada diante do caso concreto?

Na tentativa de solucionar este questionamento, a presente pesquisa científica pautou-se no estudo da legislação e da doutrina, usando como sustentáculo, para desenvolver um raciocínio lógico, o método de abordagem dedutivo, partindo da análise dos casos gerais de fixação da guarda para poder adentrar nas especificidades da guarda compartilhada.

Serão utilizados como métodos de procedimento o histórico e o hermenêutico-jurídico que tratam, respectivamente, da análise histórico-evolutiva do fenômeno pesquisado e da busca por informações sistematizadas da legislação investigada. Sendo assim, realizar-se-á um delineamento histórico a respeito dos institutos da guarda e do poder familiar através de uma incursão no passado com o fito de compreender a evolução legal destes no ordenamento jurídico pátrio, bem como interpretação da referida norma.

Para tanto, abalizada numa reflexão teórica, utilizar-se-á, neste trabalho científico, a pesquisa bibliográfica/documentação indireta e análise documental como técnicas de pesquisa.

Deste modo, os resultados serão aglutinados de forma concisa e coordenada, para que o estudo da temática do poder familiar e da guarda compartilhada possa ser desenvolvido de forma satisfatória, apresentando os institutos atualizados com a sistemática vigente, no que concerne à lei, à doutrina e à jurisprudência.

A presente pesquisa tem por objetivo geral investigar o desenvolvimento do poder familiar diante da implementação da guarda compartilhada. Os objetivos específicos são: perquirir as vicissitudes do poder familiar e do instituto da guarda; interpretar a legislação pertinente aos institutos do poder familiar e da guarda; analisar os fundamentos que justificam a escolha da guarda compartilhada e verificar a operacionalização da autoridade parental no seio da guarda compartilhada.

Para a consecução destes objetivos, abordar-se-á, no primeiro capítulo, o instituto do poder familiar, visto através do seu regular funcionamento, ou seja, a análise feita num primeiro momento remontará ao desenvolvimento do poder familiar na constância da união dos genitores.

Desta feita, será realizada a investigação de caracteres particulares do instituto do poder familiar, tais como o contexto histórico em que foi inserido, a sua conceituação, características, o exercício propriamente dito, entre outros fatores, até culminar nas ocasiões que ensejaram a cessação da autoridade parental.

No capítulo intermediário, a abordagem repousará no instituto da guarda, visto de forma geral, decorrente da separação ou não união dos genitores. Neste capítulo, será aferida de forma pormenorizada as características deste instituto através de um retrospecto histórico seguido da conceituação, da análise deste atributo do poder familiar nas legislações pertinentes, assim como também pelo estudo das diversas modalidades de guarda.

Finalmente, o foco será direcionado ao estudo da guarda compartilhada em si, para averiguar a possibilidade de exercer conjuntamente o poder familiar, nesta modalidade de guarda.

Para a consecução deste mister, far-se-á a elucidação da guarda compartilhada, através de seu conceito, fundamentos, objetivos e análise prática do instituto, com a finalidade de argüir a possibilidade de exercer o poder familiar de forma conjunta, mesmo a família estando desmembrada.

Desse modo, a análise do instituto da guarda compartilhada será considerada nesta pesquisa científica, como meio para esclarecimento e disseminação deste arranjo de guarda, ainda pouco utilizado nos casos práticos, para que a sua implementação assegure os ditames constitucionais, legais e sociais.

2 PODER FAMILIAR

Inicialmente, faz-se necessário uma abordagem dos caracteres identificadores do instituto do poder familiar, com o fito de apresentar a matéria de forma clara e sistematizada.

Nessa esteira, pretendeu-se apresentar um breve delineamento histórico, assim como a apresentação das finalidades, natureza jurídica, titularidade, enfim, vicissitudes do instituto em comento, para que o mesmo pudesse ser melhor compreendido.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O instituto do poder familiar passou por significativas mudanças ao longo do tempo, mudanças estas que não se resumem em alterações de nomenclatura, vez que, como aponta Venosa (2006), a evolução do poder familiar acompanha a própria evolução da família.

No entendimento de Grisard Filho (2005), o poder familiar encontra origem remota, constante dos primórdios civilizatórios, todavia, a doutrina toma por base caracteres deste instituto em Roma, por mostrar-se mais aperfeiçoado e sistematizado naquele lugar.

Com relação ao poder familiar em Roma, foram estabelecidas anotações no sentido de que:

No direito romano, o *pátrio poder* – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O *pátrio poder* em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos. (GRISARD FILHO, 2005, p.35, grifo do autor)

Assim, o poder familiar então pátrio poder, era exercido exclusivamente no

interesse do chefe da família, e os demais integrantes da entidade ficavam submissos à vontade dele, ou seja, viviam sob o arbítrio do *pater familias*.

Em relação aos filhos, como aponta Monteiro (2004), no âmbito pessoal, o pai poderia matar, expor, entregar como indenização ou transferir os filhos a outrem; em matéria patrimonial, estes não adquiriam nada para si, nada possuíam, tudo o que obtivessem, exceto dívidas, era destinado ao pai. Esses poderes amplíssimos não sobreviveram ao tempo de Justiniano, reduzindo-se a meras atribuições corretivas.

Na Idade Média, houve uma bipartição das coordenadas que serviam de base para regulamentar o pátrio poder conforme o que dispõe Bittar Filho (1992), citado por Grisard Filho (2005), pois, nos países onde era predominante o direito escrito, seguiu-se a orientação romana atualizada pela influência justinianéia, todavia, onde repousava o direito costumeiro, houve a inserção do direito germânico, que, àquela época já denotava a preponderância dos interesses do filho em relação ao pai.

A concepção romana vem informar a legislação brasileira seguindo o caminho traçado pela herança lusitana, conforme arguição de Venosa (2005, p. 335):

De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história.

Desta feita, como legado das Ordenações do Reino, fonte do direito brasileiro, o nosso legislador pautou-se nos ditames romanos para regulamentar o instituto do pátrio poder. Tanto o é que, no Código Civil de 1916 figurava o patriarcalismo advindo do modelo romano.

Corroborando este entendimento, traz-se à colação o seguinte entendimento:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao **marido** como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à **mulher** e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio (CC/1916 393). (DIAS, 2006, p. 343, grifo do autor).

Desse modo, fica claro que no Código de 1916, o pai, visto como detentor exclusivo do pátrio poder, remonta às origens romanas, fazendo com que a figura materna fosse posta como meio subsidiário, somente exercendo tal mister se o

marido fosse impedido ou faltasse ao exercício do pátrio poder, sendo que este exercício subsidiário apenas prosseguiria para o caso de a viúva não contrair novas núpcias.

Com a evolução observada pelo Estatuto da Mulher Casada, lei nº 4.121/62, a mãe passou a participar como colaboradora do marido no deslinde do pátrio poder, todavia, a última palavra, no caso de divergência, era a do esposo. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve explícita equiparação entre direitos e obrigações de homens e mulheres conforme o artigo 5º, I e, em consequência, o exercício do pátrio poder passou a ser incumbência conjunta dos pais.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº 8.069/90, o pátrio poder, segundo entendimento de Dias (2006), passou de um instituto de dominação para apresentar conotação protecionista, pois, além de informado pela evolução do próprio instituto, o foi também pela doutrina da proteção integral.

O Código Civil de 2002 atribuiu peremptoriamente nos artigos 1.631 e 1.634 o exercício do agora poder familiar a ambos os pais, em igualdade de condições, cabendo o exercício exclusivo a um dos pais, apenas quando o outro faltar ou for impedido de desempenhar as atribuições do poder familiar.

Diante disso, relativo à nomenclatura, o instituto passou de pátrio poder a poder familiar. É inegável a evolução, vez que reprimiu a feição patriarcal, todavia, como crítica Rodrigues (2004), citado por Dias (2006) houve uma exacerbada preocupação em retirar a palavra pátrio, do que em realmente atribuir o verdadeiro sentido do instituto no seu nome, vez que, o que mais parece um dever é apontado como um poder.

Neste diapasão, Grisard Filho (2005, p.40), dispõe que:

A denominação adotada pelo Código não é a mais apropriada, na medida em que mantém a expressão poder, que não corresponde ao princípio da igualdade entre os genitores. Por sua vez a expressão familiar não guarda relação ao pai e a mãe, mas à família toda, incluindo-se aí os avós, os tios e os irmãos nas funções parentais.

No entendimento de Dias (2006), a expressão que a maioria da doutrina aponta como mais coerente seria autoridade parental, vez que consagraria o primado constitucional da proteção integral, entretanto há que se levar em consideração que o poder familiar não finda-se numa autoridade, pois mostra-se mais como um dever, um encargo imposto por lei aos pais.

Acerca da atual concepção do poder familiar, Gonçalves (2008, p. 368) ensina que:

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um *munus público*, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem 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.

Assim, vê-se que a concepção do poder familiar, enquanto instituto da órbita jurídica, transcendeu para demonstrar conotações públicas, diante da relevância que ostenta. Todo o caminho evolucionista que o poder familiar percorreu, fez com que o pátrio poder, soberano e amplo do pai em relação aos filhos evoluísse para um poder familiar delineado na lei, com feições protecionistas, exercido conjuntamente pelos pais e sempre levando em consideração os interesses dos filhos.

Nas palavras de Diniz (2007, p. 514):

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.

Visto dessa forma pode-se entender que o poder familiar não repousa apenas em “poderes”, pois também está encoberto por deveres decorrentes da paternidade e da maternidade, deveres estes que apresentam conotação pessoal (em relação à pessoa dos filhos) e patrimonial (em relação aos bens dos filhos). Estão sujeitos ao poder familiar os filhos menores, desde que não emancipados e os maiores incapazes.

2.2 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA

São características do poder familiar apresentadas por Gonçalves (2008) o fato de ser um *munus* público, de ser irrenunciável, indelegável, imprescritível e incompatível com a tutela.

Por representar um *munus* público, o poder familiar tem suas regras estabelecidas pelo Estado, e, falhas na sua execução interferem no regular desenvolvimento da sociedade, repousando aí a sua importância.

A irrenunciabilidade, corolário da indelegabilidade, apresenta-se como consequência lógica de o poder familiar ser um dever imposto pelo Estado, vez que, os pais não podem transacionar, renunciar ou delegar o exercício do poder familiar. No caso de inexistência dessas regras, qualquer dos genitores poderia eximir-se do encargo, atribuindo a outrem uma obrigação própria. Ressalte-se a exceção apontada por Gonçalves (2008), no caso do artigo 166 do ECA, para hipóteses de colocação em família substituta, após prévia autorização judicial.

O poder familiar é imprescritível pelo fato de não extinguir-se pelo não uso, ou seja, os pais não decaem do mesmo pelo fato de não o exercerem, pois a extinção só resta configurada nos casos expressos na lei.

Por fim, como última característica, o poder familiar apresenta-se como sendo incompatível com o exercício da tutela, pois, para que haja nomeação de tutor, faz-se mister que os pais do menor tenham sido destituídos do poder familiar, ou ao menos tenham o exercício suspenso.

Relativo à natureza jurídica deste instituto, advoga Grisard Filho (2005) que, para entendê-la faz-se necessário levar em consideração três óticas: o poder familiar visto em relação ao Estado; em relação a terceiros e nas relações pai-filho.

Continua o mencionado autor aduzindo que, relacionado ao Estado, o poder familiar é visto como um encargo, um ofício, uma imposição estatal para que sejam observadas as coordenadas estabelecidas na legislação para o fiel cumprimento deste mister.

Considerando o poder familiar em face de terceiros aduz Santos Neto (1994) *apud* Grisard Filho (2005), que o instituto afigura-se mais como um direito subjetivo, pois os pais defendem o exercício do poder familiar do abuso e da intervenção de terceiros, inclusive fazendo uso dos meios judiciais cabíveis, mormente pela possibilidade de utilizar a ação de busca e apreensão para reaver os filhos de quem ilegalmente os detenha.

Sob a ótica das relações entre pais e filhos, estas devem ser pautadas num

poder familiar com natureza de poder-dever, praticado de forma altruísta, com o fito maior de proteger e guiar a pessoa dos filhos.

Em outras palavras, o poder familiar, por representar uma autoridade, um dever, um ônus decorrente da paternidade e da maternidade, é exercido através de poderes e prerrogativas, todavia, com correspondentes atribuições e obrigações para garantir a proteção dos filhos.

2.3 TITULARIDADE

Na vigência do Código Civil de 1916, como dito anteriormente, a titularidade ativa do poder familiar era concedida apenas ao pai, chefe da família, ficando a mãe com a incumbência de tal poder, apenas quando o marido faltasse ou fosse impedido de exercer o pátrio poder.

Todavia, com a evolução social e legislativa, o poder familiar passou a ser visto como prerrogativa e dever de ambos os pais, evolução esta, que foi traçada pelo Estatuto da Mulher Casada, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, chegando à concepção atual de poder familiar, instituído como forma de assegurar, da melhor maneira possível, a proteção dos interesses dos filhos sujeitos a tal poder.

Seguindo este raciocínio, traz-se à apreciação, *in verbis*, o que aduz o Código Civil de 2002 a respeito da titularidade ativa do poder familiar:

Art. 1.631 Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Assim, vê-se que a titularidade do poder familiar foi estipulada a ambos os pais, sendo que a um deles caberá de forma exclusiva, quando o outro estiver impedido ou faltar ao exercício do poder familiar.

Desta feita, a mulher passou de um exercício sucessivo, na vigência do Código de 1916, para colaboradora na inovação trazida pelo Estatuto da Mulher casada e só ao tempo da Constituição Cidadã (1988) e do Código Civil de 2002 é

que passou a exercer o poder familiar concomitante ao que já vinha desempenhando a figura paterna.

Como forma de conciliar a administração de tal poder de forma paralela, a própria legislação cuidou de estabelecer que, em havendo discordância entre os genitores, relativamente a alguma atribuição inerente ao poder familiar, qualquer deles pode acionar o judiciário para que resolva a contenda da melhor forma possível, levando em consideração o interesse da prole em detrimento do interesse dos pais.

A redação do citado artigo encontra resistência na doutrina pela atecnia que ensejou, pois, ligou diretamente o poder familiar ao casamento e à união estável, desligando-o do seu cerne original, que é decorrente da paternidade e da maternidade, subestimando, assim, o exercício conjunto do poder familiar apenas para os casos de genitores que estejam na constância do casamento ou da união estável.

Neste sentido dispõe Gonçalves (2008, p. 371):

Na realidade, independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar. Bastaria, pois, que o dispositivo em apreço estabelecesse que "o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe...", visto que o aludido *múnus* decorre da filiação, não do casamento ou da união estável.

Diante disso, o que se sabe é que, em casos de pais separados ou nunca casados, o que se tem que levar em consideração é que a guarda dos filhos será conciliada entre eles, observados os critérios estabelecidos na lei. Assim, relegar a conjuntura do exercício do poder familiar a ambos os pais, somente se estiverem casados ou viverem em união estável, com base no artigo em comento, seria o mesmo que equiparar o poder familiar à guarda, sendo que numa relação de ponderação, esta última afigura-se apenas como um atributo daquele.

Em contrapartida, ficam submetidos ao poder familiar os filhos menores, não emancipados, além dos maiores incapazes. Interessante observar que na sistemática constitucional atual, houve a equiparação entre os filhos, ficando, por conseguinte, atualizado o Código Civil, pois faz a elucidação dos sujeitos passivos do poder familiar sem qualquer discriminação relacionada à origem da filiação.

2.4 RELAÇÕES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

Quanto ao exercício do poder familiar propriamente dito, este pode ser observado levando em consideração a ótica da finalidade, bem como do bem jurídico que se quer tutelar.

Desta feita, o poder familiar tem o seu conteúdo relacionado à pessoa dos filhos ou aos bens destes, caracterizando-se, conseqüentemente, as relações como sendo pessoais ou patrimoniais, respectivamente.

2.4.1 Poder familiar em relação à pessoa dos filhos

Com relação à regulamentação do exercício do poder familiar em relação à pessoa dos filhos, o Código Civil de 2002 traz em seu bojo normas bem delineadas para elucidação de tal exercício, vez que a matéria mostra-se importante para guiar as condutas dos pais, tanto no seio familiar como no social.

Neste sentido aduz o referido Código que:

Art. 1.634 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhes sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assim, vê-se que o texto do Código preocupou-se em elencar de forma pormenorizada os atributos do poder familiar tendo em vista à pessoa dos filhos. Com relação ao inciso I, este demonstra-se como o mais importante e mais amplo de todos, no entender de Monteiro (2004).

Desse modo o dever de direcionar a criação e educação, mostra-se como

uma obrigação de os pais tornarem os seus filhos úteis a si mesmos, e à sociedade, garantindo-lhes o sustento e o correto desenvolvimento. Falhas quanto ao dever de criação podem ensejar a configuração do crime de abandono material capitulado no artigo 244 do Código Penal, além de ser causa para, em âmbito cível, configurar perda do poder familiar.

Ressalte-se que, em havendo perda do poder familiar, os pais não ficam desobrigados deste, passando, desde então, a serem devedores de alimentos aos filhos, tal medida tem como finalidade impedir que a perda do poder familiar acarrete um bônus ao genitor faltoso.

Com relação especificamente ao dever de educar, este deve ser considerado de forma ampla, abrangendo não apenas a obrigação de matricular os filhos na educação primária básica, englobando, também, a educação moral, profissional, cívica, política, sexual, entre outras, cabendo aos pais optarem pelo ensino público ou privado bem como pela orientação pedagógica e religiosa.

A infração ao dever de proporcionar educação primária aos filhos, acarreta, em tese, a caracterização do crime de abandono intelectual, inserto do artigo 246 do Código Penal, vez que a educação é bem jurídico, constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos.

Relativo ao inciso II do artigo supramencionado, este aponta o poder-dever de ter os filhos sob a guarda e companhia dos pais, valendo-se, para tanto, da competente ação de busca e apreensão, para que os pais reclamem os filhos de quem ilegalmente os detenha, pois, incumbe a eles o dever de criar e guardar os filhos, sendo que os genitores podem ser responsabilizados penalmente por entregar sua prole à pessoa inidônea, conforme preceitua o artigo 245 do Código Civil.

Dessa forma, o direito-poder de ter os filhos em sua guarda e companhia deve ser exercido por ambos os pais, amparado pelo direito que os filhos têm de desenvolver-se no seio familiar. Todavia casos há em que, a estrutura familiar vem a ser abalada pela separação.

Nos casos de separação, a guarda dos filhos caberá àquele que demonstrar melhores condições de prover o sustento deles, sustento esse, que não se resume apenas a esfera patrimonial, abrangendo caracteres morais, educacionais, psicológicos e outros. Nesse sentido são os dizeres de Gonçalves (2008, p. 374), onde assevera que:

Tal dever-direito cabe a ambos os pais, nenhum tem mais direito do que o outro. Se estes se encontram separados de fato, a tendência é manter o *statu quo*, deixando-se os filhos com quem se encontram, até que, no procedimento da separação judicial, o juiz resolva definitivamente a situação, decidindo em favor do que revelar melhores condições para exercer a guarda.

Assim, vê-se que a guarda como um dos atributos do poder familiar deve ser exercida por ambos os genitores em igualdade de condições, mas havendo separação dos pais, ela deve ser concedida a quem demonstrar melhores condições.

Interessante anotar que, se um dos genitores não dispuser de meios financeiros suficientes para ter os filhos sob sua guarda, nada impede que a este seja concedida, importando ao outro o dever de prestar alimentos, conforme suas posses e com o respectivo direito de visitas.

A prerrogativa de os pais terem sob sua guarda e companhia os filhos, demonstra-se como corolário da responsabilidade que os genitores são chamados a assumir quanto aos atos praticados pela sua prole, vez que, para evitar possível responsabilização faz-se necessário que seja desempenhada uma correta vigilância.

Quando os pais são separados, a responsabilidade caberá àquele que estiver com o menor, ao tempo da prática do ato que ensejou o dano a outrem. Dessa maneira, se a mãe estiver com a guarda do filho, em tese, ela seria a responsável pelos atos que ele praticasse, todavia se a conduta reputou-se configurada quando o menor estava sob a posse e vigilância do pai, em seus períodos de visita, este é que responderá pelos atos danosos do filho.

Prosseguindo, no inciso III, aos pais cabe a faculdade de consentir ou não o casamento dos filhos, consentimento esse que deve ser específico, ou seja, para casar com pessoa certa e determinada, excluindo assim, as denominações genéricas. Decorrente da igualdade entre homem e mulher, o consentimento deverá ser feito por ambos os pais, sendo que, qualquer recusa infundada poderá ser suprida pelo consentimento judicial.

Aos pais também é dispensado o direito de nomear tutor para os filhos, desde que o outro genitor já tenha falecido ou não possa exercer o poder familiar. Na lição de Rodrigues (2004) citado por Gonçalves (2008), um dos pais não pode excluir o exercício do poder familiar do outro genitor, mediante a estipulação de tutor, se não houver alguma causa que impeça o exercício de tal poder, pois, a ninguém cabe a

faculdade de afastar a concretização de atributos legalmente estabelecidos.

Segundo Venosa (2005, p.342), "A faculdade de nomear tutor (inciso IV) é de pouca utilização prática, objetivando também o cuidado com a prole, mormente na morte do genitor".

Assim, a nomeação de tutor, embora seja de relevância para o cuidado com os filhos, vez que, em tese, não há ninguém melhor do que os pais para decidirem com quem ficaria a guarda dos filhos, esta é uma estipulação quase que inócua, pois de pouca aplicação prática.

No inciso V, os pais são chamados a assistir ou representar os filhos menores, de acordo com a idade deles. Para os absolutamente incapazes (até dezesseis anos incompletos), cabível será a representação, enquanto que, para os relativamente incapazes (de dezesseis a dezoito anos incompletos), o instrumento será a assistência.

Essa prerrogativa dispensada aos pais é fruto da incapacidade dos filhos de atuarem, sozinhos, na seara jurídica. Neste diapasão, obtempera Grisard Filho (2005, p. 46) que:

Na assistência compreendem-se os aspectos morais, que se confundem com o dever de educação, e os aspectos materiais, enquanto se referem à obrigação alimentar, segundo a condição e a fortuna dos pais, derivada antes do parentesco que do poder familiar, como já dito. A representação tem caráter necessário, pois sem ela os atos praticados pelo menor seriam inválidos, e universal, pois compreende todas as relações jurídicas do menor, sejam de natureza familiar ou patrimonial.

Nesse sentido, os atos praticados pelo absolutamente incapaz, sem a devida representação, são nulos de pleno direito, conforme dispõe o artigo 166, I do Código Civil. Já os atos praticados pelo relativamente incapaz, inobservando o dever de assistência, acarreta a nulidade relativa do negócio jurídico, ou seja, a sua anulabilidade, conforme o artigo 171, I, do Código Civil.

Intimamente ligado ao direito de ter os filhos sob sua guarda e companhia, o inciso VI, do artigo em comentário, traz o direito de os pais reclamarem os filhos de quem ilegalmente os detenha, fazendo uso, como já dito, da ação de busca e apreensão. Conforme elucidação de Diniz (2007), o juiz, ao receber o pedido, averiguará a procedência da ilegalidade aferida, e, se convencido, fará expedir o competente mandado liminar para que o menor seja recolhido e devolvido aos pais sem necessitar ouvir a parte ré.

Por fim, como último atributo do poder familiar em relação à pessoa dos filhos, mostra-se o inciso VII do artigo 1.634 do Código Civil, estipulando que os filhos devem obediência e respeito aos pais, inclusive devendo prestar os serviços compatíveis com a sua idade.

Para a consecução de obediência e respeito, os pais podem valer-se de castigos físicos, desde que moderados, do contrário, dá-se causa para configuração do delito de maus-tratos em âmbito penal, e a perda do poder familiar na seara cível.

Quanto à prestação de serviços pelo menor, esta encontra críticas na doutrina, pois inconsistente com a atual sistemática constitucional, social e trabalhista, assim como dispõe Lôbo (2003) *apud* Gonçalves (2008, p.377):

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

Deste modo, além de incompatível com a conjuntura atual, a possibilidade de os pais exigirem dos filhos que lhes prestem serviços, é uma estipulação por demais dificultosa de ser executada, pois a lei, não fixando limites objetivos, abre guarida para inúmeras interpretações, tornando difícil o processo de fiscalização da conduta dos pais.

O fato é que, por determinação constitucional, insculpida no artigo 7º, XXXIII, aos menores de dezoito anos é proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre, e quanto aos menores de dezesseis anos é vedada a prática de qualquer trabalho, ressalvada a hipótese da realização de atividades de aprendizagem, para os maiores de quatorze anos, desde que formalmente realizado o contrato de aprendizagem, através da inscrição do aprendiz no respectivo programa.

Monteiro (2004) ainda traz à baila como dever dos pais em relação aos filhos, decorrente do poder familiar, estipulações inscritas no Estatuto da Criança e do Adolescente que aduzem a obrigação de os pais cumprirem e fazerem cumprir quaisquer determinações judiciais que interessem seus filhos (ECA, artigo 22) e

também de oferecer ambiente digno e harmonioso para o correto desenvolvimento de sua prole, conforme o artigo 19 do referido Estatuto. Sendo que, o descumprimento de tais determinações pode vir a acarretar a perda ou suspensão do poder familiar.

2.4.2 Poder familiar em relação aos bens dos filhos

Vistas as obrigações dos pais em relação à pessoa dos filhos, cabe agora fazer os devidos comentários relativos ao exercício do poder familiar em relação aos bens dos filhos sujeitos a tal poder.

Assim, segundo o que dispõe o artigo 1.689 do Código Civil, *in verbis*: “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I – são usufrutuários dos bens dos filhos; II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Relativo aos bens dos filhos menores, não emancipados e maiores incapazes, estes podem advir de inúmeras situações, especialmente através de doações, legados, ou de atividade lucrativa, própria do menor, sendo que, o mais comum, é que esses bens sejam recebidos na abertura da sucessão de um dos pais do menor, que, pré-morto, transfere o seu patrimônio, cabendo, em regra, ao cônjuge supérstite, a administração dos bens que couberem no quinhão hereditário dos filhos menores.

Ressalte-se que tal gestão não pode exceder os limites de uma simples administração, que segundo entendimento de Monteiro (2004), deve circunscrever-se nos atos de conservação, locação, pagamento de impostos, entre outros que se fizerem necessários para o bom aproveitamento da propriedade, desde que não acarretem ônus patrimoniais excessivos.

Desse modo dispõe o Código Civil:

Art. 1.691 Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

I – os filhos;

II – os herdeiros;

III – o representante legal.

Diante disso, vê-se que o exercício do poder familiar em relação aos bens dos filhos não é desenvolvido ao bel prazer dos pais, pois não pode ultrapassar a esfera da mera administração, mormente em relação aos bens imóveis, que desfrutam de maior rigor na regulamentação das atividades a eles vinculadas.

Todavia, isso não importa dizer que sobre os bens dos filhos menores recaia, como regra geral, a inalienabilidade, vez que, mediante autorização judicial, os pais que estejam na administração dos bens dos filhos, poderão peticionar ao juiz competente a permissão para alienar tais bens, desde que consigam argüir as questões que fundamentam o pedido da venda, para que seja expedido o respectivo alvará.

Obtempera Venosa (2005, p. 346) que:

Nessa administração legal, não há necessidade de caução ou qualquer modalidade de garantia, pois entendemos que ninguém melhor do que os próprios pais para aquilatar o que é melhor para o patrimônio de seu filho. O progenitor somente responde por culpa grave, e não está também obrigado a prestar contas.

Então não há qualquer empecilho, relacionado à demonstração de garantias, para que os pais desempenhem a administração dos bens dos filhos menores, pois é decorrente da própria percepção humana acreditar que os pais darão o melhor destino possível aos bens e a vida dos filhos, todavia, isso não impede que os pais sejam responsabilizados, pessoalmente, pela prática de algum ato incompatível com o regular desempenho do poder familiar.

Como decorrência da administração dos bens dos filhos menores, aos pais é dispensado o direito de usufruir dos bens administrados, que a maioria da doutrina, a exemplo de Diniz (2007), Gonçalves (2008), Venosa (2005), entre outros, acredita ser um usufruto legal decorrente dos encargos da própria administração dos bens, figurando como uma espécie de “compensação” pelo exercício das responsabilidades decorrentes do poder familiar.

Na elucidação de Venosa (2004), o usufruto que os pais exercem em relação aos bens dos filhos menores, aproxima-se muito do usufruto estabelecido pelo direito das coisas, todavia, com ele não se confunde pois não decorre de um negócio jurídico, abrange, em regra, a totalidade dos bens dos filhos, não tem como

pressuposto a anotação imobiliária, além de ser irrenunciável e intransferível.

Nessa linha de raciocínio, os pais podem desfrutar dos rendimentos decorrentes da administração dos bens dos filhos, sem a obrigação de prestar as devidas contas. Tal usufruto persiste em relação aos filhos até que estes atinjam a maioridade, emancipem-se ou faleçam, com relação aos pais, o seu exercício estará garantido até que cesse o poder familiar.

Destarte, há que se mencionar que existem bens que não podem ser usufruídos, nem administrados pelos pais, conforme anotação do Código Civil:

Art. 1.693 Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

- I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;
- II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;
- III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;
- IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Deste modo, há que ser levada em consideração algumas situações que fazem com que certos bens não possam ser usufruídos pelos pais, mesmo que estejam em pleno exercício do poder familiar, sendo que, em primeiro lugar, ficam excluídos do usufruto, os bens que os filhos já possuíam antes de serem reconhecidos.

Tal regra guarda inteira proteção moral, para evitar situações que possam acarretar mero interesse patrimonial, quando o genitor, movido apenas por questões financeiras, reconhece o filho. Essa regra tem o fito de, nas palavras de Venosa (2005, p.346), “[...] não transformar o ato de reconhecimento como incentivo à cupidez para o pai reconhecente”, vez que, na sistemática atual, a regra geral aponta que aos pais cabe escolher o melhor para os seus filhos, todavia, existem casos que apontam exceções a essa regra.

Com relação aos bens conseguidos pelo trabalho dos filhos maiores de dezesseis anos, os frutos dele decorrentes denotam-se como patrimônio pessoal dos filhos, onde não pode recair o usufruto decorrente do poder familiar. Nas palavras de Gonçalves (2008) esta determinação encontra respaldo em resquícios romanos, amparado no que, àquela época, denominava-se de pecúlios, sendo que estes, uma vez adquiridos, seja pelo serviço militar, por atividades públicas ou ainda

por outros meios, passavam a integrar o patrimônio pessoal dos filhos.

Para alguns autores, a exemplo de Rodrigues (2004) *apud* Gonçalves (2008), a disposição inserta no inciso em comento traz insignificante relevo ao mundo jurídico, vez que pela própria legislação civil, o fato de o filho menor possuir trabalho ou bens que ensejem a montagem de estabelecimento civil ou comercial, com conseqüente formação de economia própria, já é caso para emancipação de tal menor, acarretando, assim, a extinção do poder familiar com todas as suas nuances.

Em terceiro lugar tem-se os bens que foram deixados aos filhos menores com a cláusula de não serem usufruídos ou administrados pelos pais. Nesta hipótese, deve-se acatar a vontade do testador (para os casos de bens adquiridos pelos filhos a título de legado), ou do doador (para os bens que foram adicionados ao patrimônio dos filhos pelo instituto da doação). Assim, se forem excluídos ambos os pais, e o doador ou o testador não houver nomeado a pessoa que irá administrar os bens, tal tarefa caberá ao juiz.

Por derradeiro, apresenta-se o caso de o genitor que, afastado da sucessão de que era parte pela comprovação da indignidade, perde o direito de usufruto e administração dos bens que seus filhos receberam na citada sucessão, pois, para que estes recebessem tais bens, seu ascendente, considerado indigno para os fins sucessórios, é visto como se morto estivesse ao tempo da abertura da sucessão.

Nesse sentido anota Diniz (2007), que a falta desta regra, acarretaria uma incongruência, pois o herdeiro, mesmo sendo considerado indigno, obteria alguma vantagem em relação à sucessão de que foi afastado, pelo fato de poder usufruir e administrar os bens que os filhos receberam na sucessão.

Diante da possibilidade que o Código Civil abre a que os pais possam administrar e usufruir dos bens dos filhos que estejam sujeitos ao poder familiar, o próprio Código também aduz em seu artigo 1.692, que havendo divergência entre os interesses dos pais e dos filhos, o juiz determinará a nomeação de curador especial para que realize a devida representação dos incapazes.

Sobre o assunto, advoga Gonçalves (2008, p.379), que:

Não se exige, para tanto, prova de que o pai pretende lesar o filho. Basta que se coloquem em situações cujos interesses são aparentemente antagônicos, como acontece na venda de ascendente a descendente, que depende do consentimento dos demais descendentes. Se um deles for menor, ser-lhe-á nomeado curador especial, para representá-lo na ausência.

Portanto, em havendo colisão de interesses, os filhos menores sujeitos ao poder familiar não ficarão desamparados, vez que, pelo dispositivo legal em comentário, os genitores que demonstrarem disputa de interesses serão substituídos pelo curador especial que representará e cuidará dos interesses dos referidos filhos.

2.5 CESSAÇÃO DO PODER FAMILIAR

Diante do que foi, até o momento levantado, viu-se que o poder familiar na sistemática atual é, em regra, desenvolvido por ambos os pais, onde o próprio Código Civil elenca os deveres e obrigações decorrentes desta prerrogativa, que, por conseguinte, é considerado um *munus* público. Por esta razão justifica-se a legitimação do Estado para fiscalizar e interferir nas relações decorrentes do poder familiar, podendo, para tanto, impor sanções aos pais faltosos ou desidiosos, que não desempenharem com esmero tal mister. Assim, diante das circunstâncias poderá haver extinção, suspensão ou destituição do poder familiar.

Analisando estas questões, Rodrigues (2004), citado por Gonçalves (2008, p. 381), aduz que estas “sanções”:

Têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. Tanto assim é que, cessadas as causas que conduziram à suspensão ou à destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares.

Por este entendimento, as medidas de extinção, destituição e suspensão do poder familiar, seguem em consonância com o primado de promover, em última análise, o melhor interesse do menor, em contrapartida aos interesses das demais pessoas envolvidas.

2.5.1 Extinção do poder familiar

Preliminarmente convém anotar as causas que ensejam a extinção do poder

familiar, sendo que elas operam-se, em linhas gerais, pelo decurso do tempo, pelo evento natural morte, ou pela existência de alguma causa que enseje emancipação ou motive o magistrado para que decida pela extinção do poder familiar.

Neste sentido é o que dispõe o Código Civil:

Art. 1.635 Extingue-se o poder familiar:
I – pela morte dos pais ou do filho;
II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III – pela maioridade;
IV – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Deste modo, primeiramente há que se ressaltar que a destituição do poder familiar é espécie de extinção, e somente será decretada por decisão judicial, sendo que a suspensão, via de regra, dar-se-á pela falha na execução dos deveres gerais decorrentes do poder familiar.

Falando especificamente das hipóteses de extinção do poder familiar, temos em primeiro lugar a extinção do poder familiar pela morte dos pais, sendo que, em havendo a morte de apenas um deles, o poder familiar ficará concentrado na figura do genitor sobrevivente, todavia, ocorrendo a morte de ambos os pais, haverá extinção total do poder familiar, e o respectivo menor ficará sujeito ao instituto da tutela

A morte do filho, a emancipação, assim como o alcance da maioridade também são causas de extinção do poder familiar, pois diante disso, não existe mais a característica propulsora do resguardo que o poder familiar se propõe, vez que desapareceu a figura do menor, da pessoa em formação, que necessitava do cuidado, apoio e atenção que o exercício do poder familiar garantia.

Outra causa que acarreta a extinção do poder familiar é a ocorrência de adoção, pois extinguirá o exercício de tal poder em relação aos pais biológicos, para estabelecê-lo em relação aos pais adotivos, que passarão a assumir os encargos decorrentes do poder familiar.

Superada a elucidação das causas que objetivam a extinção do poder familiar, prossegue-se na análise dos motivos que darão causa à suspensão ou à destituição do poder familiar.

2.5.2 Suspensão do poder familiar

São causas de suspensão do poder familiar, as insertas no Código Civil conforme o seguinte artigo:

Art. 1.637 Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e de 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.

Começando por ordem gradativa, como medida menos gravosa, aponta-se os casos que darão guarida à suspensão do poder familiar, no todo ou em parte, com caráter temporário, podendo, sanados os motivos que a deram causa, observar o restabelecimento do exercício pleno do poder familiar.

Assim, de uma análise do artigo retro mencionado, vê-se que a medida de suspensão do poder familiar somente poderá ser imposta pelo juiz após observância do caso concreto onde averiguará se a medida cabível será a suspensão do referido poder ou a aplicação de qualquer outra medida que considerar mais apropriada ao caso.

A suspensão pode ocorrer se os pais não cumprirem devidamente as determinações legais para o exercício do poder familiar, e, ressalte-se, tais determinações não se esgotam no Código Civil, inclui-se também todas as outras espalhadas pelo ordenamento jurídico, a exemplo da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, traz-se o seguinte entendimento:

Os deveres inerentes aos pais não são apenas os expressamente elencados no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 7º a 24) e na Constituição Federal (art. 227), tais como os que dizem respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os visam impedir que sejam submetidos à discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (GONÇALVES, 2008, p. 386, grifos do autor).

Conforme dito, ferir deveres genéricos do poder familiar abre espaço a que o juiz possa aplicar uma medida repressiva adequada a cada caso específico, estabelecendo, inclusive, a extensão e duração de tal medida.

Relativo à suspensão decorrente de condenação criminal irrecorrível com pena superior a dois anos de prisão, esta medida é fruto da estipulação do artigo 92, II e parágrafo único do Código Penal, que aponta a suspensão do poder familiar como efeito da condenação, afastando, conseqüentemente, os filhos do convívio com genitores que cometem crimes, para que o exemplo não lhe seja influência.

2.5.3 Destituição do poder familiar

Como medida mais gravosa, temos as hipóteses que revelam causas de destituição ou perda do poder familiar, sendo que estas determinações estão elencadas no seguinte dispositivo do Código Civil, in verbis:

Art. 1.638 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.

Pela análise do inciso I, temos que a lei veio resguardar a integridade física dos menores, fazendo com que fiquem a salvo de conviver com pais violentos. Nas lições de Gonçalves (2008), a determinação estipulada através do vocábulo imoderado, faz a legitimação do chamado *jus corrigendi*, admitindo, por conseguinte, a prática de castigos físicos, desde que moderados. Continua o citado autor aduzindo que tal interpretação não seria a mais correta, pois, mesmo moderados, tais castigos não deixam de ser formas de violência, o que pela sistemática constitucional atual não se permite mais, conforme o artigo 227 da Carta Magna.

Corroborando este entendimento traz-se à colação as palavras de Lôbo (2003) *apud* Gonçalves (2008, p.383):

Na dimensão do tradicional pátrio poder, era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo.

Conforme o que foi dito, vê-se que, na atual conjuntura social, a aplicação de

castigos físicos, mesmo aqueles moderados, não está em conformidade com os princípios basilares maiores, como o da dignidade da pessoa humana, nem com a sistemática civil constitucional, ficando, assim, a possibilidade de o magistrado, segundo o caso concreto, aferir os reais limites destes castigos para poder considerá-los como abuso de autoridade capaz de ensejar a suspensão do poder familiar, sendo que, se realizados de forma reiterada poderão acarretar a própria destituição deste poder, agora por via indireta.

De acordo com o inciso II do artigo em comento, tem-se que, expor os filhos à situação de abandono também é causa para destituição ou perda do poder familiar. Tal abandono pode ser material, moral ou intelectual, que restando configurado acarreta a privação dos menores a um sadio convívio familiar e comunitário, ferindo, assim, a estipulação constitucional inserta no artigo 227.

A exposição dos filhos a abandono também repercute na esfera criminal, podendo ser conduta passível de configuração dos delitos de abandono material (artigo 244 do Código Penal), abandono intelectual (artigo 245 do Código Penal), abandono moral (artigo 247 do Código Penal), abandono de incapaz (artigo 133 do Código Penal), assim como abandono de recém-nascido (artigo 134 do Código Penal).

Pelo inciso III, tem-se uma determinação genérica, onde os pais podem perder o exercício do poder familiar por praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, podendo, segundo Diniz (2007, p. 528): “[...] considerar o menor em situação irregular o que se acha em perigo moral, por encontrar-se, de modo habitual, em ambiente promíscuo, inadequado ou contrário aos bons costumes”.

Dessa forma, várias são as hipóteses que podem servir de base a que os pais sejam destituídos do poder familiar pela razão em comento, servindo de meio para evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação da personalidade dos filhos. Nesse sentido são as palavras de Gonçalves (2008, p. 384):

O lar é a escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem à prostituição.

Desta maneira, temos que, a expressão “atos contrários à moral e aos bons

costumes”, constante no dispositivo legal, pode englobar várias condutas, sob aspectos morais e sociais, envolvendo práticas como: mendicância; uso de substâncias entorpecentes; alcoolismo; prostituição; vadiagem; entre outras.

Por fim, o inciso IV do artigo em comentário, traz a hipótese de destituição do poder familiar pela prática reiterada de atos que, isoladamente apenas dariam causa para a aplicação da suspensão do poder familiar, medida menos gravosa.

Ressalte-se que tal possibilidade de destituição do poder familiar não era contemplada na vigência do Código Civil de 1916, sendo que, na sistemática atual, tem a finalidade precípua de evitar a repetição de atos configuradores da suspensão do poder familiar sem poder avançar para aplicar reprimenda mais gravosa.

Interessante observar que o fato de um dos genitores contrair novas núpcias, de *per si*, não acarretará a perda do poder familiar que vinha desempenhando em relação aos filhos do relacionamento anterior, assim como também, não fará surgir a ingerência do outro consorte ou companheiro no exercício do poder familiar em relação aos filhos que não são seus. Essa realidade não era observada enquanto vigorava o Código Civil anterior, e hoje encontra guarida no artigo 1.636 do atual Código Civil.

2.5.4 Regras procedimentais

Para a aplicação das medidas de suspensão e destituição do poder familiar, faz-se necessário a propositura de ação judicial, para que ao final, se julgar conveniente, e de melhor interesse dos filhos, o juiz possa decretar por sentença a referida suspensão ou destituição.

Esta ação tem o seu rito procedimental constante no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que poderá ser proposta por um ou ambos os genitores, pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa que demonstrar interesse na causa.

Quanto ao juízo competente para receber e processar a ação, convém anotar o seguinte posicionamento:

Para a identificação do **juízo competente**, é necessário atentar à situação em que se encontra a criança. Ainda que seja buscada a exclusão do poder familiar, se ela está na companhia de algum familiar, a competência é das

varas de família. No entanto, estando sujeita a **situação de risco** (ECA 98), ou seja, não estando **segura**, mesmo que sob a guarda de pessoa de sua família (pais, avós, tios etc.), a ação deve ser proposta nas **varas da infância e juventude** (ECA 148 parágrafo único). (DIAS, 2006, p. 355, grifos do autor)

Assim, a determinação do foro competente para processar e julgar a ação que tenha por finalidade ensejar a suspensão ou destituição do poder familiar, será balizada de acordo com a situação do menor.

Segundo o artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a depender do caso concreto, pode-se determinar, em sede de liminar, a suspensão do poder familiar nas ações ainda em curso, desde que represente melhor medida em relação aos menores.

Em sendo configurada a suspensão ou destituição do poder familiar, a sentença que a decretar, fará com que tal medida seja averbada à margem do registro de nascimento do menor, como ensina o artigo 163 do referido Estatuto.

Como dito anteriormente, a suspensão tem caráter temporário, provisório, enquanto que a destituição do poder familiar apresenta-se como medida definitiva, englobando toda a prole, e todos os direitos e obrigações decorrentes do exercício do poder familiar, excepcionando o dever alimentar, que continuará sendo prestado.

Todavia, a doutrina já tende a demonstrar outro raciocínio, a exemplo de Monteiro (2004), que alega a existência de situações em que houve a destituição do poder familiar, mas que, com o passar dos anos, o genitor sobre quem recaiu a "sanção", mostra-se regenerado e com plenas condições de restabelecer-se no exercício do poder familiar, podendo, nele ser reinvestido.

3 GUARDA

Neste momento da investigação científica, superada a fase de elucidação do poder familiar, faz-se necessário abordar o instituto da guarda, analisando seu estabelecimento quando o casal com filhos comuns já não puder mais viver em conjunto.

Para tanto far-se-á um breve retrospecto histórico, com uma tentativa conceitual, além da exposição dos fatores mais relevantes no que concerne às modalidades de guarda e o seu desenvolvimento dependendo da situação posta.

3.1 ORIGEM E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

O instituto da guarda, na acepção da palavra, segundo entendimento de De Plácido e Silva (1990), *apud* Grisard Filho (2005), deriva do alemão, *wargen*, do inglês, *warden*, e do francês, *garde*, sendo que, interpretado de forma ampla, tal instituto vem a representar sentido de vigilância, segurança, proteção.

Como a guarda é circundada de fatores, a sua conceituação torna-se complexa, fazendo com que os pesquisadores jurídicos busquem argumentos fundamentadores nos demais institutos que são correlatos, a exemplo do poder familiar, assim como nas relações parentais em si.

Neste diapasão, acosta-se as palavras de Grisard Filho (2005, p. 55), onde expõe que:

A guarda não se define por si mesma, senão através de elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos artigos 1.634, II do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, como diz o artigo 33, § 1.º, dessa lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

Diante disso, faz-se necessário colacionar a conceituação doutrinária do que vem a ser o instituto da guarda, como forma de melhor discorrer sobre o tema e agregar conhecimentos relevantes à pesquisa.

Santos Neto (1994) citado por Grisard Filho (2005, p. 54) aduz que: “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”.

Assim, diante do que foi trazido vê-se que a guarda está intimamente ligada aos conceitos de posse e as vicissitudes do exercício do poder familiar, assim como também está relacionada à responsabilidade, vez que, como regra geral, o genitor guardião responderá pelos danos que o filho que encontra-se sob seu poder causar a outrem.

3.2 BREVE HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Acerca da evolução histórico-jurídica do instituto da guarda, no entender de Quintas (2009), ela acompanhou a evolução natural da sociedade e dos conceitos de família, vez que era determinada ao pai, posteriormente pôde ser delegada à mãe, sendo hoje estipulada segundo o que for melhor para os filhos, descartando o critério da culpa dos cônjuges na ruptura dos deveres conjugais.

Por muito tempo, a configuração da família esteve atrelada à figura do matrimônio, sendo que, qualquer outra forma de constituição familiar, como essas que são hoje concebidas, fruto de uniões estáveis, monoparentais, entre outras, não eram reconhecidas, sendo que somente poderia ser dissolvido - o matrimônio - com a morte de algum dos cônjuges, ou com o desquite.

Durante essa época, no decorrer do casamento a guarda era exercida pelo pai, chefe da família, fundado no que dispunha o Código Civil de 1916 e as conjecturas da família patriarcal. Quando houvesse a ruptura da entidade familiar, através do desquite consensual, deveria observar-se o que os cônjuges acertaram a respeito da estipulação da guarda. Ressalte-se que tal regra é, até os dias atuais, observada.

Todavia, se houvesse o desquite litigioso, a guarda ficaria, a princípio, com o genitor que não houvesse dado causa à ruptura da entidade. Buscando arrazoar a determinação do Código de 1916, Beviláqua (1956), *apud* Quintas (2009, p. 116) aduz que: “sendo um dos cônjuges inocentes, é de justiça que se lhe confie a guarda dos filhos comuns, pois ele soube observar com dignidade, os deveres que

lhe impunha a lei do matrimônio, que o outro infringiu”.

Diante disso, vê-se que a intenção da lei civil daquela época era apenas punir de alguma forma o cônjuge que faltasse a algum dever relativo ao casamento, sem, todavia, pensar no melhor para a prole, pois ficar sob a responsabilidade do cônjuge inocente não significaria, como regra, o melhor para os filhos.

Interessante observar que, ao mesmo tempo em que o cônjuge culpado ficava privado do exercício da guarda, como forma de punição, aquele que fosse o guardião deveria suportar sozinho os encargos financeiros de sustento dos filhos, o que acarreta, numa interpretação sistemática do referido Código, uma incongruência lógica, conforme o que advoga Quintas (2009).

Para o caso de ambos os pais serem culpados na ruptura da família, Grisard Filho (2005) obtempera que a determinação da guarda era feita segundo a idade e o sexo dos filhos, sendo que as meninas de qualquer idade, e os meninos menores de seis anos ficariam com a mãe, e, quando estes atingissem os seis anos seriam entregues ao pai.

Continuando a evolução do instituto, Quintas (2009), aduz que outro marco na evolução da guarda implementou-se através do Estatuto da Mulher Casada, expurgando, de vez, os critérios de sexo e idade dos filhos como forma de determinar a guarda, sendo que, a partir desse momento, se ambos os pais fossem culpados, à mãe caberia exercer a guarda dos filhos menores, a não ser que o magistrado, a bem dos filhos, decidisse de forma diferente, determinando a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Em 1977, através da Emenda Constitucional número 9, o casamento passou a ser dissolúvel pelo divórcio, sendo que tal determinação, no entender de Quintas (2009), acarretou a inserção de novas regras para a estipulação da guarda, vez que trouxe outras formas de extinção da vida em comum através da Lei do Divórcio (lei nº 6.515/77).

A primeira delas acontecia quando o casal já estava separado de fato por mais de cinco anos, sem que houvesse possibilidade de restabelecimento da vida em comum. Neste caso, a guarda seria concedida àquele que detivesse os filhos em sua companhia no decurso desse lapso temporal.

Outra hipótese introduzida pela Lei do Divórcio foi a possibilidade de separação quando um dos cônjuges estivesse acometido de doença mental grave, que após cinco anos não apresentasse expectativa de cura e tornasse insuportável

a vida em comum. A guarda, neste caso, caberia ao cônjuge sadio, para que pudesse assumir as responsabilidades do referido instituto.

Como regra geral, a Lei do Divórcio também estabeleceu que o genitor não guardião poderia visitar seus filhos, exercendo, por conseguinte os direitos de fiscalização e companhia.

Através da Constituição Federal de 1988, houve a admissão de diversas formas familiares, rechaçando a idéia anterior, de que família somente poderia advir da relação matrimonial. Outra inovação profunda nas relações parentais observou-se pela equiparação dos filhos e dos direitos e obrigações entre homens e mulheres, assim como também, pela maior preocupação com os direitos da criança e do adolescente, mais tarde reafirmados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Discorrendo sobre a sistemática constitucional estabelecida em 1988, obtempera Quintas (2009, p. 118) que:

Passa-se agora à valorização dos membros da família e não mais a preocupação da manutenção do casamento. Os papéis do homem e da mulher, que eram pré-definidos, agora se misturam, diante da igualdade de direitos e deveres relativos à sociedade conjugal.

Assim, através desta nova ordem, as relações parentais passaram a receber o tratamento complexo que mereciam pois não se pode prefixar todos os delineamentos decorrentes no âmbito familiar, sendo mais coerente determinar coordenadas gerais e deixar que o magistrado, diante do caso concreto, possa vislumbrar o melhor, tendo como norte, o interesse dos filhos e a igualdade entre os cônjuges, independentemente de culpa.

O Código Civil de 2002 veio apenas consagrar os primados constitucionais já determinados, reafirmando, através dos artigos 1.583 a 1.590, o princípio do melhor interesse dos filhos para a determinação da guarda, abolindo a aferição de culpa dos cônjuges na ruptura da entidade familiar como coordenada para fixar a guarda.

Desta feita, em linhas gerais, havendo acordo entre os genitores, o juiz observará, desde que não acarrete prejuízo aos menores. Para o caso de discordância entre os cônjuges, o juiz decidirá, diante do caso concreto, pelo genitor que demonstrar melhores condições para exercer a guarda, entenda-se, nesta pesquisa científica, como melhores condições, não apenas o aspecto financeiro, abrangendo também caracteres psicológicos e morais.

Neste diapasão, caberá ao genitor não guardião o direito de visita, fiscalização e acompanhamento, sendo que, as regras para este exercício deverão obedecer ao que foi estabelecido na convenção, ou na sentença.

3.3 GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O instituto da guarda é regulamentado por dois instrumentos jurídicos, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, sendo que situações distintas determinam qual a norma que será observada.

Assim, a guarda inserta no Código tem por objetivo disciplinar situações decorrentes de separações e divórcios, sendo que o referido instituto na sua forma estatutária servirá para regulamentar os casos de menores que, abandonados pelos pais, precisam ser colocados em famílias substitutas.

Diante disso, o objeto desta pesquisa científica é a guarda oriunda das separações e divórcios, constante do Código Civil, todavia, faz-se mister anotar algumas considerações acerca da guarda estatutária, em linhas gerais, com a finalidade de esclarecer alguns aspectos diferenciadores das duas espécies.

Através do artigo 19 do Estatuto depreende-se que os filhos menores, como regra geral, devem ser criados e educados no seio familiar, todavia, não sendo possível, estes devem ser encaminhados a uma família substituta, através dos institutos da guarda, tutela ou adoção, para que lhe promova uma sadia convivência familiar e comunitária.

A guarda, regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 33 a 35, pode ser provisória ou definitiva. A primeira, precária, incidental, tem por finalidade regulamentar a posse de fato do menor, justificada pelo interesse cautelar de oferecer um destino provisório a este até que uma situação definitiva seja imposta para tutelar os seus interesses.

Em se tratando da guarda definitiva, o entendimento é de que seu caráter de definitividade demonstra-se relativo, pois, a bem dos menores, o magistrado pode a qualquer tempo revogar a guarda anteriormente imposta, desde que a faça fundamentadamente.

Nesse sentido, Grisard Filho (2005, p. 62) dispõe que:

A definitividade da guarda é paradoxalmente relativa porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado (artigo 35), pois sua concessão não faz coisa julgada. Nessas questões, a coisa julgada está subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC.

Por esta orientação, a guarda é vista como uma regulamentação continuada, que deve ser fiscalizada pelo magistrado, vez que, ocorrendo alguma situação que modifique a conjuntura básica em que a guarda foi estabelecida, abre-se a possibilidade de rever a decisão anterior.

Relativamente à guarda estatutária, questão interessante surge da análise do artigo 33, parágrafo 3º, que inscreve o menor sob guarda como dependente do guardião para todos os efeitos patrimoniais, mormente previdenciários. Todavia, pelo Decreto 4.032/01, o menor sujeito à guarda foi retirado da condição de dependente, sendo que, os enteados e tutelados continuaram acobertados por tal benefício, conforme a Lei nº 9.528/97.

Diante disso, Fachin (1997) citado por Grisard Filho (2005) aduz que o tratamento diferenciado dispensado aos menores sob guarda, traz a baila uma inconstitucionalidade, por ferir os artigos 226 e 227 da Carta Magna, além de afastar a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente e demonstra-se como uma divergência desumana.

Pelo que foi dito, viu-se que a guarda regulamentada no Estatuto, tem por finalidade precípua proteger e defender os interesses dos menores abandonados e órfãos, através de sua colocação em famílias substitutas, para que os referidos menores possam gozar de uma sadia convivência familiar e comunitária.

3.4 CRITÉRIOS PARA A DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Durante a constância da sociedade conjugal, o exercício do poder familiar, conseqüentemente das relações decorrentes da guarda, é entendido como atribuição dos pais em conjunto, sendo que, como regra geral, as decisões que são tomadas em relação aos filhos demonstram a concordância de ambos os genitores.

Quando há o rompimento da sociedade conjugal, seja pela separação ou pelo

divórcio, faz-se necessário estabelecer a determinação da guarda, vez que, a partir da cessação da vida em comum, muitas questões hão de surgir relacionadas a este instituto, assim com também a contestação, feita pelo genitor não-guardião, dos ditames estabelecidos pelo guardião.

Nesse sentido são as considerações de Grisard Filho (2005, p. 69), onde aduz que:

Na constância do casamento, ou em outra forma de família, o exercício da guarda é comum. Domina a idéia de que as decisões tomadas por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Ao genitor que discordar cabe recuso ao Judiciário. É nesse momento que a questão ganha relevo: qual dos genitores é o mais indicado para deter, com exclusividade, a guarda dos filhos menores? E qual o modelo a ser aplicado em benefício deles?

Assim, para responder a estes questionamentos, o magistrado, a quem compete determinar a fixação do modelo e do titular da guarda quando há litígio, deverá nortear a sua escolha sob a ótica do menor, vez que este é a pessoa mais afetada pelo fim da sociedade conjugal, e esta situação coloca em risco o seu sadio desenvolvimento.

Quando a dissolução dá-se de forma consensual, o juiz observará o que foi estabelecido no acordo dos genitores, todavia, o magistrado não ficará adstrito a este, pois poderá decidir de forma díspare se observar que esta não é a melhor decisão no interesse dos filhos, caso em que a guarda será destinada a terceira pessoa, preferencialmente a que demonstrar parentesco ou afetividade com o menor.

3.4.1 Interesse do menor

Em linhas gerais, o interesse do menor apresenta-se como guia geral para a definição dos pormenores da guarda. Quando a sociedade conjugal não pode mais reputar-se estabelecida, os filhos oriundos deste relacionamento serão os mais afetados, pois são mais vulneráveis e o fato de não poderem desenvolver-se no seio familiar, prejudica, entre outras, a formação psicológica destes.

A observância do melhor interesse do menor, elevado à categoria de princípio, encontra fundamentação positivada através do que dispõe as normas de cunho internacional assim como também encontra guarida na legislação pátria.

Dessa forma, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Decreto 99.710/90, *apud* Texeira (2005, p. 76) determina que:

Art. 3º,1 Todas as ações relativas à crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o melhor interesse da criança.

Assim, como a referida convenção foi ratificada pelo Brasil, todas as instituições, sejam elas públicas ou privadas, assim como qualquer órgão, tribunal ou autoridade, deve observar os interesses das crianças quando da implementação de qualquer ato ou programa de sua alçada que guardar relação com elas.

Corroborando este entendimento, o Código Civil de 2002 também tratou do princípio do melhor interesse, conforme determinação *ipsis litteris*:

Art. 1.586 Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Diante do que foi dito, a legislação pátria, explicitamente aceita e aplica o princípio do melhor interesse, vez que, conforme interpretação do mencionado artigo do Código Civil, de forma geral, o magistrado pode afastar até mesmo coordenadas que estão insertas no próprio Código para observar o que for melhor a bem dos filhos.

Nesse sentido é a jurisprudência pátria, em consonância com o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL 2004/0141582-7 CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA JUDICIAL. PREVALECE O INTERESSE DA MENOR.

Nas decisões sobre a guarda de menores, deve ser preservado o interesse da criança, e sua manutenção em ambiente capaz de assegurar seu bem estar, físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros. (STJ - REsp 686709/PI - T3 - TERCEIRA TURMA – Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – Julgado em 28/06/2006)

A observância do critério do melhor interesse é muito amplo e de profunda

subjetividade, pois o juiz, somente diante do caso concreto é que poderá aferir o que demonstra-se melhor na ótica dos filhos.

Em conformidade com o que foi argüido é o entendimento de Grisard Filho (2005, p. 71), advogando que:

Por certo, o arbítrio do juiz em cada caso concreto, como dito anteriormente, é o primeiro elemento de caracterização da noção, que não encontra moldura legal, nem uma pauta estereotipada, que a reduza a um conceito limitado, inafastável e claro. Suas noções não se encontram em tabelas existentes previamente. Desta sorte, pretender defini-lo é tarefa inútil, pois o critério só adquire eficácia no exame prático do interesse em questão. Ele não é um fim em si mesmo, mas um instrumento operacional à determinação da guarda utilizado pelo juiz.

Desta feita, a fixação do critério principiológico do melhor interesse do menor não é contemplado por uma conjectura predeterminada, pois a sua aferição somente é possível diante do caso concreto, a depender do menor em questão é que o magistrado delimitará o que considerar melhor para este.

Em contrapartida, já existem entendimentos relativos a alguns direcionamentos que os juízes observam para a melhor fixação do interesse do menor, a exemplo do que foi dito, apresenta-se o entendimento de Quintas (2009) que traz como fatores para caracterização do melhor interesse: o acordo dos pais, se existente; a celeridade e a manutenção da situação atual; a opinião da criança; estudo sobre a capacidade dos pais, além de uma investigação psicossocial, como forma de percorrer o caminho para a consecução do melhor interesse dos filhos.

Assim, em primeiro lugar o julgador deve observar a existência de acordo entre os genitores, vez que na condição de pais, presume-se que saibam o que seria melhor para os seus filhos, além do que, o melhor interesse do menor restaria configurado neste caso, pelo acordo, pois seria melhor que os filhos fossem criados, por pais que, mesmo estando separados, guardassem um mínimo de harmonia.

Outro fator que precisa ser observado é o fato da demora, que pode acarretar conseqüências irreversíveis, pois para o menor a situação *sub iudice* que não trazer uma solução célere não demonstra a observância do melhor interesse.

Nesse sentido, faz-se necessário anotar as palavras de Quintas (2009, p.140), onde obtempera que:

A demora na decisão pode ser muito prejudicial para os filhos, que ficam em

estado de ansiedade e expectativa, já que suas vidas estão sem definição, podendo ser alterada a qualquer momento. O tempo para as crianças é muito valioso e medido de forma diferente do adulto. A espera para a criança é muito mais longa.

Diante do que ocorre com a demora, geralmente, as crianças já estão adaptadas a situação atual, e no mais das vezes é preferível manter esta situação, pois a mudança pode vir a acarretar prejuízos maiores e desnecessários.

Seguindo esta linha é o entendimento de Wald (2002) citado por Quintas (2009, p.141) advogando que:

Estando o menor adaptado às condições da vida que lhe proporciona o detentor da guarda – seja este pai, mãe ou terceiros – e desde que estas não mostrem desfavoráveis a sua formação e bem-estar, a alteração da guarda deve ser evitada.

Deste modo, o magistrado deve estar atento ao fato de que, diante do caso, pode ser que a alteração na situação que já vinha sendo observada acarrete prejuízos maiores, pois faria com que o menor tivesse que adaptar-se novamente a uma outra realidade e rotina.

Em alguns casos o juiz pode valer-se da opinião da criança, dependendo da idade e do discernimento dela. O fato é que para a aferição da guarda, o Código Civil não trouxe expressamente tal possibilidade, todavia, casos há em que ela torna-se de suma importância para guiar o julgador, além do que, existe a possibilidade de ouvir o menor quando da colocação em família substituta, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como também é orientação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, segundo lição de Quintas (2009).

Consoante esse raciocínio, traz-se à colação o seguinte entendimento jurisprudencial:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. ADOLESCENTE. EM SE TRATANDO DE GUARDA DE MENOR, PREVALECE SEU INTERESSE. Estando o menor com 13 anos de idade, possui discernimento de vontade, que deve ser respeitada na ausência de fato contrário recomendando decisão em sentido oposto. Prevalência do interesse da criança, mormente o contexto probatório demonstrando que a mãe, atual guardiã, não vem proporcionando ambiente saudável ao bom desenvolvimento do menor. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70027008705, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Pianella Villarinho, Julgado em 08/07/2009)

Portanto, diante da análise do caso concreto, o magistrado poderá levar em consideração a opinião do menor, desde que fique evidenciado que este possui um certo nível de discernimento para poder expressar a sua vontade.

Importante ressaltar que diante da possibilidade de ouvir o menor, esta deve ser feita de forma muito criteriosa, afinal, a criança ou o adolescente estará optando por um dos pais, tarefa, no mais das vezes, muito difícil.

Sendo assim, a opinião dos filhos será tomada por profissionais especializados, sendo que será oferecida sem pressão, ou seja, de forma espontânea, através de conversas informais para que não acarrete trauma nos menores, o que faz afastar possíveis desequilíbrios emocionais.

Relativo à análise da capacidade dos pais, esta deve ser aferida tomando por base critérios psicológicos e materiais. Desta feita, o magistrado deve afastar dos filhos o genitor que lhe traga má influência, através da execução de atos que maculem a moral social, seja pela prática de jogos de azar, seja pela entrega às drogas ou a prostituição, entre outras causas.

Sob o aspecto material, este não é determinante para a definição da guarda, pois o genitor que possuir melhores condições financeiras não será necessariamente o guardião dos filhos. Assim, se o juiz considerar que o melhor para eles é ficar sob a guarda daquele menos favorecido financeiramente, mas com maior aptidão pessoal e moral de desempenhar a guarda, o genitor mais abastado ficará com a obrigação legal de prestar alimentos.

Para conseguir delinear todos esses elementos, geralmente o magistrado fará uso de estudos desenvolvidos por uma equipe multidisciplinar de profissionais, que analisará critérios psicológicos e sociais da família, como forma de aclarar o entendimento do juiz.

Diante do que foi até o momento levantado, vê-se que a decisão da guarda deve estar pautada no melhor interesse do menor, sendo que tal interesse somente pode ser descortinado diante do caso concreto, através da utilização de alguns elementos, como estes que foram analisados, para ajudar o julgador na tomada de sua decisão.

Na vigência do Código Civil de 1916, a idade e o sexo dos filhos eram fatores determinantes para a delimitação da guarda, sendo que, com a Lei do Divórcio e posteriormente com o Código Civil de 2002, este critério foi retirado da norma positivada.

Todavia, casos há em que a idade e o sexo dos filhos podem influenciar no entendimento do julgador para a escolha do guardião, é o que ocorre com os filhos menores de tenra idade, que por questões biológicas necessitam ficar sob a guarda da mãe.

O que se pode observar é que, enquanto estiverem na primeira infância, a ligação que os filhos têm com a mãe decorre do próprio instinto, sem que os menores possam fazer qualquer valoração acerca das atitudes dos pais, o que conseqüentemente acarreta a impossibilidade da mãe, que está na guarda dos filhos, possa exercer qualquer má influência na formação da personalidade de tais filhos.

Nesse diapasão é o entendimento de Grisard Filho (2005, p. 74) onde assevera o seguinte raciocínio:

É certo que na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapa da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais e a guarda se definirá pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade, mas não ausentes na paternidade.

Assim, o mais comum é que o magistrado determine a guarda dos filhos menores, à mãe, levando em consideração os filhos de pouca idade, que necessitam mais dela.

Não obstante, situação diferenciada surge quando esses filhos menores crescem um pouco, coincidindo com o período em que ingressam na escola e já podem aferir e compreender algumas das atitudes dos genitores, nesta fase, faz-se mister uma análise mais profunda dos caracteres do guardião, pois o filho já pode ser alcançado pela má influência daquele.

Relativamente ao sexo, este não é um critério muito forte para a determinação da guarda, pois na busca do melhor interesse, nada impede que um menino seja colocado sob a guarda da mãe, assim com também não há empecilho para que uma garota seja colocada sob a guarda do pai, desde que, repita-se, demonstre-se como

o melhor para aquele filho.

Diante desta conjuntura, interessante observar os ensinamentos de Leite (1997) citado por Grisard Filho (2005, p.75) onde advoga que:

A referência ao papel tradicional da mãe "naturalmente" boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, como afirmou Décoret, "as mulheres são mais mães dos que os homens, pais".

Nesse sentido, pode-se identificar que os magistrados, na hora de julgar a determinação da guarda, pendem para o lado materno. De uma análise ponderada da situação, correto seria atribuir a guarda, como regra geral, à mãe, quando o menor estiver na primeira infância, pelos fatos anteriormente argüidos, sendo que, para os demais casos, necessário se faz realizar uma investigação criteriosa da conjectura concreta, onde os progenitores concorressem em igualdade de condições.

3.4.3 Presença de irmãos

Quando o magistrado se depara com a situação de determinar a guarda de irmãos, a doutrina, a exemplo de Grisard Filho (2005), ensina que eles não devem ficar separados.

Assim, de forma ampla e geral, o julgador, diante do caso concreto, deverá fazer o máximo para que a guarda não seja determinada de modo a fazer com que os irmãos fiquem separados, o que comprometeria o espírito de irmandade entre eles.

Esta orientação justifica-se pela tentativa de proteger o que restou da família, evitando uma divisão ainda maior do que a já observada. Todavia, se entre os irmãos houver uma grande diferença de idade, o juiz ficará menos adstrito a esse fato, vez que, por essa razão, eles, via de regra, não devem ser tão ligados.

Diante disso, se for impossível manter os irmãos juntos, uma forma de "compensar" isso seria através da estipulação de normas mais amplas e abrangentes relativas ao regime de visitas, como forma de resguardar o vínculo

fraternal.

3.4.4 Comportamento dos pais

Sobre este aspecto, tem-se que o julgador buscará, a bem dos filhos, investigar, entre outros fatores, o comportamento dos pais, vez que os filhos, como pessoas que estão em desenvolvimento, necessitam estar rodeadas de pessoas que lhes acrescentem através de condutas morais boas e aceitáveis socialmente.

Assim, o genitor que se entregar a práticas vergonhosas e reprováveis deverá ser afastado da responsabilidade da guarda, exercendo direitos relativos ao menor, de forma limitada.

Diante disso, a determinação da guarda deve estar pautada de forma precípua no melhor interesse dos filhos, sendo que para a consecução deste desiderato o juiz deve levar em consideração alguns critérios, a exemplo do levantamento sobre o comportamento dos pais.

Todos os cuidados que a doutrina aponta, como forma de guiar os julgados que guardam relação com os menores, encontra arrimo constitucional na determinação genérica constante do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, sendo que, a fixação da guarda deve considerar os caracteres dos sujeitos passivos e ativos da relação, para que se consiga atingir a finalidade maior do instituto, a primazia do melhor para a prole.

3.5 MODALIDADES DE GUARDA

O instituto da guarda deve ser determinado segundo os caracteres dos genitores e dos filhos, para que seja determinado, diante do caso concreto, o que reputa-se melhor para estes.

Na constância do casamento ou da união estável a guarda é exercida por ambos os pais de forma conjunta, rompida esta estrutura, vários são os arranjos possíveis para que os pais, de forma consensual, ou o juiz, para o caso de a

questão tornar-se litigiosa, possam optar, desde que inserto esteja o melhor interesse dos filhos.

Deste modo, a doutrina aponta diversas modalidades de guarda, como forma de oferecer aos pais ou ao magistrado opções para a escolha da melhor forma cabível a cada caso.

Inicialmente, antes mesmo de começar as especificações da guarda, faz-se necessário distinguir a guarda jurídica da guarda física, sendo que a primeira é decorrente de uma estipulação legal, ou seja, é o poder-dever de os pais guiarem, dirigirem e protegerem sua prole, e a segunda é o direito de ter os filhos morando em sua residência.

Seguindo este raciocínio, Quintas (2009, p.24) obtempera que:

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 a outro genitor, alternado-se também a física; e, finalmente, a guarda compartilhada, ou seja, de ambos os genitores.

Assim, não será raro ver casos em que o genitor possui a guarda jurídica e não possuía guarda física, ou seja, ele pode deter poderes para em conjunto com o outro genitor determinar questões concernentes à educação, lazer, religião, entre outras, todavia, não tendo o direito de residir com sua prole.

3.5.1 Guarda comum

Esta modalidade de guarda, como o próprio nome já está a indicar, é aquela oriunda da relação familiar, sendo, pois, exercida em conjunto e harmonia por ambos os pais, de forma igualitária.

A guarda comum, também conceituada como originária, está diretamente ligada ao próprio exercício do poder familiar, como conseqüência lógica dele, sendo que tem por fonte de existência, a paternidade e a maternidade.

A respeito da guarda comum, Grisard Filho (2005) aduz que este é o modelo observado na constância do matrimônio ou da união estável. Desta forma, esta é a

modalidade que é observada no curso das famílias normais, que ainda estão vivendo em conjunto.

Para que esta modalidade de guarda seja implementada, não há necessidade de intervenção jurisdicional, pois o fato do nascimento dos filhos e da constância do relacionamento entre os genitores, faz com que ela já seja observada, cabendo ao ente estatal apenas a regulamentação do seu correto exercício.

3.5.2 Guarda exclusiva ou unilateral

A guarda pode ser deferida a apenas um dos pais, de forma exclusiva, sendo que essa escolha é determinada com vistas àquele que demonstrar melhores condições para tal responsabilidade.

Desse modo é o que aduz o Código Civil de 2002 no artigo 1.584 e seguintes. Assim, por este modelo de guarda os filhos ficam sob os cuidados e vigilância de apenas um dos genitores, na residência deste, cabendo ao não-guardião o direito de visitas conforme ficar estabelecido no acordo ou na determinação judicial.

Com vistas à visitação, no entender de Quintas (2009), esta deve ser compreendida, não como uma faculdade daquele que não detém a guarda exclusiva, mas está mais relacionada a um dever, vez que de suma importância para o sadio desenvolvimento dos menores.

Após a separação, os filhos já estão atravessando um período conturbado, ou seja, perdem o referencial de solidez que a família incute nas pessoas, tendo que ficar afastado de um dos seus pais, quando implementada a guarda exclusiva, se este não exerce o seu dever de visitas, maior distância restará configurada.

Além desse aspecto pessoal, a visitação também é importante por ser um meio hábil a que o genitor não guardião possa fiscalizar e supervisionar as decisões do detentor da guarda, para que, se entender necessário, possa recorrer ao Judiciário e contestar as referidas decisões.

No bojo da guarda exclusiva, o regime de visitação pode ser delimitado de diversas formas, ou seja, pode ser predefinido por critérios fixos, ou ser determinada de forma mais flexível, seguindo o que for melhor e mais conveniente para a criança.

Segundo Lauria (2002) *apud* Quintas (2009), as visitas podem ser fixadas de

forma livre, extremamente regulada ou mínima. A visitação de forma livre é corolário de um bom relacionamento entre os genitores, pois requer harmonia entre eles; com relação ao regime de visitas extremamente regulado, este não é muito aconselhável pelo rigorismo que ostenta; o regime de visitação mínima, o mais utilizado, é aquele onde há as visitas em fins de semana alternados, feriados alternados e no dia dos pais e das mães.

Nesse sentido, a fixação do regime de visitas vai depender muito da boa vontade dos pais para alçar em primeiro lugar o interesse dos filhos, deixando em segundo plano, as freqüentes mágoas e rancores que geralmente apresentam-se como saldo da separação.

O genitor guardião não deve obstar o exercício do direito de visitação do não-guardião, sendo que, se este demonstrar contato prejudicial ao menor, terá que exercer o dever de visitação acompanhado de terceira pessoa, segundo entendimento de Quintas (2009), ou ainda ser afastado provisoriamente, a depender da gravidade da situação impulsionadora.

3.5.3 Guarda alternada

Por este arranjo, a guarda é deferida a ambos os genitores, sendo que cada um passará um período de tempo determinado com os filhos, de forma alternada. Diante disso, vê-se que na realidade, esta especificidade não deixa de ser um tipo de guarda exclusiva, pois os pais tomarão sua decisão isoladamente, nos períodos em que os filhos estiverem sob sua guarda.

Esta modalidade encontra muitas críticas na doutrina, todavia existe a possibilidade de aplicá-la ao caso concreto, através da abertura que o artigo 1.584 do Código Civil deixou, sendo que, se restar demonstrado, que esta é a melhor decisão aplicável ao caso concreto, em tese, nada impede que os pais acordem ou o juiz imponha este tipo de guarda.

O primeiro grande problema que surge, está no fato de que os menores precisam ficar constantemente mudando de residência, vez que, por conseguinte a guarda física também é repassada pela alternância, ficando os filhos sem referencial fixo de residência.

Todavia, existem entendimentos que justificam a guarda alternada, sendo vista em alguns casos como interessante para a prole. Nesse sentido argumenta Quintas (2009, p. 27):

Esta forma de compor a guarda apresenta fatores positivos e negativos. Tem a seu favor a possibilidade de manter a relação mais intensa entre os pais e o filho, possibilitando uma rotina de vida normal entre eles, além de assegurar aos pais a igualdade no exercício do poder familiar. Por outro lado, o filho será dirigido, a cada período de mudança, de forma diferente, tendo que se adequar a decisões diferenciadas no que concerne a sua educação, criação e proteção [...]

Diante disso, é interessante observar que para a aplicação dessa modalidade de guarda, os genitores e o magistrado devem agir com mais cautela, pois conforme o entendimento acima transcrito, a guarda alternada apresenta-se com aspectos benéficos e maléficos, e tudo isso deve ser apurado para que ela somente seja aplicada se demonstrar realmente, o melhor para os filhos.

3.5.4 Aninhamento ou nidação

O aninhamento, guarda aninhada ou nidação, revela alguma semelhança com a guarda alternada, pois neste caso, os filhos são mantidos em uma residência fixa, e os pais revezam a convivência nesta casa, alternadamente.

Tendo como referencial a guarda alternada, o aninhamento é um avanço em relação à idéia de um referencial fixo de residência, todavia, continua com o problema das decisões serem tomadas de forma unilateral e alternada, ficando os filhos submissos às ordens do genitor que estiver no “ninho” em determinado período de tempo. Com a alternância muda a autoridade, e conseqüentemente as ordens e coordenadas são aferidas sob outra ótica.

Esta é uma situação de difícil configuração, por isso é entendida como uma espécie rara e pouco utilizada. Ministrando críticas à guarda aninhada, Grisard Filho (2005, p. 86), assevera que:

Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõe à 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.

Assim, a guarda aninhada ou nidada, torna-se, por questões patrimoniais, de difícil configuração, uma vez que acarreta ônus financeiro elevado para a manutenção de uma terceira residência, onde os filhos ficariam recebendo a visita dos pais de forma alternada.

3.5.5 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada é aquela onde os pais, em conjunto, tomam todas as decisões importantes que digam respeito aos filhos, dividindo assim de forma igualitária os encargos e responsabilidades decorrentes do exercício da guarda.

Nesse sentido é o entendimento de Grisard Filho (2005, p. 87), onde aduz que: "Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomarem todas as decisões que afetem os filhos".

Assim, a guarda compartilhada, ou conjunta, deve ser entendida, como aquela onde os pais, em igualdade de condições, exerçam as atribuições que lhes são impostas no correto desenvolvimento de sua prole de forma igualitária.

Convém anotar que seguindo uma tendência atual, a guarda compartilhada, vista de forma abstrata, apresenta-se como a melhor forma de garantir os interesses do menor, conforme o seguinte entendimento:

Guarda compartilhada refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seu filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única. (NICK, 1997, apud QUINTAS, 2009, p.30)

Como esta modalidade de guarda será objeto de estudo mais aprofundado no decorrer desta pesquisa científica, neste momento dispensa-se alongar a discussão.

3.6 MODIFICABILIDADE DA GUARDA

A determinação da guarda deve ser norteada por circunstâncias que se demonstrem consoantes ao melhor interesse dos filhos, sendo que estas circunstâncias são de fato e podem ao longo do tempo serem modificadas ou passarem a inexistir.

Diante disso, como dito alhures, a fixação da guarda é orientada pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, mesmo que a sentença que determinou a guarda tenha transitado em julgado e sido revestida pela coisa julgada, ela pode ser modificada se houver alteração na situação fática base.

Esta é uma orientação que vem, mais profundamente, garantir o melhor interesse dos filhos, sendo este interesse aferido de acordo com as situações que vão se desenrolando no decorrer do tempo. Assim, o fato que motiva uma decisão hoje, pode daqui a algum tempo ser modificado e não denotar mais o melhor para os filhos, o que abre a possibilidade de alteração da guarda anteriormente estipulada.

Nesse sentido é a jurisprudência pátria, conforme o seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE MENOR. DESCABIMENTO DA MANUTENÇÃO DA GUARDA COM OS AVÓS. A razão que levou a criança a permanecer com os avós paternos decorre da imaturidade da mãe, que tinha 17 anos de idade quando o filho nasceu, bem como de dificuldades financeiras por ela vividas à época. Logo, ainda que a criança, que atualmente está com 09 anos, tenha permanecido sob a guarda fática dos avós desde o seu nascimento, superadas as dificuldades iniciais da mãe, é cabível o retorno à guarda materna. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70027663533, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/07/2009)

Dessa forma, em havendo alteração da situação fática circundante da fixação da guarda, as partes podem valer-se do reexame judicial para proceder à competente modificação da guarda, desde que amparada na exposição do melhor interesse do menor.

4 GUARDA COMPARTILHADA

Superado o estudo dos caracteres iniciais que representam o sustentáculo desta pesquisa científica, a discussão agora repousa na abordagem do instituto da guarda compartilhada, a fim de poder aferir as particularidades do exercício do poder familiar nesta modalidade de guarda.

Para a consecução desse mister, traçar-se-á o percurso através da delimitação conceitual, da apresentação dos fundamentos e justificativas para implementação da guarda compartilhada, como forma de descortinar o desenvolvimento das atribuições do poder familiar diante desse novo modelo parental.

4.1 GENERALIDADES

Na sistemática atual, a família é vista como centro gravitacional onde circundam as relações formadoras da atividade social, desta feita, assim como dispõe Quintas (2009), as crianças têm o direito fundamental de se desenvolver no seio familiar, independentemente do arranjo familiar implementado.

Este é o direito à convivência familiar e comunitária harmônica, inserta e assegurada pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, garantindo, como regra geral, que os menores sejam criados e educados no seio da respectiva família natural.

Nesse sentido é o entendimento de Vicente (1988, apud QUINTAS 2009, p. 16), onde assevera que:

O vínculo familiar é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência, estar junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim vital.

Assim, pode-se vislumbrar a importância de manter as crianças e

adolescentes desenvolvendo-se no seio familiar, como forma de assegurar o direito à convivência familiar e comunitária, assim como também para evitar prejuízos psicológicos decorrentes da ausência dos pais.

Segundo os apontamentos de Quintas (2009), o direito à convivência familiar e comunitária também é um direito dos pais, posto que, no mais das vezes, presume-se que eles, almejando o melhor para a sua prole devam assegurar os interesses dos filhos, mormente através do gozo de uma convivência harmônica.

Na constância da relação que une os genitores, a respectiva prole goza das benesses de desenvolver-se amparada na companhia e na autoridade desempenhada pelo pai e pela mãe, ou seja, o exercício do poder familiar e conseqüentemente da guarda sendo desempenhado de forma conjunta pelos pais.

Quando há a ruptura da vida em comum, a problemática surge, vez que, em regra, um dos genitores é que poderá exercer com preeminência as atribuições decorrentes do poder familiar, mormente as relativas à criação e educação, assim como também à guarda e companhia dos filhos.

Desta forma, rompido o relacionamento que originou a prole, os genitores, quando não apresentam acordo a ser homologado, começam a digladiar pela obtenção da guarda dos filhos.

Na maioria dos casos, a contenda acima exposta resulta em arranjos de guarda onde não se observa o melhor para os filhos, vez que, o genitor não guardião vai afastando-se deles de forma gradativa, até findar a afetividade que um dia existiu.

Em outras palavras, a guarda quando estipulada de forma exclusiva a um dos pais, o outro terá apenas o direito de visita que, como dito alhures, pode ser de forma preestabelecida, ou dar-se de forma mais aberta, informal. Com o passar do tempo, este que exerce o direito de visita, em geral, vai naturalmente perdendo os vínculos com a sua prole pelo constante sofrimento das despedidas, assim como também, pela dificuldade de manter um contato diário.

Nesse sentido é o que dispõe Grisard Filho (2005, p. 123) advogando que: "As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas".

Diante da constante luta entres os pais para conseguir a guarda dos filhos após a separação, a doutrina e a jurisprudência vem estudando isto com a finalidade

de conseguir mecanismos para assegurar o melhor interesse dos filhos além do direito deles de poderem gozar de uma sadia convivência familiar e comunitária.

Neste diapasão, surge a guarda compartilhada como meio de garantir os interesses da prole, amenizando os prejuízos psicológicos resultantes do fim das relações afetivas dos genitores, e promovendo um clima ao menos amistoso entre eles, na medida em que compartilharão as atribuições do poder familiar, sendo que, para tanto, devem abstrair certas rugas, muito comuns em fim de relacionamento.

Como aponta Nick (1997) citado por Grisard Filho (2005), a locução guarda compartilhada origina-se do inglês, *jointy custody*, sendo usada para designar a abertura para que pais separados possam exercer conjuntamente papéis de assistência aos filhos.

4.2 ASPECTOS CONCEITUAIS

Acerca da regulamentação legal da guarda compartilhada, esta foi proporcionada pela inserção da Lei nº 11.698/08, que veio alterar o Código Civil para acrescentar formalmente a guarda compartilhada. Importante ressaltar que esta modalidade de guarda já vinha sendo aplicado diante dos casos práticos, vez que o próprio Código abria espaço para que os magistrados pudessem aplicar arranjos de guarda diferenciados daqueles preestabelecidos, com a finalidade de alcançar o melhor interesse dos filhos.

Com a ruptura da entidade familiar, esta estrutura resta abalada, o que ocasiona, por conseguinte, nos filhos, inúmeras indagações e "medos" decorrentes do fim deste relacionamento.

Como regra geral, o desejo dos pais é de continuarem a educar e criar os filhos, sendo que por muitas vezes este desejo fica obstacularizado pela impossibilidade de manter diálogos harmoniosos pertinentes a assuntos que interessem aos filhos, em detrimento da aspereza que resulta da separação.

A impossibilidade de os genitores continuarem desempenhando suas atribuições decorrentes do poder familiar normalmente, após a separação, também pode ser decorrente do arranjo de guarda que foi implementado no caso concreto, vez que, a maioria deles, repita-se, acarreta um gradual afastamento entre o genitor

não guardião e o filho.

Diante dessa problemática apresenta-se a guarda compartilhada, como forma de manter a proximidade entre a relação de pais e filhos, amenizando, conseqüentemente, problemas emocionais resultantes da separação

Neste diapasão, traz-se à colação o conceito do instituto em comento formulado por Quintas (2009, p. 31), onde obtempera que:

[...] guarda compartilhada é um arranjo legal em que os pais exercem plenamente o poder familiar, promovendo uma convivência maior entre eles e os filhos e gerando um ambiente saudável para o crescimento da criança. É, por isso, o arranjo de guarda mais propenso a assegurar os interesses dos filhos e dos pais, tanto na ruptura do casal como quando os pais nunca viveram juntos.

Assim, a guarda compartilhada, mesmo sendo uma recente inovação legal, já vinha há muito tempo sendo observada nos tribunais, justamente por observar o melhor interesse dos filhos, vez que estes continuavam a ser guiados, guardados e cuidados por ambos os pais, em conjunto, preservando o arcabouço afetivo que os ligam.

Seguindo esta linha de raciocínio, convém ressaltar o entendimento de Dias (2006, p. 361), onde obtempera que:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à **pluralização das responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (grifo do autor)

Desta feita, como anota a autora acima referenciada, para a garantia do melhor interesse dos filhos, os pais deverão, através da guarda compartilhada mostrarem-se mais presentes na vida dos filhos, para, entre outros fatores, amenizar os traumas decorrentes da separação dos pais.

De outro modo, a responsabilidade pela criação e educação dos filhos é de ambos os genitores, sendo uma atribuição muito complexa para ser desempenhada por apenas um deles, e uma vez sendo dividida por ambos, acarreta uma amenização dos deveres a ela correlatos.

Nesse sentido é o que dispõe Grisard Filho (2005, p. 127), onde aduz que

Não mais se discute sobre as perdas que a separação impõe ao menor. Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

Diante disso pode-se dizer que a guarda compartilhada é um arranjo de exercício do poder familiar onde os genitores, de forma conjunta e compartilhada, tomam decisões relativas aos filhos comuns, servindo como meio para assegurar o princípio do melhor interesse dos filhos, assim como também para tentar tornar menos penosa a separação dos pais.

No bojo da guarda compartilhada, esta pode ser estipulada com alternância de residências ou sem alternância de residências, diante desse aspecto, muitos confundem a guarda compartilhada com a guarda alternada. Apesar da semelhança, a distinção repousa no fato de que, na guarda compartilhada as decisões são tomadas em conjunto, independentemente de quem esteja na posse do menor, enquanto que, na guarda alternada, cada genitor toma sua decisão unilateral enquanto estiver com a posse do filho.

4.3 JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Diante da ansiedade e do clima de disputa que instaura-se após a ruptura dos laços afetivos que unem os genitores, os filhos acabam, na maioria das vezes, ficando no meio de um verdadeiro “fogo cruzado”, observando seus pais se digladiando na batalha pela guarda.

Portanto, de um lado, ficam os filhos, com medo de afastar-se de um dos pais, e do outro, estão os pais, assustados por receio de que a guarda possa ser estipulada ao outro genitor, gerando, com isso uma gradual distância entre este e seus filhos.

Nesse sentido é o que dispõe Morgenbesser e Nehls (1981), citados por Quintas (2009, p. 41), onde obtemperam que:

Para aqueles casais que se envolvem em disputas de guarda, o processo torna-se infinitamente mais difícil e emocionalmente esgotante. Não é por

acaso que as discórdias de guarda são chamadas de lutas e batalhas. Os participantes são os pais e os filhos e nessa guerra todos são perdedores.

Assim, nota-se que, diante do caso concreto, as disputas pela guarda tornam a situação dolorosa para ambos, os pais e os filhos, e pela análise deste contexto é que a doutrina e jurisprudência tem evoluído para a consecução de arranjos de guarda que amenizem esta situação.

Desse modo, faz-se necessário analisar os fatores que fundamentam e justificam a aplicação da guarda compartilhada, vista como melhor forma de resolver as pendências entre os genitores, assim como também de assegurar o melhor interesse dos filhos.

4.3.1 Problemas decorrentes da fixação da guarda exclusiva

Após a resolução de todo o litígio que circundou o processo de estipulação da guarda, segundo o que dispõe Quintas (2009), o magistrado, no mais das vezes, determina a guarda a apenas um dos genitores, que geralmente é a mãe, ou seja, estipulada a guarda exclusiva, esta situação transforma gradativamente o não guardião em pai sazonal, “de fim de semana”.

Desse modo, o poder familiar do genitor que não dispõe da guarda não pode ser desenvolvido em sua inteireza, vez que falta um dos seus atributos, a guarda, sendo que, por conseguinte, sacrifica outros elementos, como o direito de educar, de conviver, de participar ativamente da vida do filho, entre outros.

Por muito tempo a fixação da guarda de forma exclusiva era justificável, todavia, na sistemática atual, a guarda exclusiva não encontra mais fundamento pois as relações de uma forma geral, mormente as parentais, são norteadas pelos princípios do melhor interesse dos filhos, assim como também pela igualdade entre homem e mulher.

Em contrapartida, existem situações em que a determinação da guarda exclusiva é necessária, como no caso de um dos pais ser falecido, ou houver sido afastado do exercício do poder familiar, através da extinção, destituição ou suspensão desse poder-dever.

Dessa forma, nos casos acima referenciados a guarda exclusiva torna-se justificável e necessária, todavia nos demais casos além de representar-se destoante da sistemática atual, acarreta prejuízos para todos os envolvidos.

Em relação ao não guardião, este é erigido nos dizeres de Quintas (2009) à categoria de "recreador", e perde significativamente o direito de acompanhar e ajudar no desenvolvimento dos filhos, vez que, na maior parte dos casos, o regime de visitas não permite o exercício desse direito de forma razoável, sendo que isso já vai incutindo na mente da criança a conclusão de que aquele que foi afastado da guarda não é capaz de cuidar dele.

Todavia, em relação ao guardião, a situação também traz alguns incômodos, vez que este terá que assumir a maior parte das responsabilidades, tomar decisões importantes em relação aos filhos sozinho, ou seja, desempenhar papéis e responsabilidades de ambos os pais, unilateralmente.

Assim, a fixação da guarda exclusiva sobrecarrega o genitor guardião, na medida em que afigura-se como uma mistura prejudicial de atribuições conjuntas concentradas em apenas uma pessoa

Essa situação também prejudica a formação dos filhos, pois o guardião raramente consegue disfarçar que o seu tempo para atividades pessoais fica comprometido por ter que cuidar sozinho dos filhos, e estes concluem, definitivamente, que são o centro gravitacional dos problemas.

Diante dessa problemática, relativamente ao prejuízo acarretado na pessoa dos filhos, convém anotar as palavras de Quintas (2009, p. 44), onde assevera que:

Mas dentre todos os envolvidos é o filho menor, ser em desenvolvimento que precisa de cuidados especiais, o maior prejudicado. Sofre perdas significantes. Perde o carinho e a atenção constante de um dos pais, visto por ele como alguém fraco e inapto para cuidar dos filhos, o que afeta sensivelmente seu desenvolvimento. Sente que perdeu um dos pais, sobrecarregando o outro por ter de o assumir sozinho, além de se sentir culpado pela separação dos mesmos, já que é o centro da discussão.

Neste diapasão, a fixação da guarda exclusiva, vista sob esta ótica, em nada assegura o primado constitucional de promover o melhor interesse dos filhos, vistos como pessoas em desenvolvimento, vez que eles "perderão", pela estipulação deste arranjo de guarda, um de seus genitores.

Analisando os prejuízos decorrentes da fixação da guarda exclusiva, Quintas (2009, p. 45), advoga que:

Portanto, o questionamento que se faz, um dos pontos que mais se discute ao se tratar deste tema é, por que quando ambos os pais estão aptos a exercer o poder familiar, apenas um terá o direito-dever de guarda, quando se sabe ser importante para os filhos a convivência com ambos os genitores, componentes estruturais de seu desenvolvimento?

Esta é uma reflexão muito questionada e intrigante a respeito da guarda exclusiva, pois não há fundamento para que seja determinada esta modalidade de guarda quando, na verdade, ambos os pais podem exercer conjuntamente este mister, pois, neste caso, ambos demonstram melhores condições para desempenhar a guarda.

Com relação especificamente ao regime de visitação, corolário da modalidade de guarda exclusiva, a doutrina pátria vem entendendo que as visitas em data preestabelecidas apresentam forte propensão de desconstituir os vínculos afetivos que um dia ligaram os filhos aos pais que não exercem a guarda, ou seja, os não guardiões.

Nesse sentido é o seguinte entendimento:

O pai (ou mãe) periférico – aquele que não detém a guarda -, o dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato à evasão da paternidade e, de conseqüência, a tornar-se um *pai fantasma* no cotidiano de seu filho. A família contemporânea, que repulsa o modelo excessivamente rígido do século passado, é o centro (aglutinador e irradiador) do afeto entre seus membros e, obviamente entre pais e filhos. (GRISARD FILHO, 2005, p. 185, grifo do autor)

Assim, o que se vem notando é que, na sistemática atual, o regime de visitas estipulado de forma fixa, rígida, apresenta-se como prejuízo na formação dos filhos e no relacionamento destes com o genitor que não é titular da guarda, as relações de afeto não são prefixadas para desenvolver-se em dias e horários determinados, elas são imprevisíveis, e este aspecto deve ser levado em consideração.

Diante do que foi levantado, vê-se que a guarda exclusiva, como regra geral, não representa o melhor para os filhos, e serve, na maioria dos casos, como meio hábil a que os genitores “briguem” pela guarda dos filhos como forma de desenvolver sentimentos menos nobres para com o outro genitor, exibindo a concessão da guarda dos filhos como prêmio, troféu, com a intenção maior de atingir o outro do que realmente cuidar e guardar os filhos.

4.3.2 Igualdade entre homem e mulher

De acordo com a própria evolução do instituto da guarda, como dito anteriormente, num primeiro momento, ela era atribuição exclusiva do pai, chefe da família.

Posteriormente a guarda foi guiada pela culpa dos cônjuges, ou seja, com o fim da sociedade conjugal, a guarda dos filhos era atribuída àquele que não desse causa à dissolução da sociedade, sendo que, no caso da culpa de ambos, o critério seria fixado pelo sexo e idade dos filhos.

Com a evolução natural da vida em sociedade, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, entre outros fatores, esta passou a dividir com o homem as responsabilidades no âmbito do lar, inclusive as de caráter financeiro, o que a fez gozar dos mesmos direitos e prerrogativas do homem.

Através da Constituição Federal de 1988, homens e mulheres passaram a ser tratados de forma igualitária, o que repercutiu na seara do direito de família, mormente na fixação da guarda, conforme a respectiva determinação, *ipsis litteris*:

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

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

Dessa maneira, o magistrado na hora de fixar a guarda deve levar em consideração que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, expurgando, de vez, a pecha de que a guarda deve sempre ser atribuída à mãe.

Como forma de fundamentar a guarda compartilhada, a igualdade entre homens e mulheres aduz que, com o fim da sociedade conjugal, os dois continuam desempenhando conjuntamente os direitos e deveres oriundos do poder familiar, vez que ambos desfrutam de igualdade de prerrogativas.

Nesse sentido é o entendimento de Quintas (2009, p. 53), onde assevera que: “Hoje, a guarda é direcionada em razão do melhor interesse dos filhos e na igualdade dos pais de exercerem o poder familiar”. Assim, o critério de sexo não apresenta relevância na conjuntura constitucional atual, pois homens e mulheres

foram erigidos ao mesmo patamar.

Atualmente, homens e mulheres são responsáveis por cuidar, criar e educar os filhos menores, dividindo, inclusive, os custos dessa atividade. Isso leva a crer que caiu por terra a concepção antiquada de que o homem – pai – trabalha e sustenta a casa, e a mulher – mãe – cuida do lar e dos filhos.

Nesse sentido é o que dispõe Quintas (2009, p. 56) “[...] não se pode mais indiscriminadamente atribuir a guarda dos filhos à mãe, afastando-os dos pais, numa injusta repartição de direitos e obrigações que a ambos competem”.

Diante disso, a guarda exclusiva não deve ser levada em consideração como regra geral diante do fim dos relacionamentos, pois pela igualdade de condições entre homens e mulheres, estes devem continuar exercendo normalmente as atribuições decorrentes do poder familiar após o fim da sociedade conjugal.

Isto demonstra-se melhor para os filhos, pois continuam se desenvolvendo sem se sentir no centro das contendas entre os pais, além de crescer observando a igualdade entre homens e mulheres; melhor também para a mãe, que não suportará sozinha os encargos da guarda exclusiva; assim como também será melhor para o pai, que poderá acompanhar mais de perto o desenvolvimento dos filhos, sem perder o vínculo afetivo com eles.

Neste diapasão, faz-se necessário implementar, diante do caso concreto, um modelo de guarda capaz de assegurar a igualdade entre homens e mulheres para continuarem desempenhando conjuntamente os direitos e deveres do poder familiar após a ruptura da vida em comum.

4.3.3 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Relativo ao princípio do melhor interesse, neste ponto da pesquisa científica, este será observado como guia para a fixação da guarda compartilhada, sem, contudo, desconsiderar o que já foi esposado alhures sobre o assunto, vez que a elucidação anterior complementa esta.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no entender de Lima (2007), é corolário da doutrina da proteção integral, que por sua vez encontra sustentáculo na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Diante disso, este princípio foi aceito na legislação pátria pela ratificação da referida Convenção, e ainda pela Constituição Federal de 1988, assim como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002.

Como o princípio do melhor interesse da criança é disciplinado em mais de um diploma legal, a sua interpretação, aplicação e observância deve ser feita de forma sistemática, conforme a seguinte elucidação:

A função hermenêutica da qual se reveste o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente conduz a interpretação sistemática das disposições aplicáveis a esse grupo em condição peculiar de desenvolvimento. É a garantia da proteção integral, mediante o respeito a seus direitos fundamentais, estabelecidos na própria Constituição e reafirmados na legislação infraconstitucional. (LIMA, 2007, p. 113)

Desta forma, diante do caso concreto, o magistrado deve observar, para fixar a guarda, mormente a guarda compartilhada, uma linha de raciocínio que conduza à consecução do melhor interesse dos menores em questão.

Discorrendo sobre o princípio em comento, Araújo, Dantas e Pedrosa (2009, s/p), advogam que:

[...] o juiz deverá ter por base as coordenadas do princípio do melhor interesse da criança, vez que, da análise do caso concreto, tem-se que extrair as circunstâncias que favoreçam as crianças e adolescentes como seres em desenvolvimento, priorizando de forma absoluta os seus interesses.

Interessante observar que no sistema atual, este especial tratamento que é dispensado às crianças e adolescentes deve ser observado em todas as ações que envolvam os referidos atores, assim como também em todas as formações familiares existentes.

Corroboram este entendimento as lições de Lima (2007, p. 112), onde obtempera que:

A proteção à criança e ao adolescente, nos dias de hoje é irrestrita, sendo aplicável independente de sua situação familiar ou social, regular ou irregular, garantindo-lhes um feixe de direitos que compreendem suas necessidades como um todo, decorrentes de sua condição de ser humano em fase de desenvolvimento.

Assim, não importa a configuração familiar, o que importa é a aplicação,

diante do caso concreto, com preeminência, do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Diante do que foi argüido, podemos identificar que o melhor interesse da criança não pode ser deferido de forma preestabelecida, pois somente diante de cada caso é que se pode afirmar o que seria interessante para aquela determinada criança ou adolescente.

Todavia, existem algumas coordenadas, que apresentam-se, de forma geral, como aspectos que demonstram o melhor interesse dos menores, destarte, no caso da separação dos pais, onde certamente o melhor para os filhos seja preservar o contato com ambos os genitores.

Neste diapasão surge a guarda compartilhada como instrumento para que os pais, mesmo separados, mantenham contato próximo com seus filhos, com a finalidade de protegê-los, privando-os de maiores traumas pela “perda” de um dos pais, e respeitando, por conseguinte, as normas constantes na legislação pátria em relação à promoção do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Com vistas a este papel da guarda compartilhada, Quintas (2009, p. 62), assevera que:

Se os pais não vivem juntos, a guarda compartilhada é um arranjo de guarda que possibilita a manutenção das relações pessoais e do contato direto com ambos os pais, como determina a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Assim, diante da separação do casal, se restar concretizado que ambos os genitores têm condições para desempenhar as atribuições do poder familiar, não há obstáculo em aplicar a guarda compartilhada, vez que, o melhor para os filhos é que continuem a ser guiados e cuidados por ambos os pais, de forma igualitária e conjunta.

Deste modo, no ensinamento de Quintas (2009), a guarda compartilhada deve ser aplicada nestes casos pois as funções que os pais desempenham são distintas e complementares, o que justifica a necessidade de ambos participarem da criação e educação dos filhos.

Conforme entende Lima (2007), o princípio do melhor interesse representa sustentáculo maior para a fixação da guarda compartilhada, pois notória a necessidade que os filhos têm de poder gozar da convivência harmônica e

ininterrupta com os pais, mesmos aqueles que já se separaram.

Portanto, se da análise do caso concreto restar observado que ambos os genitores possuem condições de exercer o *munus* do poder familiar, a solução que melhor atende ao apelo do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes é a fixação da guarda de forma compartilhada, onde ambos os pais desempenharão suas responsabilidades parentais conjuntamente.

4.3.4 Guarda compartilhada de fato

Outro aspecto justificante da guarda compartilhada é o fato de que na prática, em alguns casos, ela resta observada através de um acordo entre os pais, mesmo diante da estipulação judicial da guarda exclusiva.

Neste caso, os genitores no decorrer do dia-a-dia sentem a natural necessidade de possibilitar uma maior participação na vida dos filhos mesmo diante da determinação da guarda exclusiva a apenas um deles.

Desse modo, implementam a guarda compartilhada de fato, decidindo conjuntamente aspectos relativos ao destino dos filhos, à criação, educação, entre outros fatores, de modo que o não guardião participe efetivamente da vida dos filhos, expurgando os horários prefixados e rígidos.

Nesse sentido, interessante observar o entendimento de Quintas (2009, p. 64), onde informa que:

[...] a guarda compartilhada é uma realidade na prática, independentemente se legal ou não. Diante da precisão que aos pais se impõe e do sofrimento que seria para pais e filhos se encontrarem de 15 em 15 dias ou uma vez por semana, eles apelam por compartilhar a guarda extrajudicialmente, em muitos casos por decisão do juiz ou por desconhecerem a possibilidade da guarda compartilhada, aplicando-a sem saber.

Portanto, a guarda compartilhada de fato surge da necessidade de os pais acordarem a participação conjunta deles para a tomada de decisões que interessem aos filhos, assim como também, para otimizar a participação do genitor não guardião na rotina dos filhos.

Todavia, o melhor seria que essa guarda compartilhada de fato fosse

convertida em judicial, pois o genitor não guardião está amparado apenas no acordo estabelecido com o guardião, o que é um fato temeroso, pois aquele fica “submisso” à boa vontade deste, o que não ocorreria após a decisão judicial.

4.4 FUNDAMENTO PSICOLÓGICO DA GUARDA COMPARTILHADA

Os procedimentos de separação, judiciais ou não, são permeados de questões psicológicas, tanto as que envolvem os genitores, entre si, como as que relacionam-se com a prole. Os filhos a partir disso, têm que subitamente, na maior parte dos casos, adaptar-se com a falta de um dos pais, o que incute neles um sentimento de “perda”.

Deste modo, na ótica de Grisard Filho (2005), o direito deve valer-se da ajuda, do amparo, de outras ciências para estudar estes casos e buscar uma situação que amenize a problemática, estudando as particularidades das pessoas envolvidas.

O estudo que foi reportado deve ser entendido como um levantamento feito por uma equipe multidisciplinar, geralmente formada por psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, entre outros, com a finalidade de aclarar o entendimento do magistrado, para que ele possa determinar a fixação da guarda pautada no melhor interesse dos menores, sendo que nesse melhor interesse encontra-se também a questão psicológica.

Da análise da ruptura do casal, Grisard Filho (2005, p. 177), vendo-a pelo lado dos filhos conclui existir aspectos positivos e negativos, da seguinte maneira:

Para as crianças, o divórcio apresenta um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo é a redução do conflito parental. O aspecto negativo é a diminuição da disponibilidade de relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família e, conseqüentemente, de ser por ele (ou ela) abandonada.

Nesse sentido, pode-se aduzir o prejuízo psicológico acarretado na mente dessas crianças que se vêem privadas do sadio convívio familiar com ambos os pais. Neste contexto é que aparece a guarda compartilhada, como forma de minimizar o sofrimento resultante da ruptura dos pais, pois estes, mesmo separados, continuarão a desempenhar os papéis parentais a eles respectivos.

A esse respeito Grisard Filho (2005, p. 179) aduz 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.

Assim, se os pais continuarem conjuntamente assumindo, após a separação, as responsabilidades decorrentes do poder familiar, que são fruto da parentalidade e não da união que um dia ligou os genitores, a respectiva prole sentirá bem menos os efeitos desta separação.

Através da guarda compartilhada, o genitor que se ausentou do lar, pelo fato da separação, estará mais disponível aos filhos, facilitando a discussão dos interesses destes, na medida em que a proximidade fará com que goze de maior abertura para ingerir na criação e educação da prole.

4.5 CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA

Pelos estudos que são desempenhados levando em consideração o instituto da guarda compartilhada, esta não encontra aceitação pacífica na doutrina, vez que alguns estudiosos esposam comentários desfavoráveis a este arranjo de guarda.

Em um primeiro momento muitos afirmam que a guarda compartilhada é uma possibilidade irreal de estipulação prática. Todavia, irreal seria a guarda compartilhada para os casos de casais que não se entendem de forma alguma e que não estão interessados em promover o melhor para seus filhos. Estes estão mais empenhados em produzir sentimentos menos nobres em relação ao outro genitor, do que em acordar um arranjo de guarda que venha a beneficiar o desenvolvimento da prole comum.

Nesse sentido, interessante anotar o que dispõe Grisard Filho (2005, p. 194), onde obtempera que:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias,

destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Assim, para a fixação da guarda compartilhada, os pais devem demonstrar capacidade mínima de dialogar, para que possam disciplinar as decisões que precisam ser tomadas em conjunto, ou seja, que possam ao menos estabelecer um contato razoável, amistoso, para que este arranjo de guarda logre êxito.

Contrapondo-se a este argumento negativo exposto por parte da doutrina que se presta a estudar o direito de família, mais especificamente o direito parental, Quintas (2009, p. 92) assevera que: “[...] não se pode afirmar que seria impossível a manutenção de um bom relacionamento entre os pais após a ruptura familiar”.

Deste modo, casos há em que mesmo o casal nunca tendo convivido ou que tenham rompido a sociedade conjugal possam estabelecer um contato harmonioso, dialogando para conseguir o melhor para os filhos, deixando de lado possíveis rugas existentes pelo fim da união conjugal.

Quanto ao caso dos pais que não estabelecem um acordo mínimo de compartilhamento no curso da determinação da guarda conjunta, nas lições de Quintas (2009), os desentendimentos podem surgir no bojo de qualquer modelo de guarda, não sendo, portanto, uma pecha exclusiva da guarda compartilhada.

Outro aspecto apontado por alguns, como obstáculo para a implementação da guarda compartilhada, é o fato de muitos dos pais - homens - não interessarem-se pelo exercício da guarda.

A esse respeito, Quintas (2009) advoga que esta característica é fruto ainda da sociedade patriarcal, que delega à mãe as funções de cuidar da casa e dos filhos.

Desse modo, tem-se um pensamento preconceituoso que circunda a questão, sendo que, segundo Pereira (1999) *apud* Quintas (2009), poucos são os pais que lutam pela guarda, sendo que desses poucos, menos ainda, conseguem o exercício a seu favor, pelo fato de os magistrados ainda serem norteados também por este entendimento maculado de preconceitos.

Todavia, por ainda existirem pais que preocupam-se com os interesses dos filhos é que a guarda compartilhada deve ser observada e aplicada diante dos caso concreto, por revelar, segundo fundamentação já levantada, na maioria dos casos, o melhor para os filhos.

Corrobora esta elucidação os ensinamentos de Grisard Filho (2005, p. 198), onde dispõe que:

Quando os pais, como repetidas vezes dissemos ao longo deste trabalho, privilegiam a continuidade das suas relações com as crianças e as protegem de seus conflitos parentais, há toda uma vantagem em atribuir efeitos jurídicos à atitude de cooperação dos pais, entusiasmando a ambos a compartilhar direitos e responsabilidades na proteção e na educação dos filhos.

Portanto é para esses casos que a guarda compartilhada se presta, quando os genitores, deixam de lado possíveis contendas que ficam de saldo na separação, e elevam a um patamar superior os interesses dos filhos, pensando neles, abstraem questiúnculas de somenos importância.

Uma outra questão, que para alguns representa uma desvantagem para a guarda compartilhada, é a possibilidade de alternância de residência, no entender de Quintas (2009), este fato representa o alvo de maior ataque, sendo que muitos argumentam que a referida circunstância pode acarretar nas crianças instabilidade resultante da falta de referencial de lar.

O fato é que a possibilidade de alternância de residências é apenas uma nuance do arranjo de guarda compartilhada, ou seja, não é uma regra à estipulação da guarda compartilhada com alternância de residências.

Diante do caso concreto, é que se verificará, sempre no interesse dos filhos, a fixação da guarda compartilhada com alternância de residências, dependendo das circunstâncias informadoras da questão.

4.6 ASPECTOS PRÁTICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o fim da sociedade conjugal, os cônjuges, conviventes, ou aqueles que estejam sob qualquer outra forma de relacionamento, romperam os vínculos que os uniam, todavia, se desta união resultar filhos, a ligação dos genitores com estes é eterna e indissolúvel, decorrente da paternidade e da maternidade.

Diante deste fato, segundo Quintas (2009), citando dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2001), a guarda é determinada, na

maioria dos casos, para a mãe, sendo num percentual de 92,7% nas separações e 90,3% nos divórcios.

Quanto à guarda compartilhada, mesmo com a possibilidade que o Código Civil abria, antes da determinação legal da Lei nº 11.698/08, que instituiu, por expressa disposição, a possibilidade de implementação deste arranjo de guarda, ela, mesmo sendo permitida, era muito pouco observada na prática, segundo a autora acima referenciada.

Deste modo, tem-se que analisar o arcabouço fático que circunda a questão, na medida em que os filhos precisam continuar gozando da convivência e participação de ambos os pais, e de que, na prática a igualdade entre homens e mulheres não está sendo observada convenientemente, vez que quase na totalidade dos casos a guarda é determinada para a mãe.

Assim, a guarda compartilhada vem a ser a melhor solução para poder equilibrar esta realidade entre pais e mães, além de garantir que os filhos continuem com o contato e participação de ambos os genitores na sua criação e educação.

Seguindo esta linha de raciocínio é o pensamento de Quintas (2009, p. 68), advogando que:

Com a guarda compartilhada, não se pretende que o ex-casal mantenha uma relação entre si como o fora antes, apenas que as decisões no que dizem respeito aos filhos sejam tomadas em conjunto e que ambos possam manter um contato com o filho sempre que possível e da forma que acordarem. Guarda compartilhada não significa tempo igual com a criança, mas que esta tenha acesso aos pais sempre que necessário.

Neste diapasão, tendo em vista a flexibilidade que o instituto comporta, os pais, diante do caso concreto, ou seja, informados por suas condições financeiras e de disponibilidade de tempo, podem chegar a um acordo de como esta guarda, tida como compartilhada, poderá efetivar-se.

O importante é que o acordo contemple, com preeminência, a boa vontade dos pais em manter contato constante com os filhos, participando ativamente das circunstâncias que lhes são importantes, sendo isto uma forma de assegurar os interesses dos filhos, determinação constitucional.

Diante desta possibilidade de arranjos volitivos diferenciados, colaciona-se o seguinte entendimento:

Não existem regras predeterminadas de como a guarda compartilhada se opera na prática. A sua vantagem está, justamente, no fato de os pais poderem acordar o que proporcione melhores condições de vida para os seus filhos, compartilhar direitos e responsabilidades, de maneira igualitária, não há uma fórmula exclusiva e correta, vai depender de cada caso em si. A guarda compartilhada deverá ser implementada para refletir as necessidades particulares de cada família. (QUINTAS, 2009, p. 69)

Assim, o acordo que norteará o entendimento do magistrado pode ser conduzido pelos genitores, que devem ser os maiores interessados no bem-estar dos menores. O que importa é que este acordo não se afaste da implementação do compartilhamento das decisões relevantes, vez que do contrário, a guarda conjunta perde a razão de existência.

4.6.1 Objetivo da guarda compartilhada

Rompidos os laços conjugais, é inegável que muitas amarguras e frustrações fiquem de saldo na grande maioria dos casos, sendo que os filhos, neste contexto, são os que mais sofrem, pois não desfrutam de maturidade o suficiente para enfrentar e contornar a situação.

Como forma de amenizar os traumas decorrentes da separação ou da não convivência dos pais é que objetiva-se a guarda compartilhada. Não há como evitar totalmente que as crianças sofram diante da separação dos pais, mas o que se pode fazer é tornar menos árdua esta transição, através do compartilhamento da guarda, que trará, conseqüentemente, uma maior participação dos pais que não vivem juntos na vida dos filhos.

Nesse sentido dispõe Pantaleão (2002, s/p), aduzindo que:

Com a guarda compartilhada almeja-se através do consenso entre os cônjuges separados, a conservação dos mesmos laços que uniam os pais e filhos antes da separação, buscando-se um maior equilíbrio e harmonia na mente daqueles que são os destinatários da solução.

Assim, é sabido que o acordo e o clima amistoso que é decorrente da vontade dos pais de promover o melhor para os filhos, e que gera a possibilidade de fixação da guarda compartilhada, acarreta na mente das crianças uma maior segurança

para poderem desenvolver-se de forma equilibrada e sadia.

Acerca do objetivo da guarda compartilhada, Quintas (2009, p. 71), assevera que:

A guarda compartilhada surge com o objetivo de diminuir o sofrimento de todos os envolvidos na ruptura familiar, em especial dos filhos menores, a quem a guarda irá afetar o crescimento e desenvolvimento saudáveis, procurando solucionar os problemas apresentados pela guarda exclusiva.

Portanto, a guarda compartilhada, objetivando aliviar um pouco os dissabores oriundos da separação dos pais, demonstra-se como uma benesse também para os genitores, na medida que faz cessar a “disputa” pelos filhos e instaura um clima de paz e harmonia.

4.6.2 Pressupostos para o exercício da guarda compartilhada

Para que a guarda compartilhada possa ser implementada, faz-se necessário a observância, em primeiro lugar, de alguns pressupostos, algumas condições para que, diante do caso concreto, o magistrado possa fazer uso de tal arranjo.

Dessa forma, preliminarmente é necessário que ambos os genitores estejam em condições de exercer o poder familiar, vez que o compartilhamento da guarda somente poderá ser executado se os pais estiverem em plenas condições de assumir as responsabilidades parentais em conjunto.

Diante disso, se outra medida fosse tomada como pressuposto, eivado estaria o primado maior de conseguir alcançar o melhor interesse de crianças e adolescentes na estipulação da guarda, pois aproximaria dos filhos, pais que não demonstram possibilidade de exercer as atribuições decorrentes do poder familiar.

Nesse sentido, faz-se necessário colacionar a elucidação de Quintas (2009, p. 72), onde aduz o seguinte:

Se um dos pais não estiver apto a exercer a guarda, será melhor que a criança seja conduzida apenas pelo genitor capaz. A convivência com ambos, sendo um inapto, acarretará sérios problemas que comprometerão o seu melhor interesse.

Diante disso, a aptidão dos pais deve ser aferida, antes de estabelecer o acordo de guarda compartilhada, pois caso contrário, atribuir a guarda, mesmo que compartilhada, a um genitor que não tem condições de exercer este mister, oferece o afastamento do melhor interesse.

Se restar configurada a impossibilidade de compartilhamento da guarda pelo fato de apenas um dos genitores demonstrar condições de exercício do poder familiar, no entender de Quintas (2009), a garantia do melhor interesse será o afastamento do inapto, resguardando-o apenas o direito de visitas pela determinação da guarda exclusiva.

Outrossim, afigura-se também como pressuposto para a implementação da guarda compartilhada, a necessidade de que os pais gozem de um bom relacionamento, ou seja, para que a guarda compartilhada atinja o seu objetivo de proporcionar o melhor interesse dos filhos, os pais têm de manter um nível de respeito e diálogo mínimos, para conseguir estabelecer os acordos que se fizerem necessários.

Desta forma, para que a guarda compartilhada possa lograr êxito, faz-se necessário a boa vontade dos pais em deixar em segundo plano, questões de somenos importância em prol do melhor interesse de sua prole.

Nessa linha de raciocínio, Ganancia (2001 apud QUINTAS 2009, p.73), obtempera que:

[...] a autoridade parental conjunta não é uma obrigação jurídica sancionável, mas um estado de espírito que implica respeito mútuo, tolerância, diálogo, cooperação, e, sobretudo, o reconhecimento de cada um dos pais do lugar do outro.

Portanto, a estipulação da guarda compartilhada para casais que estão "em pé de guerra", por ferir gravemente o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes está fadada ao insucesso.

Outro pressuposto citado por Quintas (2009) é aplicável quando o modelo de guarda compartilhada for com alternância de residências. Neste caso, para não incorrer nas temeridades da guarda alternada, faz-se necessário que as regras que serão observadas em ambas as casas sejam uniformes, para não desestabilizar o referencial de lar dos filhos.

Para Grisard Filho (2005), outro pressuposto para a guarda compartilhada

com alternância de residências é a disposição de recursos financeiros para cobrir o aumento dos custos, pois os genitores terão que manter estruturas prontas em ambas as casas para poder abrigar os filhos, o que, conseqüentemente, acarretará um dispêndio patrimonial maior.

4.6.3 Problemas que podem existir na aplicação da guarda compartilhada

Quando o magistrado vai implementar a guarda compartilhada diante do caso concreto, ele fundamenta-se em um estudo das circunstâncias e dos pressupostos para fixação deste arranjo, sendo que somente vai aplicá-la se todas as condições estiverem implementadas.

O fato é que após a determinação da guarda compartilhada, alguns fatores podem ocorrer e apresentarem-se como empecilhos para que a guarda compartilhada continue sendo demonstrativa do melhor para os filhos.

4.6.3.1 *Novas núpcias dos genitores*

No caso de um dos genitores contrair novo casamento, este fato, de *per si*, não é causa para a modificação da guarda compartilhada, conforme disposição legal inserta no Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.588 O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Neste diapasão, o casamento por si só não é causa para obstar a continuidade da guarda compartilhada, a questão que a doutrina aponta é o fato da inserção de um terceiro na relação, terceiro este que não pode ficar muito afastado da situação devido a sua proximidade com um dos genitores, o que, por conseguinte, o fará participar, ou influenciar, mesmo que indiretamente, as decisões pertinentes à guarda compartilhada dos filhos de seu consorte.

Relativamente às novas núpcias dos genitores, Quintas (2009, p. 75), assevera que:

[...] um novo casamento poderá afetar as decisões tomadas em conjunto. Um novo adulto envolvido as tornará mais complexas. Em certos casos não há como manter o padrasto ou a madrasta afastados da decisão, pois dão suporte aos pais e de maneira informal participam delas, o que os faz ter muito contato com a criança e algumas responsabilidades.

Portanto, a decisão dos genitores em contrair novas núpcias deve ser tomada com muita sensibilidade, a fim de conservar o desejo de esforço para a consecução do melhor interesse dos seus filhos que foi anteriormente estabelecido. O que se pode fazer é utilizar a flexibilidade existente no bojo da guarda compartilhada para conseguir uma melhor adaptação a esta nova realidade.

4.6.3.2 *Divergências de entendimentos*

A divergência de entendimento é característica inata da convivência entre seres humanos, o que faz presumir a sua existência em todas as relações, inclusive, as parentais.

Esta mudança de pontos de vistas que está sendo levantada, geralmente ocorre quando há alteração da religião dos pais, da filosofia de vida, entre outros, e isso, os genitores querem implementar na vida dos filhos.

Interessante observar que esta possibilidade de alteração de pontos de vistas que os genitores podem ter ao longo do desenvolvimento da guarda compartilhada pode ser aferida em qualquer outro arranjo de guarda, bem como na própria constância do casamento ou da união estável, vez que, próprio da natureza humana a mutação de entendimentos.

Diante desses casos, segundo ponderação de Quintas (2009), a solução é a mesma que seria tomada se o casal estivesse na constância da relação, ou seja, qualquer dos pais pode recorrer ao judiciário para solucionar a contenda, conforme o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil, já referenciado em momento oportuno.

4.6.3.3 *Mudança de residência dos pais*

Com o decorrer do tempo, pode ser que um dos genitores, por opção, ou por necessidade, tenha que mudar de residência, o que acarretará uma instabilidade na situação que já vinha sendo aferida.

Segundo Quintas (2009), a mudança de domicílio de um dos genitores acarreta maiores problemas quando a guarda compartilhada é estipulada com alternância de residência, por questões de operacionalização, todavia não a torna inviável.

Desse modo, para o arranjo de guarda compartilhada sem alternância de residência, nada obsta que a guarda continue sendo desempenhada de forma compartilhada, mesmo após a mudança de residências dos genitores, o que importa é que continuem tomando as decisões em conjunto e mantendo contato com os filhos.

Mudanças e alterações são inevitáveis nas relações entre seres humanos, pensando nisso é que a guarda compartilhada comporta uma maior flexibilização de possibilidades, para que pais e filhos possam adequar-se no que for melhor para o seu caso, desde que o melhor interesse das crianças e adolescentes não seja afastado.

4.6.4 Possibilidade de alternância de residências

A possibilidade de alternar residências no bojo da guarda compartilhada não é uma questão pacífica na doutrina, vez que, segundo Quintas (2009), a maioria entende ser prejudicial aos filhos, na medida em que estes perdem o referencial de lar.

De antemão faz-se necessário afastar a confusão que existe, na prática, entre guarda compartilhada com alternância de residências e guarda alternada. Na guarda compartilhada com alternância de residência, os filhos podem passar um certo tempo na casa da mãe e outro na casa do pai, todavia, as decisões que são tomadas nesse ínterim devem ser feitas em conjunto, com responsabilidade

compartilhada, já a guarda alternada nada mais é do que uma guarda exclusiva que cada genitor possui por determinado tempo.

Diante disso, outra diferenciação deve ser feita entre as modalidades acima expostas, que serve de fundamento para a possibilidade de alternância de residências na guarda compartilhada, é que nesta última, as ordens e condições do lar, segundo Quintas (2009), devem ser uniformes em ambas as residências, justamente para que a prole não sinta a falta da referência de lar.

O fato é que a fixação da guarda compartilhada com alternância de residências requer do magistrado e dos pais uma maior sensibilidade para que saibam inferir, diante do caso concreto, se este arranjo é de fato o melhor.

Como dito anteriormente, a possibilidade de alternância de residências requer o preenchimento de algumas condições, pois requer dos genitores um maior dispêndio de custos para poderem manter uma estrutura montada apta a receber os filhos em ambos os lares, e também faz-se necessário que os pais permaneçam morando na mesma cidade, para não inviabilizar a aplicação do compartilhamento com alternância de residências.

Nesse sentido são as palavras de Silva (2001, s/p), onde aduz 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 de 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.

Portanto, em tese, não há empecilho para que a guarda compartilhada com alternância de residência seja aplicada diante do caso concreto, sendo que segundo Grunspun (2000, apud QUINTAS, 2009), o juiz costuma aplicá-la no caso de adolescentes, para o caso de estes já desenvolverem um nível de maturidade mínimo para entender a nova sistemática.

4.7 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR DIANTE DA GUARDA COMPARTILHADA

Pelo que foi levantado, vê-se que a guarda compartilhada é, sem sombra de dúvida, o arranjo familiar que proporciona, diante do caso concreto, inúmeros

benefícios para as crianças oriundas de pais que não mais convivem, sendo uma forma de assegurar os princípios do melhor interesse das crianças e adolescentes, da convivência familiar e comunitária harmônica e da igualdade entre homens e mulheres.

A guarda e o poder familiar são institutos diversos, todavia aquela é um atributo deste, e sendo assim, pela proximidade que gozam, a ausência do exercício da guarda pode acarretar um obstáculo ao desempenho do poder familiar.

Nesse sentido, para o caso de aplicação da guarda exclusiva a um dos genitores, que na maioria dos casos é a mãe, o outro encontra entraves para poder desempenhar com regularidade suas atribuições parentais, mormente, o dever de companhia e guarda, como se houvesse ocorrido a própria “suspensão” do poder familiar.

Corroborando este entendimento a elucidação de Quintas (2009, p. 33), asseverando que:

Existe na verdade um contra-senso, posto que, em um momento, é suspenso o poder familiar se faltam os pais com os deveres a ele inerentes, ou seja, a lei obriga os pais a exercê-los plenamente, sob pena de suspensão. Em outro momento, pelo simples fato de não conviverem os pais, proíbe-se parcialmente o exercício do poder familiar, retirando-se de um deles o dever de guardar o filho, até então obrigatório, como numa suspensão.

Assim, diante desse jogo, os maiores prejudicados são os filhos, que ao final da separação, e da fixação da guarda, “perdem” a presença e o cuidado de um dos genitores se o arranjo de guarda não for o compartilhado.

Desta feita, faz-se mister analisar, nesta fase da pesquisa científica, o desenrolar deste instituto diante das vicissitudes do poder familiar, ou seja, como os pais devem comportar-se para solucionar, em conjunto, as problemáticas que podem surgir neste interregno, como forma de assegurar a participação efetiva na vida dos filhos.

4.7.1 Criação e educação

Relativo ao dever de criação e educação, este como atributo do poder

familiar, dever dos pais, resta prejudicado para o caso de aplicação de um arranjo de guarda que não permita uma maior participação do não guardião.

Segundo Quintas (2009, p. 34), “para educar e criar os filhos é preciso ter a direção de suas vidas. Sem deter a guarda, impossível seria exercer esses atributos do poder familiar”.

Nesse sentido, no bojo da guarda compartilhada, as decisões serão tomadas em conjunto, com a finalidade precípua de participação conjunta de ambos os genitores, pois decidirão, em comum acordo, a escola onde deverão estudar os filhos, os horários que deverão observar, assim como também poderão fiscalizar as companhias dos filhos.

Quanto ao dever de criar, que está mais relacionado a questões pecuniárias, de sustento econômico, quando a guarda for compartilhada, o dever é de ambos os pais, vez que estes ficam responsáveis por prover as necessidades básicas dos filhos.

Portanto, na constância do arranjo parental da guarda compartilhada, ambos os pais participam efetivamente da criação e do desenvolvimento intelectual dos filhos, pois nesta modalidade de guarda, encontram mais espaço para poderem executar seus direitos-deveres de forma incisiva e igualitária.

4.7.2 Companhia, fiscalização e supervisão dos interesses dos filhos

Acerca da companhia, esta deve ser diferenciada desde logo com a guarda, vez que, pode acontecer que um dos genitores não detenha a guarda e em determinados momentos possa estar na companhia dos filhos, como ocorre nos direitos de visitação.

Quanto à fiscalização e a supervisão dos interesses dos filhos, nas lições de Quintas (2009), estes são caracteres próprios da guarda exclusiva, quando o não guardião fiscaliza e supervisiona as decisões tomadas pelo genitor guardião.

Para o caso de aplicação da guarda compartilhada, a companhia será amplamente desempenhada por ambos os pais, vez que no acordo constará o modo como a participação dos pais vai acontecer, para garantir que seja desenvolvida de forma ampla.

Já a fiscalização e supervisão dos interesses dos filhos, será feita concomitantemente à tomada das decisões, pois que aferidas em conjunto, cabendo aquele genitor que não chegou a um acordo, recorrer ao Judiciário para solucionar a contenda, desde que demonstre que os interesses dos filhos foram feridos.

4.7.3 Consentimento para casar, nomear tutor e emancipar

Tendo em vista o consentimento para casar, a nomeação de tutor e outorga para emancipação, em linhas gerais, a tomada dessas decisões deve ser feita conjuntamente pelos pais em qualquer arranjo de guarda, vez que a importância dessas decisões não pode afastar a participação do outro genitor, mesmo que seja o não guardião.

Diante deste caso, a vantagem de aplicação da guarda compartilhada está no fato de facilitação do diálogo dos genitores para poderem chegar a um acordo com mais facilidade, vez que, estão habituados a conversar com frequência sobre os interesses dos filhos e a tomar decisões em conjunto.

4.7.4 Assistência e representação

Como os sujeitos passivos do poder familiar são seres em desenvolvimento, portanto absolutamente ou relativamente incapazes, aos pais caberá a sua representação e assistência respectivamente.

Desse modo, no seio da guarda compartilhada, os genitores podem, em comum acordo assistir ou representar os filhos para defender os interesses destes, da mesma forma como, no caso de pais que, na constância do matrimônio ou da união estável protegem os interesses dos filhos.

4.7.5 Reclamação de quem detenha os filhos de forma ilegal

Sendo uma forma de assegurar o correto desenvolvimento dos menores no seio da sua família natural, o Código Civil traz esta abertura de os pais poderem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, assim como também, para que os genitores possam dirigir-lhes a criação e educação, faz-se necessário estarem com eles.

Para tanto, os pais devem fazer uso da competente ação de busca e apreensão, como meio hábil para reaver os menores.

Neste caso, se a guarda for compartilhada, ambos os genitores têm interesse de agir para propor a presente ação, vez que compartilham os direitos e deveres inerentes do poder familiar, e para exercê-los bem, terão que gozar da presença dos filhos.

4.7.6 Dever de prestar obediência, respeito e executar alguns serviços

Relativo ao dever que os filhos têm de prestar obediência, respeito e alguns serviços próprios da sua idade e natureza, esta é uma estipulação que na guarda compartilhada, deve ser observada como nos casos em que os genitores estão vivenciando o matrimônio ou a união estável, isto porque a participação efetiva dos pais na criação dos filhos, faz com que exijam respeito e obediência dos menores.

Tal afirmativa encontra fundamento no fato de que, na ocorrência de guarda compartilhada, ambos os genitores participam ativamente da vida dos filhos, o que faz concluir que estes devem respeito e obediência porque gozam da participação efetiva dos pais.

Diferente seria, no caso da aplicação da guarda exclusiva, onde o regime de visitas vai desnaturando gradativamente a afinidade que existia entre os filhos e o genitor não guardião, enfraquecendo, por conseguinte, a autoridade parental, e fazendo que os "pais de fim de semana", relevem algumas peripécias fruto da desobediência dos filhos.

Como conseqüência disto, pelo fato dos filhos deverem respeito e obediência aos pais, isto faz com que estes possam exigir-lhes a prestação de alguns serviços, desde que próprios para a sua idade e capacidade física.

Deste modo, no bojo da guarda compartilhada os pais podem exigir a

prestação de alguns serviços dos filhos, que geralmente está relacionada a pequenas ajudas domiciliares. Ressalte-se que esta prerrogativa dos pais deve ser norteadas, como dito alhures, pelas coordenadas constitucionais que dispõe sobre o trabalho de menores.

4.7.7 Responsabilidade civil

A responsabilização civil por atos praticados pelos filhos, nas lições de Pereira (1998), citado por Quintas (2009) é um dever atribuído por consequência lógica do direito de guardar e vigiar os filhos, sendo que os danos oriundos da má formação e criação dos filhos devem ser suportados por aqueles responsáveis por este dever.

Diante disso, se a guarda observada no caso for a compartilhada, ambos os genitores são responsáveis pela reparação dos danos, pois as decisões são tomadas em conjunto, e o erro na educação deve ser suportado por ambos os pais, que conjuntamente são responsáveis por este desvio.

Nesse sentido, são as lições de Leite (1997), citado por Grisard Filho (2005, p. 175), onde advoga que:

[...] as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre essa presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores.

Dessa forma, em se tratando de guarda compartilhada, a responsabilidade por atos danosos causados pelos filhos deve ser suportada por ambos os genitores, vez que comungam das decisões que devem ser tomadas em relação aos filhos.

4.7.8 Direito de administrar e usufruir os bens dos filhos

Na constância do matrimônio e da união estável é direito de ambos os pais

usufruírem e administrarem os bens dos filhos, regra esta que também será observada na ocorrência da guarda compartilhada.

Com relação a este atributo do poder familiar, Santos Neto (1994 apud QUINTAS 2009) aduz que mesmo que a guarda seja do tipo exclusiva, nada impede que o genitor não guardião possa administrar e usufruir dos bens dos filhos que estão sujeitos ao poder familiar.

Desta forma, diante da possibilidade deste atributo no seio da guarda exclusiva, na guarda compartilhada, este direito não pode ser afastado, tendo, por conseguinte que ser desempenhado por ambos os genitores, vez que compartilham os direitos e obrigações decorrentes do poder familiar.

5 CONCLUSÃO

Em virtude das constantes evoluções que a sociedade vem observando, é papel da disciplina jurídica adequar-se a esta nova sistemática. Neste diapasão, as relações parentais são alcançadas pelo referido contexto, requerendo, por conseguinte, a adequação dos institutos a elas correlatos para que não afigure-se aquém da necessidade social.

Nesta perspectiva, o Direito de Família, ramo específico da ciência jurídica, também foi abrangido por mudanças sociais, mormente quando refere-se a institutos que regulamentam a convivência entre pessoas, o que acontece com a autoridade parental. A inovação foi trazida pela inserção da mulher no mercado de trabalho, pela quebra dos papéis materno e paterno prefixados, entre outros fatores.

Como forma de amoldar-se a essa nova sistemática é que surgiu a guarda compartilhada, pois no momento da fixação, homens e mulheres concorrem em igualdade de condições na busca de promover o melhor interesse dos filhos.

Diante disso, inferiu-se que a guarda compartilhada que já vinha sendo aplicada e foi inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 11.698/08, como meio hábil para a atualização das necessidades decorrentes das relações paterno/materno-filiais, vez que promove, em última análise, o melhor interesse das crianças e adolescentes vitimadas pela separação dos pais, bem como o direito que estes possuem de desenvolver-se no seio familiar e comunitário harmônico.

Na ótica dos genitores, a guarda compartilhada assegura a igualdade entre eles, vez que, equipara-os em direitos e obrigações, e enxerga-os em igualdade de condições para desenvolvimento da autoridade parental, o que acarreta o afastamento da noção tradicional de que a guarda deve ser destinada, como regra geral, à mãe.

Desse modo, a guarda como sendo um atributo do poder familiar, deve ser desempenhada pelos pais conjuntamente, na medida em que é uma responsabilidade destinada a ambos os genitores, como forma de amenizar as obrigações, vez que desempenhadas em conjunto.

Pôde-se identificar que quando a sociedade conjugal está na sua constância, o referido poder familiar é desenvolvido normalmente pelos pais, a problemática surge quando há a ruptura do casal, ou quando eles nunca viveram juntos, nestes

casos, começam a surgir contendas para a consecução da guarda.

No bojo desta pesquisa científica constatou-se que, na maioria dos casos, a guarda implementada no caso concreto é a exclusiva, ou unilateral, fundamentada ainda em conceitos e fundamentos ultrapassados e preconceituosos.

Na fixação do modelo unilateral um dos genitores possui a guarda física e jurídica dos filhos, e o outro detém apenas a guarda jurídica, compensada pelo regime de visitação, onde poderá fiscalizar as decisões tomadas pelo guardião.

Ficou evidenciado que o referido regime de visitação é muito criticado pela doutrina, vez que, acaba por findar, gradativamente, os vínculos afetivos entre o genitor não guardião e os filhos, seja pelos obstáculos impostos pelo guardião, seja pela própria distância que se instala entre eles.

Neste contexto, os filhos são colocados no meio das discussões, inflamando ainda mais os prejuízos e traumas que a separação acarreta na vida deles. Portanto, com a separação dos pais, os filhos não deixam de ser filhos, e por essa razão, nenhum dos genitores pode eximir-se de suas responsabilidades, pois o vínculo com a prole não é decorrente do desenvolvimento do matrimônio, ou da união estável, mas sim da parentalidade, pois a separação e o divórcio não devem alterar as atribuições decorrentes do poder familiar.

Diante disso, pôde-se constatar que a guarda exclusiva não mais responde às necessidades sociais, vez que os direitos e obrigações de homens e mulheres deixaram de ser preestabelecidos de forma peremptória, o que faz com que ambos se ajudem e complementem-se no deslinde da obrigação de criar, educar e cuidar dos filhos.

Assim, perquiriu-se que a guarda compartilhada remonta os princípios constitucionais correlatos à matéria, além de proporcionar uma amenização na problemática psicológica que a separação incute nos filhos, através da efetiva participação de ambos os genitores na vida de sua prole, mesmo não morando juntos, o que acarreta benefícios para todos os envolvidos.

Através desta pesquisa foi possível constatar que, mesmo configurando benesses para pais e filhos, a guarda compartilhada ainda encontra certa resistência prática, em virtude do posicionamento de alguns juristas menos informados que não acreditam na efetivação desta modalidade de guarda.

Todavia, também foi inferido que a guarda compartilhada possui capacidade de operacionalização prática por inúmeros fatores, especialmente pela diminuição

dos prejuízos psicológicos decorrentes da atribuição da guarda exclusiva, assim como também pelo fato de muitos dos casos de fixação da guarda exclusiva acabar por converter-se na aplicação da guarda compartilhada de fato.

Diante disso, a presente pesquisa científica foi desenvolvida com a finalidade de promover uma disseminação deste novo modelo de autoridade parental pós ruptura familiar, para que a informação acarrete uma maior aplicabilidade do instituto, como forma de consolidar as determinações constitucionais correlatas a discussão.

Desse modo, foi possível identificar que a guarda compartilhada, como instituto formalmente regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro e que tem por objetivo promover o melhor interesse dos filhos através da continuidade participativa dos pais na criação dos filhos após a ruptura do casal, pode ser aplicada diante dos casos concretos.

Outrossim, foi possível vislumbrar a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada com alternância de residências, desde que preenchidos alguns pressupostos e que o acordo para a sua fixação esteja bem delineado no sentido de instrumentalizar o desenvolvimento desta modalidade de guarda compartilhada.

Através da pesquisa bibliográfica e documental, abalizada no método de abordagem dedutivo e nos métodos de procedimento histórico e hermenêutico-jurídico, foi que esta investigação pôde ser desenvolvida de forma coerente, para aferir as vicissitudes do poder familiar e da guarda, bem como a promoção de um estudo legislativo pertinente à temática.

Igualmente, constatou-se que a implementação da guarda compartilhada necessita de um esforço conjunto do pais, para que relevando questiúnculas provenientes da separação, elevem o interesse dos filhos a um primeiro patamar, relegando sentimentos menos nobres que possam existir no seio da ruptura.

Foram analisados, também, os fundamentos asseguradores da aplicação da guarda compartilhada, como meio de tornar límpida a possibilidade de sua implementação prática.

Diante disso, a pesquisa ora em comento, teve por objetivo responder o questionamento acerca da possibilidade de os pais desempenharem conjuntamente os atributos do poder familiar no arranjo de guarda do tipo compartilhada, na medida em que os genitores não dividem a mesma residência.

Ante o exposto, conclui-se que o poder familiar pode ser desenvolvido por

ambos os genitores, em igualdade de condições, quando o modelo de guarda implementado diante do caso concreto for do tipo compartilhado, ressalte-se que, este exercício conjunto pôde ser identificado não apenas como um possibilidade, mas sim como um dos objetivos da guarda compartilhada em si.

Assim, viu-se que o sucesso da guarda compartilhada está muito ligado à vontade dos pais de promover os interesses dos filhos, uma vez que, estando abertos ao diálogo, possam tomar as decisões relativas aos filhos de forma compartilhada. Portanto, através desta postura, os pais vão participar efetivamente da vida dos filhos, fazendo com que estes sintam-se mais amados ao analisar que, mesmo separados, os seus pais importam-se com eles e participam da sua vida.

Desse modo, identificou-se que o modelo de guarda objeto desta pesquisa científica, tem por finalidade prioritária promover a continuação da convivência entre pais e filhos pós ruptura familiar, afastando, o máximo possível, a incidência aplicativa da guarda unilateral, ou exclusiva, vez que por este modelo o regime de visitação funciona como corolário e faz com que os pais não convivam, apenas visitem-se esporadicamente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Alana Ramos. DANTAS, Jessica Medeiros. PEDROSA, Maria Amelia Mendes. **Admissibilidade do reconhecimento do filho adotivo como prole eventual para fins de substituição fideicomissária.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6509>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. Emenda Constitucional nº 9, promulgada em 28 de junho de 1977. **Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103919/emenda-constitucional-9-77>>. Acesso em: 2 set. 2009.

_____. Lei nº 3.071, promulgada em 1º de janeiro de 1916. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 3 jun. 2009.

_____. Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. Decreto-lei nº 2.848, promulgado em 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 5 jun. 2009.

_____. Lei nº 4.121, promulgada em 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada (Estatuto da Mulher Casada).** Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html>. Acesso em: 1 ago. 2009.

_____. Lei nº 6.515, promulgada em 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 5 jun 2009.

_____. Lei nº 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 3 jun. 2009.

_____. Lei nº 9.528, promulgada em 10 de dezembro de 1997. **Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9528.htm>. Acesso em: 9 jun. 2009.

_____. Lei nº 11.698, promulgada em 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. Decreto nº 4.032, promulgado em 26 de novembro de 2001. **Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4032.htm>. Acesso em: 9 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 686709-PI (2004/0141582-7)** Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 28 de junho de 2006. Publicado no Diário da Justiça do dia 12/03/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+de+menor&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=78>>. Acesso em: 23 set. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70027008705.** Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 8 de julho de 2009. Publicada no Diário da Justiça do dia 17/07/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 set. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70027663533.** Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 9 de julho de 2009. Publicada no Diário da Justiça do dia 15/07/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** vol. 5. 22. ed. São Paulo:

Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de autoridade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda Compartilhada Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2007, 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.unb.br/fd/pos/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=46>. Acesso em: 10/10/2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel. **Guarda compartilhada de crianças é modelo ideal em separação**. In: Consultor Jurídico. Publicado em 24 nov. de 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda_compartilhada_modelo_ideal_separacao>. Acesso em: 13/10/09.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Evandro Luiz. **Direito de Família: as conseqüências psíquicas advindas da ausência do pai ou da mãe na vida dos filhos, a partir do estabelecimento da guarda**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2001, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFam, 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=3&anais>>. Acesso em: 13/10/2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil direito de família**. vol. 6. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.