

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MARIANA TORRES MACIEL

GUARDA COMPARTILHADA: INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO
PLENO DO PODER FAMILIAR

SOUSA
2014

MARIANA TORRES MACIEL

GUARDA COMPARTILHADA: INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO
PLENO DO PODER FAMILIAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Maria dos Remédios Lima Barbosa

SOUSA

2014

MARIANA TORRES MACIEL

GUARDA COMPARTILHADA: INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO
PLENO DO PODER FAMILIAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Maria dos Remédios Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof^a. Maria dos Remédios Lima Barbosa

Professora Orientadora

Examinador interno 1

Examinador interno 2

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.”

[Eclesiastes 8:1](#)

Dedico aos meus pais, Marcel e
Ciêrda, fontes da minha força diária
em lutar pelos meus sonhos.
Aqueles que sempre prezaram por
minha educação.

AGRADECIMENTOS

Grata sou primeiramente a Deus. Aquele que sempre esteve comigo, me guiando e me dando força para chegar onde cheguei. Sem fé Nele nada eu seria, Sua luz e infinita bondade foram meu alimento diário na realização deste grande sonho.

Agradeço a meus amados pais que, sempre prezando pela educação dos filhos e com muito amor, investiram e acreditaram em mim. São minha verdadeira fortaleza, meus referenciais, a quem eu dedico e agradeço tudo o que sou.

Agradeço a minha avó Ivonete, pela atenção e pelo carinho que sempre me dispendeu, por cumprir o verdadeiro papel de segunda mãe.

Aos meus queridos irmãos, Renata e Temístocles, que sempre me apoiaram, me deram força e acreditaram em mim.

Ao meu namorado, amigo e companheiro de todas as horas, André Pimentel, pela paciência, pelo apoio e pelo carinho de sempre. Em muitos momentos foi meu pilar, me deu força e me fez ter coragem de sempre seguir em frente.

A meus queridos tios Ildete Queiroga e Antônio Estrela, pela hospitalidade que me prestaram ao chegar à Cidade de Sousa e por me receberem como uma filha, todo meu carinho e gratidão.

Às minhas amigas e amigo, Brenna Suany, Ingrid Sales e Lucas Macário por termos, durante esses mais de cinco anos, constituído uma verdadeira família, sempre nos apoiando um ao outro e compartilhando dos mais diversos momentos juntos. Vou levar um pedaço de cada um comigo para sempre.

À querida e competente professora Maria dos Remédios por ter me dado a honra de tê-la como orientadora neste trabalho, pela sua presteza e confiança e por ter me feito despertar amor ao direito de família.

Ao corpo docente do curso de Direito da UFCG pelos ensinamentos ministrados.

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro assegura como uma de suas primazias a proteção à criança e ao adolescente, através de previsões na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Além do Estado, devem garantir o melhor direito do menor a sociedade e a comunidade como um todo e, principalmente, a família. Esta, que ao longo da história sofreu evoluções no que diz respeito às relações estabelecidas entre seus membros, evoluiu do patriarcalismo ao poder familiar, transformando-se o autoritarismo do pai em esforço conjunto de marido e mulher no exercício do múnus público dado pelo Estado de juntos e com igualdade de direitos e deveres, cuidarem da prole e administrarem o seu patrimônio. A problemática que se aborda no presente trabalho diz respeito à guarda da prole quando do desfazimento da união matrimonial ou da união dos genitores, tendo o objetivo geral de demonstrar a solução que melhor atende ao interesse do menor, fazendo-se uma análise dos tipos de guarda adotados no direito brasileiro. Utiliza-se para tanto os métodos: histórico-evolutivo, na análise e comparação dos ordenamentos jurídicos anteriores, como repercutem no ordenamento atual e em que evoluíram; o dedutivo de abordagem, fazendo uso da técnica de pesquisa bibliográfica e de exegese-jurídica. Ao final, conclui-se que o poder familiar exercido em conjunto pelos genitores do menor no seio da entidade familiar, dever perpetuar-se quando estes se encontrem separados. A guarda compartilhada é a espécie de guarda que estabelece a mesma igualdade de direitos e deveres com relação ao cuidado da prole e de seu patrimônio que é estabelecido no poder familiar e, por isso, é a elencada pelo Código Civil como preferencial à guarda unilateral. Além disso, aos poucos vem se tornando tendência nas varas de família brasileiras sua aplicação, tendo em vista que, na maioria dos casos concretos é a solução mais benéfica à prole.

Palavras-chave: Família. Poder familiar. Guarda compartilhada.

RESUMEN

El ordenamiento jurídico brasileño asegura como una de sus primacías la protección al niño y al adolescente, a través de previsiones en la Constitución Federal, en el Código Civil y en el Estatuto del Niño y del Adolescente. Además del Estado, deben garantizar el mejor derecho del menor la sociedad y la comunidad como uno todo y, principalmente, la familia. Esta, que al largo de la historia sufrió evoluciones en lo que concierne a las relaciones establecidas entre sus miembros, evolucionó del patriarcalismo al poder familiar, transformándose el autoritarismo del padre en esfuerzo conjunto de marido y mujer en el ejercicio del múnus público dato por el Estado de juntos y con igualdad de derechos y deberes, cuidaren de la prole y administren su patrimonio. La problemática que se aborda en el presente trabajo dice respecto a la guardia de la prole cuando del desfazimento de la unión matrimonial o de la unión de los genitores, teniendo el objetivo general de demostrar la solución que mejor atiende al interés del menor, haciéndose un análisis de los tipos de guardia adoptados en el derecho brasileño. Se utiliza para tanto los métodos: histórico-evolutivo, en el análisis y comparación de los ordenamientos jurídicos anteriores, como repercuten en el ordenamiento actual y en que evolucionaron; el deductivo de abordaje, haciendo uso de la técnica de investigación bibliográfica y de exegese-jurídica. Al final, se concluye que el poder familiar ejercido en conjunto por los genitores del menor en el seno de la entidad familiar, deber perpetuarse cuando estos se encuentren separados. La guardia compartida es la especie de guardia que establece la misma igualdad de derechos y deberes con relación al cuidado de la prole y de su patrimonio que es establecido en el poder familiar y, por eso, es la elencada por el Código Civil como preferencial a la guardia unilateral. Además de eso, a los pocos viene haciéndose tendencia en las varas de familia brasileñas su aplicación, con miras a que, en la mayoría de los casos concretos es la solución más benéfica a la prole.

Palabras clave: Familia. Poder familiar. Guardia compartida.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 12 |
| 2.1 CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 12 |
| 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 15 |
| 2.3 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 19 |
| 2.4 A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... | 22 |
| 3 A FIGURA JURÍDICA DO PODER FAMILIAR..... | 26 |
| 3.1 DO PATER FAMÍLIA AO PODER FAMILIAR: BREVE HISTÓRICO..... | 26 |
| 3.2 DO PODER FAMILIAR: CONCEITO, FINALIDADE E ABRANGÊNCIA..... | 30 |
| 3.3 AS CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR..... | 33 |
| 3.4 O NÃO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR A AS SANÇÕES PENAIS..... | 35 |
| 3.5 DA SUSPENSÃO E DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR..... | 36 |
| 3.5.1 Da Suspensão do Poder Familiar..... | 36 |
| 3.5.2 Da Extinção do Poder de Família..... | 38 |
| 4 GUARDA COMPARTILHADA: INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO PLENO DO PODER FAMILIAR..... | 41 |
| 4.1 CONCEITO DO INSTITUTO DA GUARDA E SUAS DIFERENCIAÇÕES FRENTE À TUTELA E À CURATELA..... | 41 |
| 4.2 ESPÉCIES DE GUARDA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO | 44 |
| 4.3 A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL FRENTE AO TEMA DA GUARDA..... | 47 |
| 4.4 A IMPORTÂNCIA DO COMPARTILHAMENTO DA GUARDA NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR..... | 50 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 53 |
| REFERÊNCIAS..... | 55 |

1 INTRODUÇÃO

O direito de família é o ramo do direito civil que tem por objeto as relações familiares. Para tanto é necessário se entender o que é família, conceito este que sofreu variações ao longo do tempo até chegar a sua concepção atual.

A conceituação legal de família remonta da Roma Antiga. Nesta, todo o seio familiar era submetido ao poder soberano do *pater familias*, que tinha uma posição hierárquica superior a todos os outros membros da família e sobre eles tinha autoridade e poder de decisão até o dia de sua morte.

O Código Civil de 1916 refletiu a soberania do pai na família e instituiu em seu texto um sistema patriarcal. Na vontade do pai se concentravam as decisões e o planejamento da família, sem nenhuma participação ativa da esposa. Este quadro mudou com a Constituição Federal de 1988, que declarou a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, e o melhor interesse do filho menor como norte das relações familiares. O patriarcalismo e o papel secundário da mulher no âmbito familiar deram lugar ao chamado poder familiar, verdadeiro *múnus público* imposto pelo Estado aos genitores de, em igualdade de direitos e deveres, zelarem pelo melhor interesse de sua prole e da entidade familiar.

Assim, de acordo com a legislação vigente, pai e mãe devem desenvolver igualmente as relações familiares, incluído nestas a igualdade de direitos e deveres nos cuidados para com a pessoa do filho e de seu patrimônio, sem que um iniba o direito do outro. Garantiu assim o ordenamento jurídico atual uma maior justiça nas relações familiares, onde ambos os genitores participam das decisões da vida do menor.

A problemática objeto do presente trabalho se dá a partir do momento em que não há mais união matrimonial ou os genitores não convivem mais juntos. Qual seria a forma mais eficaz de garantir ao menor o seu melhor direito? Qual o modelo de guarda preservaria mais o poder familiar, garantindo a ambos os pais a igualdade de direitos e deveres sobre seu filho?

Preende-se demonstrar ao longo deste trabalho a importância da guarda compartilhada, tanto para o menor, como para os genitores. Instituída no Código Civil de 2002 pela Lei nº. 11.698/2008, garante a guarda compartilhada a ambos os

pais iguais direitos e deveres sobre o menor e seu patrimônio, sendo um verdadeiro reflexo do poder familiar. Assim, por não garantir a guarda a apenas um dos genitores e sim aos dois, esse sistema faz com que os laços afetivos do filho se mantenham em relação a ambos pais e o filho não se afaste de qualquer um deles.

Pretende-se demonstrar o estudo e as vantagens da guarda compartilhada em três capítulos. O primeiro traz uma análise geral do direito de família, com um estudo da evolução histórica desse ramo do direito, dos princípios que o regem e a abordagem moderna da família, no âmbito da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

O segundo capítulo fará um apanhado do instituto do poder familiar, abordando como se deu a evolução da *pater potestas* romana, até o patriarcalismo do Código Civil de 1916 e finalmente a conquista do poder familiar. Será definido seu conceito e características, e demonstrada sua finalidade e abrangência. Além disso, demonstrará que o não exercício do poder familiar importa em sanções civis e até mesmo penais, podendo ser judicialmente extinto ou suspenso, além das sanções penais cabíveis.

Por fim, o capítulo terceiro tratará da guarda compartilhada como aquela instrumento essencial ao exercício pleno do poder familiar. Neste capítulo será abordado o instituto da guarda e suas diferenças da tutela e da curatela, as espécies de guarda à luz do direito brasileiro, a posição jurisprudencial frente ao tema da guarda e, ao final, a conclusão pela guarda compartilhada com aquela mais eficaz ao exercício do poder familiar.

Buscar-se-á assim, fazer um estudo detalhado do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne ao instituto da guarda de modo a demonstrar aquela que no caso concreto traz melhores condições prioritariamente ao menor e também aos pais. Tratar-se-á de demonstrar que a guarda compartilhada garante igualdade de direitos e deveres entre os genitores de criar e educar o filho, mantendo ambos com este relação contínua, evitando os traumas às crianças ocasionados pela separação dos pais e pelo afastamento do convívio de um deles.

Para isso utilizar-se-á os método histórico-evolutivo, na análise e comparação dos ordenamentos jurídicos anteriores, como repercutem no ordenamento atual e em que evoluíram. Também o dedutivo de abordagem, fazendo uso da técnica de pesquisa bibliográfica e de exegese-jurídica.

2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O complexo de normas formado pelo direito de família atinge toda e qualquer pessoa. A importância do instituto se dá, pelo fato de estar atrelado à própria vida, pois todo aquele que nasce pertence à uma genealogia, ligada por laços sanguíneos que criam relações para o direito de cunho patrimonial e pessoal.

No entanto, não são apenas os laços sanguíneos que determinam o que é família e constitui objeto do direito de família. Já é sabido que o cônjuge também constitui família, no entanto, também a constituirá a família do outro cônjuge. À luz da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, o filho adotado é família, é filho sem qualquer distinção dos naturais.

A família é formada então pelo conjunto de relações conjugais, de parentesco e de afinidade. De acordo com as lições de Gonçalves (2012, p. 18) as relações conjugais são aquelas existentes entre os cônjuges; as relações de parentesco são as que reúnem os seus integrantes em torno de um tronco comum descendendo uns dos outros ou não; e as relações de afinidade, é a estabelecida entre um cônjuge e os parentes do outro.

É, ainda, regulado pelo direito de família os institutos da tutela e curatela. Estes são constituídos de aspecto assistencial, visto que são tidos os tutores e curadores como verdadeiros substitutos da família de origem, cuidando da pessoa de seus tutelados e curatelados e também de seu patrimônio.

2.1 Conteúdo do Direito de Família

Sabendo então, que o direito de família é regido por relações pessoais, patrimoniais e assistenciais, é importante traçar quais são essas relações, visto que formam o conteúdo do instituto.

Partindo do direito de família em si, vale ressaltar antes de tudo o caráter personalíssimo que apresenta. Assim, seu exercício não poderá transmitido a

outrem, muito menos renunciado ou posto à condição ou à termo. Toda e qualquer convenção cujo objeto tenha direito de família são tidas como nulas.

Das relações pessoais o direito de família regula o casamento, desde as formalidades necessárias para seu acontecimento, até a sua dissolução. Assim, todas as relações oriundas do matrimônio são regidas pelo direito de família.

As relações extraconjugais muito foram discriminadas pelas outras legislações, por seu caráter antiético e por ser também considerado afronta à entidade familiar. Segundo Diniz (2010, p. 5):

O diploma legal de 1916 uma única vez fez referência ao concubinato no art. 363, I, quando permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção a mãe estava concubinada com o suposto pai.

O Código Civil de 2002 embora não confira ao concubinato a qualidade de entidade familiar, que é atribuída a união estável, garante a esta os direitos reais que da relação surgirem. O concubinato é considerado juridicamente uma sociedade de fato e, portanto, não se aplicam a esta as regras do direito de família.

A união estável, que também não era regulada pelo Código Civil anterior, é regulada pelo Código Civil de 2002. Assim, as relações caracterizadas como duradouras e contínuas, de conhecimento público e constituídas como o objetivo de formar família, tem seus direitos e deveres regulamentados pelo direito de família.

Outro objeto do direito de família são as relações entre pais e filhos. Estas abarcam a filiação, a adoção, o poder familiar e os alimentos. A Constituição Federal de 1988 trouxe significantes alterações nessas relações ao repudiar qualquer tipo de discriminação entre os filhos, sejam eles adotados, de sangue, ou oriundos ou não do matrimônio.

O poder familiar constitui o conjunto de direito e deveres pessoais e patrimoniais dos pais para com os filhos. Trata-se de um verdadeiro múnus público dos pais, de interesse do Estado, na proteção do menor e da própria instituição familiar.

Leva-se em conta no poder familiar, a igualdade de condições entre marido e mulher/pai e mãe, que deverão concomitantemente desenvolver as tarefas de cuidado para com a sua prole, se contrapondo ao patriarcalismo do Código Civil de

1916, onde todos os direitos estavam concentrados na mão do pai, considerado chefe da família.

Os alimentos constituem um verdadeiro dever de assistência à satisfação das necessidades mínimas à vida àqueles que não as podem prover. São objetos do direito de família aqueles devidos à parentes (em linha reta e na colateral aos irmãos), cônjuges e companheiros.

O direito de família rege ainda, as relações patrimoniais no âmbito familiar. Antes de tudo, vale ressaltar que estas relações não tem o caráter de direito obrigacional. O que ocorre é que apresentam indiretamente um conteúdo econômico.

Assim, ao regular o regime de bens do casamento, o usufruto dos bens dos filhos pelos pais ou o bem de família, por exemplo, o direito de família está exercendo, nos dizeres de Gonçalves (2012, p. 18), sua finalidade ética e social, não pecuniária propriamente dita.

Há também os chamados aspectos assistenciais do direito de família, representados pelos institutos da tutela e da curatela. Os pais exercem o poder familiar, que constitui múnus público a ele inerentes. Quando este poder se extingue, com a morte de ambos, por exemplo, ou quando há a perda pelas hipóteses previstas no Código Civil, é nomeado ao menor um tutor.

A nomeação do tutor poderá se dar judicialmente ou via testamentária. Esta última é ato do próprio genitor, na ocasião do outro ser falecido ou, se sobrevivente, não puder exercer o poder familiar. Nos dois casos o tutor toma para si todos os direitos e deveres quanto aos tutelados que antes cabia aos pais.

A curatela difere da tutela pelo fato de não se destinar apenas aos cuidados de menores de idade. Estão sujeitos ao instituto da curatela aqueles elencados no art. 1.767 do Código Civil, quais sejam: os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; os que por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; os deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxico, os excepcionais sem completo desenvolvimento mental e os pródigos.

Assim, o instituto da curatela, como o da tutela, são institutos que delegam a uma pessoa os cuidados a outra, a quem deverá cuidar inclusive de seu patrimônio,

visto que estas não têm capacidades de fazê-lo só, seja por deficiência mental, seja porque ainda não atingiu a maioridade civil.

No caso da tutela, os tutores ocupam o lugar dos pais, exercendo em seus lugares os mesmos deveres e direitos que estes antes exerciam no poder familiar. Na curatela, os curadores exercem o papel dos próprios curatelados, cuja vontade deverá ser expressa por aquele.

2.2 Evolução Histórica do Direito de Família

As relações familiares e seus regramentos sofreram largas evoluções ao longo história, visto se originarem juntamente com a própria existência humana, nas mais eruditas épocas. O direito de família começou a ganhar maiores relevâncias na Lei das XII Tábuas do Direito Romano, direito este que influenciou os mais diversos sistemas jurídicos repercutindo seus reflexos até os dias atuais.

A família romana era fundada no ideal autoritário do *pater familia*. Nas palavras de Fiuzza (2010, p. 961) o pater era senhor absoluto de sua família. O pai era assim, considerado chefe da unidade familiar e todos que faziam parte dela estavam a ele subordinados. O fato dos filhos se casarem não os emancipavam nem os dava o direito de formar nova e independente família, estes e suas novas famílias (esposas e filhos) estariam sob o mando do *pater*, até que este viesse a falecer.

O casamento romano poderia ser contraído *cum manu* ou *sine manu*, onde a diferença residia no fato da mulher permanecer submetida ao seu *pater* ou não após o casamento. No casamento *cum manu* a mulher passava à submissão do poder do marido ou, caso este não tivesse independência (*sui juris*), ao seu *pater*, desvinculando-se assim de sua família de origem. No casamento *sine manu* a mulher continuava no poder de seu *pater familia*.

O concubinato, nas lições de Cretella Júnior (2009, p.88), passou por evolução no próprio império Romano. Segundo o autor, no Alto Império Romano o instituto não gerava nenhuma consequência jurídica. Já no Baixo Império assemelha-se ao atual instituto da união estável do ordenamento jurídico brasileiro atual. Nele não era permitido que houvesse a concomitância entre o casamento e o

concubinato. Tinha assim, o homem concubino para com a sua concubina o dever de fidelidade.

No entanto, na relação de concubinato, em relação aos filhos havidos da relação houve certo retrocesso do Alto para o Baixo Império. Antes, no Alto Império, os filhos havidos do concubinato poderiam ser adotados pelo pai, caso este viesse a constituir justas núpcias. No concubinato do Baixo Império, os filhos havidos da relação de concubinato eram equiparados a indignos, não podendo ser adotados pelo pai.

Com o passar do tempo, foi o imperador Justiniano quem concedeu o direito à herança do pai, na ausência dos filhos tidos como legítimos, aos filhos advindos da relação de concubinato. O instituto dos alimentos surge na mesma ocasião e eram concedidos apenas aos filhos naturais.

A relação dos pais para com os filhos no direito romano era de autoridade, exercendo o pai a sua *patria potestas*, em regra, até que viesse a falecer. O filho assim mantinha para com o pai uma relação eterna de dependência até que este, por sua vontade o emancipasse. Sobre a dependência do filho em relação ao pai, menciona Cretella Júnior (2009, p. 90):

Para compreender a família romana é indispensável clara noção das expressões "sui juris" e "alieni juris", pois quanto ao "status familiae" as pessoas se dividem em independentes (*sui juris*) e dependentes (*alieni juris*), em relação ao *pater*.

Possuía, assim, o filho o status de "*alieni juris*", isto é, dependência para com o *pater*. Somente o *pater* poderia emancipá-lo e torná-lo "*sui juris*", independente. No entanto, a emancipação excluía o filho da família e anulava inclusive seus direitos sucessórios.

No baixo império, no entanto, a emancipação ganhou novas características, deixando de ser uma desvantagem para o filho. Mais especificamente no império de Justiniano a emancipação se dá com a apresentação de pai e filho em juízo onde aquele com o consentimento desde, o emancipa. Demonstra-se a evolução do instituto quanto ao requisito do consentimento do filho, o que antes não existia e valeria para o ato apenas a vontade do *pater*.

Além do consentimento, na emancipação do Baixo Império Romano os filhos tem o direito à sucessão da parte que lhe cabe da herança do *pater*. Nessa época os

laços sanguíneos entre os familiares passam a prevalecem ao parentesco civil proveniente da lei, como era no Alto império.

Quanto aos institutos da tutela e da curatela no direito romano, ambos são assistenciais quanto à pessoa do incapaz, representando-os legalmente. O que os difere da época do direito romano para o Código Civil atual é a definição do que é incapacidade.

Como fruto de uma sociedade patriarcal, as mulheres no direito romano eram consideradas incapazes, independentemente da idade, isto é, perpetuamente. Também eram incapazes os impúberes, aqueles considerados incapazes em razão da idade. Além destes, os chamados *furiosi* e os *prodigi*, eram aqueles considerados incapazes pelo estado de deficiência mental que apresentavam.

Aqueles que eram independentes do *pater familia*, isto é, os "*sui juris*", eram os que estavam sujeitos ao instituto da tutela e curatela. Os "*alieni juris*", os dependentes do *pater familia*, estavam sob a *patria postestas* e não se sujeitavam à tutela e curatela. Assim, os "*sui juris*" sujeitos à tutela eram os impúberes e as mulheres. Os "*sui juris*" sujeitos à curatela eram os loucos, os pródigos e os menores de 25 (vinte e cinco) anos.

Os institutos do direito romano em muito influenciara o direito privado no mundo ocidental, sendo o Brasil um dos países a refleti-lo em suas legislações. A começar pelo Código Civil de 1916, este adotou o patriarcalismo, ao ostentar a figura do pai no seio familiar, assim como acontecia na família romana. Os filhos e esposas eram submissos ao pai, tido com chefe da família.

A mulher na Brasil também era inferior ao homem, não existindo entre ambos igualdade de direitos. Segundo Monteiro (2010, p. 26) “[...] o homem era o chefe da sociedade conjugal, tinha o dever de manter a família, a mulher figurava como mera colaboradora do marido nos encargos da família e tinha, por exemplo, direito a bens reservados.” Prevalencia assim no ordenamento jurídico brasileiro, normas discriminatórias no tratamento à mulher.

Outros institutos, como o da tutela e da curatela também foram recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro. O concubinato, assim como no alto império, era uma relação que não gerava direitos. Assim, o Código de 1916 apenas garantia direitos ao filho dos concubinos, direito este de, provando que o pai

e a mãe mantinham relações ao tempo de sua concepção, ter reconhecida a paternidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 mudanças significativas ocorreram no ordenamento jurídico pátrio. Esta foi fruto do sentimento político humanitário que permeava todo o mundo após a Segunda Guerra Mundial. Os Direitos Humanos nortearam o conteúdo da Constituição brasileira, apelidada de "Constituição Cidadã", e garantia em seus dispositivos dentre vários princípios o da igualdade entre os povos.

Em meio à igualdade entre homem e mulher prevista na Magna Carta brasileira no Capítulo concernente aos Direitos e garantias fundamentais, o direito civil evoluiu do patriarcalismo ao poder familiar. O âmbito familiar deixou de ser regido e comandado pela figura do homem, que agora dividia esforços, em pé de igualdade, com sua esposa. A mulher deixou de ser considerada inferior e passou a ter os mesmos direitos que o homem, assim como mesmos deveres.

O Código Civil de 2002 incorporou ainda mais a essência da Constituição de 1988 trazendo ainda mais à tona o princípio da igualdade na normatização das relações por ele regidas. Trouxe em seu bojo uma série de direitos antes não previstos no Código de 1916, como os direitos da concubina e o instituto da união estável, ao conferir direitos àquelas uniões de fato, públicas, contínuas e duradouras, que obtinham o objetivo de constituir família.

Fora o instituto da união estável verdadeira evolução à figura do concubinato do baixo império romano onde, segundo Cretella Júnior (2009, p. 88), “[...] o concubino deveria fidelidade à concubina, vivendo nos moldes de um verdadeiro casamento nas vias de fato.” Isto, demonstra o reflexo das normas romanas em nosso direito, permeando até os dias atuais.

Além disso, o tratamento discriminatório entre os filhos, trazido no Código Civil de 1916, quando da classificação destes em legítimos, ou ilegítimos, naturais ou adotivos, fora superado pelo princípio da igualdade que norteou a Constituição de 1988. O Código Civil de 2002 determinou que houvesse igualdade jurídica entre todos os filhos, não havendo entre eles qualquer distinção de tratamento ou de direitos.

2.3 Princípios Regentes do Direito de Família

Em meio às alterações sofridas no âmbito familiar, advindas pelos novos valores introduzidos pela Constituição Cidadã de 1988 e pela evolução social ocasionada em meados do século XX, como é o caso da consolidação da figura da mulher no mercado de trabalho, o direito de família passou a ser regido por princípios que visam garantir a harmonia da entidade familiar e os direitos inerentes a cada um de seus membros, nas suas mais diversas relações.

O *princípio do respeito à dignidade da pessoa humana* é, em verdade, norte de todo o ordenamento jurídico brasileiro e constitui fundamento da República Federativa do Brasil, estando inserido como tal no art. 1º, III, da Constituição de 1988. Como não poderia deixar de ser, norteia também as relações do direito de família, trazendo justiça nas relações entre os membros da entidade familiar, de modo que cada um seja contemplado com seus direitos à luz do princípio da igualdade.

O princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana é considerado por Tartuce (2011) como *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*, visto que todos os demais princípios do direito de família o refletem, como a igualdade entre homem e mulher, a proteção aos filhos menores e a igualdade jurídica entre os filhos. São estes verdadeiros retratos da democracia familiar, fruto da evolução da instituição família, que não mais concentra direitos e deveres nas mãos do pai, ou estabelece diferença entre filhos legítimos ou ilegítimos.

O *princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros* reflete a igualdade constitucional de direitos e obrigações prevista para homens e mulheres nos arts. 5º, I, e 226, §5º da CRFB/88¹. Assim, o patriarcalismo e as diferenças entre gêneros, como a submissão da mulher ao marido e a restrição de direitos

¹ 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;
Art. 226. [Omissis]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

patrimoniais desta, antes previsto no Código Civil de 1916, não mais prevalecem no vigente Código Civil de 2002.

O objetivo na legislação civil está em estabelecer a relação de isonomia no âmbito familiar. Esta isonomia reflete no novo instituto do poder familiar que, tomando o lugar do patriarcalismo de outrora, estabelece igualdade de direitos e deveres de ambos os cônjuges no cuidados da pessoa do filho e de seu patrimônio. Além disso, a mulher passa a participar também do dever de prover a manutenção do lar junto ao marido, exercendo-o cada um dentro de suas possibilidades. O poder de decisão passa a ser tomado em conjunto entre os cônjuges e não parte mais unilateralmente do marido, não podendo igualmente um dos cônjuges cercear o direito do outro, que estão agora em igualdade de condições.

Além da igualdade entre os cônjuges, nosso ordenamento jurídico também aplica ao direito de família o *princípio da igualdade jurídica de todos os filhos*. A Constituição Federal de 1988 prevê tal princípio em seu art. 227, §6º:

Art. 227 [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Tanto a Constituição Federal de 1988, como o Código Civil de 2002 prezam pela isonomia também da prole. Assim, ambos proíbem qualquer distinção com relação ao fato do filho ser adotivo ou de sangue, havidos fora do casamento ou fruto de união matrimonial. Todos os filhos estão sujeitos aos mesmos direitos, não admitindo-se, inclusive, qualquer referência discriminatória quanto à filiação no assento de nascimento.

O *princípio do pluralismo familiar* está previsto na Constituição Federal no art. 226, §§ 3º e 4º² e reconhece como entidades familiares não só as advindas do casamento, mas também os institutos da união estável e família monoparental, que estão sujeitos aos mesmos direitos e deveres impostos ao casamento. Esta como sendo a formada por um dos pais e sua prole, aquela como sendo a união pública, duradoura, contínua e com objetivo de constituir família.

²Art. 226 [Omissis]

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O *princípio da liberdade* encontra previsão no art. 226, §7º da Constituição Federal ao mencionar que "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (...) vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas". Em harmonia com o dispositivo Constitucional o Código Civil no art. 1.513 também prevê ser defeso tal espécie de interferência na comunhão de vida instituída pela família.

O ordenamento jurídico pátrio garante o direito do cidadão constituir família, seja ela através do casamento, da união estável ou até monoparental, e de planejá-la sem que haja qualquer espécie de intervenção de pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado. Este princípio é mais um reflexo da dignidade da pessoa humana, que visa preservar a intimidade da família e sua integridade moral.

O planejamento familiar é fundado no princípio da paternidade responsável, este cabe, em igualdade de direitos, aos cônjuges ou companheiros. Além disso, está em harmonia com o princípio Constitucional da autonomia privada, que reveste o direito de família autorizando cada seio familiar à conduzir suas relações da forma que entender mais eficaz à harmonia do lar. Claro que terá de haver observância aos princípios e regras do direito de família para que tal princípio se legitime, além disso, segundo previsão constitucional, cabe a participação do Estado quando se tratar de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, §7º).

O *princípio do superior interesse da criança e do adolescente* é grande corolário do direito de família, sendo de grande importância na definição do sistema de guarda do menor, no caso de separação de seus genitores, solucionando a questão de modo que menos o prejudique. Isto se dá porque, nas palavras de Dias (2010, p. 69) "a maior vulnerabilidade dos menores de 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial".

Este foi o grande norte da Lei nº. 11.698/08 que determinou como regra a preferência da guarda compartilhada à guarda unilateral do filho no caso de separação de seus genitores. A guarda compartilhada além de garantir semelhança de direitos e deveres, que serão exercidos de forma conjunta pelos pais, proporciona ao menor a convivência com ambos os genitores.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem previsão Constitucional, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em

dispositivos que preveem a estes a proteção do Estado e sua assistência para o fomento da educacional e científico, assegurando-os o direito ainda à saúde, à vida, à alimentação, à profissionalização, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, com absoluta prioridade, constituindo dever da família e também da sociedade (além do Estado).

É inclusive, em nome do melhor interesse da criança e do adolescente que outros princípios do direito de família poderão ser mitigados. O poder familiar dos pais poderá ser suspenso ou extinto sobre a criança/adolescente e/ou sobre seus bens, se não estiverem cumprindo com seu *múnus público* de forma correta. Do mesmo jeito, o princípio da liberdade, no qual os cônjuges ou companheiros têm o direito de conduzir a família da melhor forma que os convém, poderá sofrer intervenções estatais em caráter excepcional, caso as medidas adotadas venham a prejudicar os filhos menores.

O *princípio da afeição* diz respeito a comunhão plena de vida fundada no afeto, fruto de um sistema, como é o brasileiro, norteado pelo princípio da dignidade humana, que tornou a entidade familiar um seio mais humanitário. A afeição como traço cada vez mais marcante da entidade família faz com que o instituto ganhe novas dimensões. Segundo Diniz (2010, p. 24):

Lévy-Bruhl chegar até a dizer que o traço dominante da evolução da família é a sua tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua, que estabelece plena comunhão de vida.

Foi pela afeição mútua que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu e acabou por aceitar aquelas relações que não advêm do matrimônio como a família monoparental e a união estável, por isso também, que o Supremo Tribunal Federal já vem se inclinando em reinterpretar a Constituição Federal de modo a aceitar a união estável não mais apenas entre homem e mulher, mas também entre casais homoafetivos.

2.4 A Família sob a Ótica da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro. Além de ser a Constituição brasileira que mais versou sobre o direito privado, trouxe em seu texto a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em seu art. 1º, III.

Apelidada de Constituição Cidadã, por reafirmar direitos do homem antes restringidos pela ditadura militar, a Constituição de 1988 provocou grande repercussão nas relações familiares. Os novos valores nela estampados fizeram com que novos sentidos fossem dados aos institutos, tornando as relações familiares mais justas, em harmonia com o texto da nova Constituição brasileira.

O grande princípio inovador garantido na Magna Carta foi a igualdade entre gêneros. O art. 5º, I, da Constituição proíbe qualquer distinção de direitos e obrigações entre homem e mulher, garantindo a isonomia entre estes. Assim, a submissão e a restrição de direito antes enfrentados pela mulher passaram a não mais existir a partir de 1988.

O princípio da isonomia entre os povos repercutiu no novo retrato da família brasileira que, antes patriarcalista, passou a dividir os direitos e deveres para com o seio familiar em igualdade de condições para marido e esposa. O patriarcado, que antes concentrava nas mãos do pai, o planejamento familiar e o dever de prover a família, deu lugar a uma conjunção de esforços, exercidos igualmente entre os cônjuges, previsto no art. 226, §5º da Magna Carta.

O princípio Constitucional da isonomia garantiu a igualdade entre homem e mulher ainda quanto ao cuidado para com a pessoa e para com o patrimônio do filho que, devido ao sistema patriarcalista de outrora era dever apenas do pai. O poder familiar passou a ser *munus* público de exercício obrigatório para ambos os pais em defesa do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda quanto ao princípio da isonomia este trouxe igualdade de tratamento aos filhos. Os filhos eram no Código de 1916 classificados em legítimo ou ilegítimo, naturais ou adotados. Os legítimos advinham da relação do casamento, os ilegítimos eram os filhos que nasciam de um relacionamento que não foi fruto do matrimônio. Os filhos naturais eram os filhos de sangue, contrário ao filho adotado.

Com a Constituição Federal, fora extinto qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, estes, fossem legítimos ou não, naturais ou não, tinham os

mesmos direitos e obrigações, sendo proibido qualquer referência discriminatória quanto à filiação no assento de nascimento.

A constituição também reconheceu como família a união estável e a família monoparental. A ambas concedeu os mesmo direitos advindos da relação regida pelo casamento, constituindo assim inovação com relação às demais Constituições brasileiras por reconhecer como legal e dar a proteção do Estado a outros modelos de entidade familiar.

O Código Civil de 2002 teve todo o seu texto regido à luz da Constituição de 1988. Embora a tramitação do seu projeto tenha iniciado antes da referida Constituição, teve introduzido às suas normas através de emendas todos os princípios que reformularam as relações familiares trazidas pela inovadora Magna Carta.

A igualdade entre homem e mulher determinada na Constituição fora reproduzidos nas normas do Código Civil referentes ao direito de família. O reflexo se deu, assim como na Constituição, na titularidade do poder familiar e de gerir o seio familiar, estabelecendo direitos iguais para ambos os cônjuges.

O art. 1.631³ estabeleceu como competente para exercer o poder familiar os pais e, apenas na falta de um deles, o outro com exclusividade. Estabelece ainda a legislação civil a igualdade de deveres e direitos entre os cônjuges não podendo um reprimir o direito do outro de modo que, havendo divergência, poderá qualquer dos dois recorrer ao judiciário.

A chefia conjunta do seio familiar, assim como a igualdade jurídica dos filhos também foi recepcionada no Código Civil de 2002 como reflexo do princípio da isonomia. Além disso, o princípio também foi adotado com relação à guarda dos filhos no caso de dissolução da união conjugal. Agora a lei não demonstra a preferência por um cônjuge ou por outro, mas sim pelo interesse do menor. Prevalecendo, no entanto, sempre que possível o instituto da guarda compartilhada, proporcionando a igualdade de direitos e deveres para com os filhos como perpetuação do poder familiar como previsto no art. 1.584, §1^{o4}, do Código Civil.

³ 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 o 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.

⁴ Art. 1.584 [omissis]

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

A união estável e a família monoparental também foram admitidos como entidade familiar, embora esta última ainda careça de maior regulamentação. A união estável, no entanto, teve sua regulamentação no Título III, prevendo seu art. 1.723 que:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Assim, tem prevalecido em nosso ordenamento a dignidade da pessoa humana, tão almejada pela Magna Carta de 1988 no que concerne às relações familiares. Tanto é que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 o Supremo Tribunal Federal deu nova interpretação ao dispositivo do art. 226. §3º, da Constituição Federal, assim como do art. 1.723 do Código Civil, e reconheceu a união estável não apenas entre homens e mulheres, mas também a homoafetiva, como expressão da autonomia da vontade e repressão ao preconceito.

A decisão do Supremo Tribunal Federal demonstra que o vínculo afetivo vem prevalecendo como principal elemento da entidade familiar em detrimento ao formalismo antes imposto pela Lei, que só a considerava como tal as relações fruto do casamento. Além disso, vem ultrapassando as barreiras impostas pela discriminação de gêneros, garantindo a todos o direito de constituir família.

3 A FIGURA JURÍDICA DO PODER FAMILIAR

As relações familiares consistem no grande objeto do Direito de Família, importante instituto do Direito Civil. A família sempre foi alvo de preocupação dos legisladores, desde os tempos mais remotos, por consistir na base da sociedade.

No entanto, a administração do seio familiar, assim como dos bens de seus membros não tinham as características que apresentam no atual ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 previa um ambiente familiar patriarcal, que consistia na concentração de todos os poderes familiares nas mãos do pai, considerado o chefe da família. A mulher tinha um papel marginalizado e, juntamente com os filhos, uma relação de dependência perante o marido.

A concepção patriarcal é reflexo do direito romano, que inspirou grande parte das legislações ocidentais no que diz respeito ao direito privado, instituindo assim, uma família baseada nos poderes do *pater família*, hierarquicamente superior aos demais membros familiares, constituindo uma verdadeira relação autoritária.

O Código Civil de 2002, juntamente com o advento da Constituição Federal de 1988, movidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo sentimento de igualdade que deveria permear entre os povos, fez com que o patriarcalismo desse lugar ao poder familiar, instituindo um ambiente familiar mais justo, regido por ambos os cônjuges que passaram a ter direitos e deveres iguais para reger as relações familiares.

3.1 Do *Pater Família* ao Poder Familiar: Breve Histórico

O Direito Romano constitui o berço do direito privado. Como não poderia deixar de ser, trouxe em seu bojo o instituto da Família com características que influenciaram legislações até os tempos mais atuais, como por exemplo, no Brasil, mais precisamente até o Código de Direito Civil Brasileiro de 1916.

O conceito de família para o Direito Romano era bastante amplo e poderia consistir nos mais diversos sentidos, no entanto, todos eles giravam em torno do poder de um chefe: o *pater família*.

O pai era considerado autoridade no âmbito familiar e todos os demais familiares teriam que se submeter às suas vontades e decisões. Este reunia as qualidades de sacerdote, de dirigente e de magistrado, que juntos formavam os seu denominado *domus*.

Diante do poderio em torno do *pater família*, o conceito de família na sociedade romana poderia consistir em dois aspectos: o conjunto de pessoas submissas ao poder do *pater* ou o patrimônio deste.

O conjunto de pessoas submetidas ao *pater* abarcava a esposa que contraía matrimônio com *manu*, isto é, que com o matrimônio ficava submetida ao poder do marido e não mais de seu *pater*; os chamados *filiusfamilia*, isto é, filhos da *pater* ou os adotados; a família do *filiusfamilias*, que consistia nos filhos deste e na esposa com quem contraísse casamento com *manu*; os escravos e as pessoas "*in mancípio*".

Quanto ao poder do *pater família* para com os filhos, nas palavras de Monteiro (2010, p. 497) "[...] o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho". Este autoritarismo, inclusive, dava poder ao *pater* de rejeitar os recém-nascidos e abandoná-los. Há ainda, os que defendem que o *pater* teria o poder de matá-los (no caso de alguma anomalia física, por exemplo) ou transferi-lo a outrem, ou ainda entregá-lo como indenização.

O patrimônio da família pertencia ao *pater*. Assim, tudo que fosse adquirido seria propriedade deste, semelhante ao que era feito com os escravos, com exceção das dívidas.

Em regra o pátrio poder só se extinguia por ocasião da morte do *pater*. Assim, nem a maioria nem o casamento desfaziam o laço autoritário do *pater família* para com os filhos. Havia, entretanto, exceções, e essas consistiam: na emancipação, no abandono do filhos pelo *pater*, na elevação do filho a certas dignidades, ou na perda da *libertas* ou da *civitas* pelo *pater*.

No segundo período romano o autoritarismo do instituto da "*patria potestas*" declinou, dentre outros fatores, pelo sentimento de solidariedade em favor dos filhos, o que levou à evolução do conceito familiar, diminuindo todo o poder sobre a família

até então concentrado na mão do pater. Além disso, as influências do cristianismo também contribuíram para nova conceituação da entidade "família".

No entanto, ainda com a queda do instituto romano da "*patria potestas*" este percorreu longos anos e trouxe influência a sociedade moderna. Sobre o assunto assevera Venosa (2003, p. 367):

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.

Assim, a colônia brasileira sofreu por longo tempo influência das Ordenações Manuelinas e Filipinas portuguesas no que diz respeito ao direito civil, mais precisamente até o Código Civil de 1916.

As famílias brasileiras foram assim inicialmente marcadas pelo patriarcalismo, onde o pai, semelhante à Roma, exercia uma espécie de autoritarismo sobre o seio familiar.

O patriarcalismo fora figura marcante no Código de Direito Civil Brasileiro de 1916, fruto de uma sociedade onde quem dominava era a elite, sempre na busca de alimentar seus anseios patrimoniais e sem nenhuma preocupação para com a sociedade.

Levando em consideração que a família é a base da sociedade, tinha-se a ideia de que a fortalecendo, fortalecer-se-ia também o Estado e, segundo a concepção da época, a melhor forma de fortalecimento familiar seria com o controle e o regimento concentrados nas mãos de um chefe de família autoritário representado na pessoa do pai.

Assim, os dispositivos referentes à família no Código Civil de 1916 conferiam ao pai todas as autoridades e poderes referentes à família. O Capítulo II do referido diploma trazia como título "Dos direitos e deveres do marido" e seu art. 233 confirmava este como chefe da sociedade conjugal:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:
I. A representação legal da família.
II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.
III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família.

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Assim, trazia o Código Civil de 1916, nítida adoção ao pátrio poder, declarado claramente em seu art. 380, que "durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher". Demonstrando o carácter marginalizado que a mulher apresentava à época.

Com o passar dos anos a grande transformação que a sociedade passou a sofrer, que marcou significativamente o século XX, fora modificando a concepção patriarcal brasileira. A inserção da mulher do mercado de trabalho, que passou a não figurar mais como dona-de-casa, submetida ao marido, e que agora também contribuía economicamente para o sustento da casa, mudou o cenário tradicional do conceito da família brasileira.

Já em 1962 a Lei nº. 4.121 modificou a redação de vários dispositivos do Código Civil então vigente, já inserindo a mulher na colaboração da administração familiar e atribuindo o pátrio poder também a esta. Como demonstra a redação dos arts. 233 e 380:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, **função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos** (arts. 240, 247 e 251).

[...]

Art. 380. Durante o casamento **competem o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (*grifo nosso*)

A grande concretização da igualdade de direitos entre homem e mulher para reger a entidade familiar adveio com a Magna Carta de 1988. Seu art. 5º, I, traz como direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações. Além disso, seu art. 226 ao mencionar a família como base da sociedade, que goza de proteção do Estado, materializa em seu parágrafo 5º a igualdade entre homem e mulher no seio familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

É a partir de então que no ordenamento jurídico brasileiro o patriarcalismo, como poder concentrado apenas nas mãos do pai, chefe da família, dá lugar ao poder familiar. Este é tido como o conjunto de direitos e deveres exercido no âmbito familiar em favor dos filhos e de seu patrimônio "exercido pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições" (PEREIRA, 1979, p. 240). Concretizando o princípio da igualdade que permeia a Magna Carta de 1998.

3.2 Do Poder Familiar: Conceito, Finalidade e Abrangência

O poder familiar é o direito-dever que tem os pais, em pé de igualdade, de gerir a criação e o patrimônio de seus filhos menores de idade. Nas palavras de Monteiro (2010, p. 498) "[...] o poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores". Constitui assim a isonomia entre pai e mãe nas responsabilidades para com sua prole.

Tal poder-dever dos pais para com a sua prole é assegurado, constitucionalmente, com previsão também no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, além do Código Penal que prevê as sanções daqueles pais que fugirem a tal responsabilidade.

Assim, a evolução da *patria postestas* para o poder familiar culminou na mudança da titularidade e no limite da gestão do âmbito familiar. O que antes era gerido de forma absoluta pelo pater, inclusive sobre os filhos maiores de idade, agora é exercido de forma concomitante por marido e mulher (mãe e pai) e apenas sobre os filhos menores de idade.

Tal evolução é retrato do novo cenário que tomou conta do país. O Brasil não vivia mais na época dos cafezais, onde o Estado girava em torno do lucro, e onde a família também fazia parte de um negócio. Mas sim, num Estado regido por uma Constituição Cidadã, que tinha por fundamento a dignidade da pessoa humana,

e onde os olhares estavam agora voltados para o bem-estar dos filhos e não mais para o autoritarismo dos pais.

Em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) veio para garantir a proteção integral da criança e do adolescente. Trazendo como dever da família, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte e, dentre outros, à convivência familiar e comunitária (art. 4º).

Incumbiu ainda aos pais o dever de sustento, de guarda e de educação dos filhos menores e de, no interesse deles, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (art. 22).

O conceito do exercício do poder familiar é trazido no texto do ECA no art. 21:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O texto do dispositivo acima reafirma a titularidade conjunta entre pai e mãe na educação no filho menor, não existindo entre eles prevalência, de modo que, havendo divergência poderá qualquer deles procurar o judiciário para dirimir a contenda.

O Código Civil de 2002 também trilha na mesma sistemática e prevê em seu art.1.631 a competência do poder familiar a ambos os pais, aduzindo em seu parágrafo único, do mesmo modo que o ECA, que a divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar autoriza qualquer deles a buscar o juiz para que seja solucionado o caso.

O novo diploma civil ao disciplinar o exercício do poder de família elenca de forma exemplificativa em seu texto os direitos e deveres dos pais para com a pessoa dos filhos no art. 1.634:

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 lhe 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.

O inciso I trata do caráter social. Não adianta apenas os pais sustentarem financeiramente seu filho, é necessário garantir-lhe o direito à educação previsto na Constituição Federal, em seu art. 227 e no art. 205, que traz a educação como sendo "direito de todos e dever do Estado e da família" importante para o desenvolvimento do indivíduo visando seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O inciso II se refere à guarda do menor e é, inclusive, complementado pelo inciso VI onde, em virtude da guarda dos filhos pertencer aos pais, estes poderão reclamá-la de quem ilegalmente os detenha.

A guarda será exercida igualmente pelo pai e pela mãe em razão e obediência ao princípio da igualdade. Não é a toa que no caso de divórcio, há uma tendência da jurisprudência, assim como uma preferência estampada na lei, pela guarda compartilhada. Esta atribui semelhantes direitos e deveres aos pais, sem que haja preferência entre um ou outra para a guarda do filho.

O inciso III menciona a outorga para o casamento do filho relativamente incapaz (entre dezesseis e dezoito anos), esta será concedida por ambos os pais. A ausência de qualquer deles não legitima o menor ao casamento.

A divergência de opinião entre os pais quanto à autorização para o casamento do filho poderá ser resolvida com a recorrência de qualquer um deles ao judiciário. Quanto à recusa injusta dos pais, poderá o próprio menor recorrer à via judicial para que o juiz a supra.

O inciso IV se refere à nomeação de tutor por um dos pais, através de testamento ou documento, válida somente quando o outro não sobreviver ou não tiver condições de exercer o poder familiar. Isso se justifica pelo fato de serem os pais os maiores interessados no cuidado de seus filhos, constituindo assim as melhores pessoas para indicar com quem ficará sua guarda quando não a puderem exercer.

O inciso V diz respeito à representação dos atos da vida civil. Os pais como responsáveis por seus filhos os representarão até que completem dezesseis anos, dos dezesseis anos aos dezoito anos os assistirão.

Por fim, o inciso VII diz respeito aos deveres dos filhos e direitos dos pais de serem obedecidos e respeitados e de exigir os serviços próprios de sua idade e condição.

Os pais, no exercício do poder familiar, também exercem poder patrimonial com relação aos filhos. A administração dos bens dos menores, assim como o usufruto de seus bens tem previsão no art. 1.689 do Código Civil:

Art. 1.689. 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.

Neste caso, os pais funcionarão com verdadeiros administradores e deverão zelar pelo patrimônio que lhe está confiado, não podendo passar disso. Assim, não poderão alienar bens do menor ou gravá-los de ônus reais, sem que se demonstre em juízo, segundo o art. 1.691, a necessidade e o interesse do filho.

Os pais fugirão à regra de administradores dos bens de sua prole quando no exercício do poder familiar colidirem seus interesses com o do filho. Esta é a redação do Código Civil, que no seu art. 1.692 determina que na ocasião, a requerimento do próprio filho ou do Ministério Público, o juiz nomeará curador especial.

3.3 As Características do Poder Familiar

Como já é sabido, o poder familiar é constituído por um conjunto de direitos e deveres dos pais para com os filhos e para com o patrimônio destes. É claro também o caráter protecionista do Estado para com os direitos do menor, seja da criança ou do adolescente.

Assim, o cuidado dos pais para com os filhos menores constitui verdadeiro *munus* público. O Estado é o maior interessado no regular desempenho do poder

familiar e na obediência à normas de direto a ele referentes, preservando assim a maior entidade do seio social, qual seja a família.

Além disso, o poder familiar é personalíssimo. Portanto, não é possível que seja delegado, renunciado ou substabelecido a outrem. Não é possível se abrir mão do poder familiar e qualquer transação que o tenha por objeto é nula.

Nos casos extremos, cabe exceção à retirada do poder familiar dos pais. A situação é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 166, que se refere à colocação em família substituta. No entanto, o caso será avaliado e dosado pelo juiz, com a participação do Ministério Público no processo e será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe Interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude. Constitui assim o caso, em medida excepcional e peculiar.

Outra característica do poder familiar, esta elencada por Diniz (2010, p. 566), é a impossibilidade da tutela ser garantida ao pai ou mãe que teve o poder familiar destituído. Assim sendo, se torna incompatível o instituto da tutela com o poder familiar.

É o poder familiar, relação autoritária e hierárquica, constituída entre pais e filhos. Constitui, assim, uma relação de submissão destes, segundo elenca o art. 1.630 do Código Civil, que diz: "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".

A imprescritibilidade também faz parte do poder familiar. O não exercício das funções inerentes ao *munus* que é confiado aos pais não faz com que estes decaiam do poder.

É a imprescritibilidade definida nas palavras de Gonçalves (2012, p. 414): "O poder familiar é também imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei". Assim, apenas nos casos taxados na lei poderá haver a perda do poder familiar, o que não ocorre puramente pelo não exercício.

Assim, as hipóteses de perda do poder familiar são elencadas de forma taxativa pela lei e só serão efetivadas após passar pela via judicial, visto que, a retirada da criança ou do adolescente do seio da família biológica constitui medida excepcional, sempre na busca do melhor interesse do menor.

3.4 O Não Exercício do Poder Familiar e as Sanções Penais

A desídia dos pais para com o poder familiar, que descumpra os aspectos patrimoniais ou os direitos-deveres quanto à pessoa do filho, elencados na Constituição Federal, no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente é tipificada como crime no capítulo intitulado "Dos Crimes Contra a Assistência Familiar", no Código Penal.

O art. 244 tipifica o crime de abandono material e trata, dentre as hipóteses narradas no tipo penal, daquele que não presta assistência financeira ao filho. Segundo o ele constitui crime deixar, sem justa causa, de prover a subsistência de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltar ao pagamento (ou sendo solvente o frustrar ou ilidir) de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada ou ainda, deixar, sem justa causa, de socorrer descendente, gravemente enfermo.

Portanto, trata o artigo em questão da falta de assistência sob o aspecto patrimonial do poder familiar, seja enquanto durar a união conjugal, seja na forma de pensão alimentícia determinada em juízo. Aquele que não prestar os subsídios necessários à subsistência de seu filho arcará com as consequências, estando sujeito a uma pena de um a quatro anos, mais a incidência de multa.

O art. 245 trata da entrega do filho menor de dezoito anos a pessoa inidônea, ou seja, cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo. O dever de cuidado inerente aos pais, não atendido quando da entrega do seu filho à pessoas inidôneas gera pena de detenção de um a quatro anos.

A pena aumenta para de um a quatro anos de reclusão se o agente praticar o delito para obtenção de lucro ou se o menor é enviado para o exterior, assim como se auxilia na efetivação do envio do menor ao exterior com o objetivo de obtenção de lucro, ainda que não haja perigo material ou moral.

O abandono intelectual é tipificado nos arts. 246 e 247. Deixar de prover a instrução primária de filho em idade escolar, sem justa causa, ou permitir que menor de dezoito anos, sob guarda ou vigilância, frequente certos lugares tidos como

proibidos (como casa de jogo, residir ou trabalhar em casa de prostituição, etc) é crime.

Neste caso, é nítida a afronta ao dever dos pais de educação e criação dos filhos, elencados tanto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como na Constituição Federal. A violação a esse dever dos pais acarreta pena de detenção de quinze dias a um mês, ou a aplicação de multa.

Há ainda, os crimes contra o pátrio poder, elencados nos arts. 248 e 249. Estes são cometidos por terceiros, que não detêm a guarda, tutela ou curatela do menor, em desfavor daqueles que as detêm. Os crimes elencados em tal Capítulo são de induzimentos a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes e de subtração de incapazes.

Tais crimes tem a característica de retirar, assim, o menor do âmbito do pátrio poder, da tutela ou da curatela. Suas penas são de detenção de um mês a um ano, ou multa, para os casos de induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248). Para o crime de subtração de incapazes (art. 249) a pena é de detenção de dois meses a dois anos, se o fato não constituir elemento de outro crime.

3.5 Da Suspensão e da Extinção do Poder Familiar

3.5.1 Da Suspensão do Poder Familiar

Os deveres esparsos na legislação brasileira impostos aos pais no exercício de seu *munus* público do poder familiar devem ser atendidos, pois é interesse do Estado não só a proteção da família como a do menor.

Em razão disso, aqueles pais que se comportam de forma diversa da prevista legalmente com relação aos filhos ou a seu patrimônio, podem ter o poder familiar suspenso por determinação judicial. Esta é a previsão do art. 1.637 do Código Civil:

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

Assim, em proteção ao menor, qualquer interessado, seja algum parente ou o Ministério Público, poderá requerer a suspensão do poder familiar dos pais que abusam de sua autoridade para com o menor ou dilapidam seu patrimônio. Tal suspensão poderá se concentrar em um só dos pais, ficando outro com a guarda do filho, ou poderão os dois pais serem destituídos da guarda, sendo nomeado judicialmente curador para o menor.

As causas da suspensão não foram elencadas na lei. Assim, ficará a arbítrio do juiz no caso concreto determinar qual situação ensejará ou não a suspensão do poder familiar, devendo tê-la sempre como medida excepcional, visto que é direito do menor, segundo o art. 19, ser criador e educado no seio da sua família.

Além disso, o prazo da suspensão também ficará a critério do juiz. Será levado em consideração no caso o tempo que durar a causa que ensejou a suspensão. Assim, esta só será suspensa quando quem foi destituído (um só dos pais ou ambos) comprovar que tem condições de cuidar do menor.

A suspensão poderá ainda se dar total ou parcialmente, com relação à pessoa do filho e a seus bens materiais. Será parcial a suspensão que se der sobre a destituição de poder de gerir o patrimônio do menor ou sobre o direito de ter o filho em sua companhia.

Se a suspensão se der no âmbito patrimonial, fica o destituído privado de administrar e de usufruir dos bens dos filhos. Se a suspensão se der em relação à perda da companhia do filho, este ficará sobre os cuidados do genitor que não teve o poder de família destituído. Caso ambos os pais tenham sido destituídos, se nomeará tutor ao menor.

Além das causas elencadas no caput do art. 1.637, o parágrafo único ainda elenca outra hipótese de suspensão do poder familiar:

Art. 1.637 [...]

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.

O pai ou a mãe que tenha sido condenado em crime cuja pena seja maior que dois anos de prisão terá também destituído do poder familiar. Como o caráter da suspensão é temporário, entende-se que tal destituição só perdurará enquanto o genitor estiver cumprindo a pena. No mais, caberá ao juiz analisar nas peculiaridades do caso concreto o momento em que cessará tal suspensão.

3.5.2 Da Extinção do Poder de Família

A suspensão é tida com medida temporária de perda do poder familiar para com aquele genitor que não cumpre com seus deveres. A extinção constitui uma medida definitiva de retirada ou perda do poder familiar dos genitores, nas hipóteses elencadas no Código Civil.

O art. 1.635 do Código Civil elenca as causas de extinção do poder familiar:

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 - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Inicialmente vale atentar que o objeto do poder familiar é a guarda, e os deveres de cuidado para com a pessoa do filho menor de idade e para com o seu patrimônio. Extinguindo-se assim, a vida do filho ou, atingindo este a maioridade, extingue-se também o objeto do poder família.

Assim, na interpretação do artigo em epígrafe, em seus incisos I, segunda parte, II e III, que tratam da morte do filho, da emancipação e da maioridade, tem-se a extinção do poder familiar pela simples perda do seu objeto. Nas palavras de Gonçalves (2012, p. 426) a morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção da menor.

A morte dos pais faz cessar o poder familiar, levando à nomeação de tutor para o menor. No entanto, se morre apenas um dos genitores, o outro assumirá sozinho o pátrio poder.

Segundo o inciso IV, a adoção também faz extinguir o pátrio poder, visto constituir medida irrevogável e acarreta à criança adotada a perda de todos os vínculos com a família de origem⁵. Assim, esta não terá sobre a criança mais nenhum tipo de dever, seja ele pessoal ou patrimonial, que serão transferidos à família adotante.

O inciso V elenca como forma de extinção do poder familiar a decisão judicial fundada nos casos do art. 1.638. São eles as hipóteses de perda do poder familiar do pai ou da mãe que: castiga filho imoderadamente, deixa o filho em abandono, pratica atos contrários à moral e aos bons costumes ou incide, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637.

Castigar o filho imoderadamente significa perda do poder familiar em proteção à criança do pai que ultrapassa os limites dos castigos físicos, tornando-os severos e violentos. Tais atitudes vão na contramão do Princípio da Dignidade da pessoa Humana que norteia o ordenamento jurídico brasileiro e é base da Constituição brasileira de 1988, que prevê em seu art. 227 ser dever não só da família, mas também do Estado e da sociedade colocar a criança e o adolescente à salvo da violência da crueldade e da opressão.

Deixar o filho em abandono é conceito amplo, que pode ser levado sob o ponto de vista material, intelectual e moral. Todos esses casos constituem crimes, configurando assim tipos punidos pelo Código Penal. Além disso, o abandono de menor o priva da convivência familiar prevista na Constituição Federal, constituindo, assim como o caso anterior, violação ao art. 227 da Magna Carta.

A ação ou comportamento dos pais considerados como má influência para os filhos configuram as chamadas, práticas de atos contrários à moral e aos bons costumes. Os pais devem servir de exemplo para os filhos, assim devem comportar-se de modo digno e idôneo para que isso reflita na personalidade futura de sua prole.

Por fim, reiteradas faltas que ensejam a suspensão do poder familiar levarão à sua extinção. A suspensão é medida temporária de perda do poder familiar e

⁵ Art. 39. [...]

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (grifo nosso)

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (Estatuto da Criança e do Adolescente)

cessa com a prova pelo genitor de sua capacidade de exercê-lo. Aquele que retoma o poder familiar e, no entanto, reiteradas vezes reincide no erro, demonstra que não tem condições de exercer o *munus* público do poder familiar.

No entanto, assim como nos casos de suspensão, deverá haver cautela e análise do magistrado caso a caso, visto se tratar de situação excepcional, onde sempre se leva em conta o superior interesse do filho.

4 GUARDA COMPARTILHADA: INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO PLENO DO PODER FAMILIAR

O ordenamento jurídico brasileiro, tanto no texto constitucional, como no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002, protege a figura do menor de modo a lhe garantir a proteção do Estado e a fiel execução do poder familiar por seus genitores, objetivando sempre o seu melhor interesse.

A guarda do menor constitui um direito e um dever dos pais de terem sob seus cuidados seus filhos. É através dela que será exercido o poder familiar. No entanto, no capítulo XI das normas do direito de família, referente às normas de proteção da pessoa dos filhos, preocupa-se o legislador em regular a guarda do menor no caso de separação judicial ou divórcio.

Com a dissolução da união conjugal haverá de decidir-se com quem ficará a guarda do menor. Tal decisão poderá ser acordada pelos genitores ou pelo juiz, sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, poderá ser dada a guarda unilateralmente a um dos pais, alternadamente a ambos ou por estes compartilhada.

É movido pelo melhor interesse da criança e do adolescente que o legislador traz como dever do magistrado o de informar aos pais o significado da guarda compartilhada, ficando demonstrada a grande importância do instituto. Esta modalidade de guarda pode ser entendida como o reflexo mais fiel do poder familiar pois, nela os pais detêm a mesma igualdade de direitos e deveres, participando ambos da vida do menor, por compartilharem entre si a convivência com ele.

4.1 Conceito do Instituto da Guarda e suas Diferenciações Frente à Tutela e à Curatela

A guarda é um direito genuinamente conferido aos pais, que tem o dever de assistência e cuidado para com filho através do *munus* público do poder familiar que lhes foi conferido pela lei. Segundo Monteiro (2010, p. 386) "[...] a guarda é um

direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando de sua educação, alimentação, moradia, etc.". Assim, pai e mãe tem iguais direitos e deveres nos cuidados destinados à pessoa e ao patrimônio do menor.

Ocorre que, com a separação judicial e com o divórcio há que se definir quem ficará com os cuidados do menor, isto é, a quem caberá sua guarda. O Código de 1916 estabelecia que a guarda do menor caberia ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação, seu art. 326 previa que "sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente".

Com o advento do Código Civil de 2002 o critério da culpa para a definição da guarda do menor foi descartado e, na redação do art. 1.584⁶ o novo critério que passou a vigorar como definidor do detentor da guarda foi o de que esta seria garantida aquele genitor que apresentasse melhores condições de exercê-la.

O genitor que for capaz de oferecer melhor educação, melhores condições de moradia, que puder dispender mais tempo de atenção ao filho, enfim, que puder proporcionar melhores condições de vida ao menor, seria apto a deter sua guarda. É importante frisar que o termo "melhores condições de vida" empregado no texto da lei não significava necessariamente melhores condições econômicas.

A guarda, segundo redação do art. 1.584, I e II, poderá ser requerida por consenso entre os pais ou autonomamente por qualquer um deles em ação de divórcio, de separação, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, ou ainda, decretada pelo juiz. Segundo Gonçalves (2012, p. 292) "[...] para romper o liame natural existente entre pais e filhos, com o deferimentos da guarda a terceiro, é necessário que existam motivos graves que autorizem a medida e atribuam maior vantagem aos filhos". Sendo assim direito inerente à pessoa dos cônjuges, só será deferida a guarda por decisão judicial a outrem em caso de extrema necessidade, constituindo exceção que garanta melhores condições ao menor.

Assim, constatando na prática a ocorrência de tais motivos graves, a guarda será decretada à pessoa da família de um dos genitores. Utiliza-se neste caso o mesmo critério que definiria a guarda a um dos pais: a deterá aquele que oferecer melhores condições de vida ao menor.

⁶ Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entres as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. (Redação original do artigo, antes das alterações feitas pela Lei nº 11.698/2008).

O instituto da guarda diferencia-se do instituto da tutela. Esta é regulada no título IV, capítulo I do Código Civil e, enquanto a guarda, como regra, é o exercício inerente do poder familiar, a tutela cuida em suprir sua falta. Apresenta assim a tutela um caráter assistencial aqueles menores que não podem estar na guarda dos pais porque estes faleceram ou porque se encontram impedidos para tal segundo as causas elencadas na lei.

O tutor exercerá sobre o tutelado os direitos e deveres que seriam exercidos pelos pais, devendo assim cuidar tanto do menor como de seu patrimônio, constituindo este como ocorre com o poder familiar, o caráter de múnus público.

Para que seja concedido o instituto da tutela para os cuidados do menor, deverá haver a impossibilidade do poder familiar de ambos os pais. Isto se dá porque na impossibilidade de apenas um, o poder familiar se transfere ao outro, que manterá a guarda unilateralmente do menor.

A guarda diferencia-se ainda do instituto da curatela. A curatela encontra-se regulado no capítulo II do título IV do Código Civil e assim como a tutela apresenta um caráter assistencial. No entanto, diferentemente da guarda e da tutela que prestam cuidados e assistência a menor, a curatela os presta não só ao menor, mas também a alguém maior que não tem capacidade de gerir sua própria vida e/ou seu patrimônio.

Vale ressaltar que o instituto da curatela não impõe a pessoa do curatelado uma penalidade, mas, ao contrário disso, uma custódia, uma medida de amparo. São sujeitos à curatela, segundo o art. 1.767 do Código Civil:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

- I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
- V - os pródigos.

Além de serem institutos diferentes da guarda, a tutela e a curatela, embora apresentem a semelhança de serem medidas assistenciais, são institutos diferentes entre si em vários aspectos. Além das pessoas a que se destinam, a diferença dos institutos também reside no fato da tutela poder ser nomeada pelo testamento dos

pais do menor, enquanto a curatela somente poderá ser deferida judicialmente. Além disso, o tutelado protege a pessoa e os bens do menor, enquanto o curatelado poderá ficar incumbido apenas nos cuidados dos bens do curatelado, como ocorre com o pródigo.

4.2 Espécies de Guarda à Luz do Direito Brasileiro

Diferentemente do Código Civil de 1916 que previa como requisito para guarda do filho menor, o cônjuge que não houvesse dado causa à dissolução conjugal ou, na culpa de ambos, a preferência pela mãe como detentora desta, o Código Civil de 2002 aponta como requisito para a guarda do menor o pai que tiver melhores condições de vida a oferecê-lo. Assim, como nos demais institutos que envolvem a figura do menor, à guarda também se aplica o seu melhor interesse.

A legislação civil elege duas modalidades de guarda no em seu art. 1.583, serão as guardas, segundo seu texto, unilateral ou compartilhada. Os dois sistemas são utilizados para determinar a quem compete a guarda do menor tanto nos casos de proles advinda de casamento que venham a se dissolver, como nos casos de filhos advindos de união estável ou de relacionamentos onde não tenha havido o objetivo de constituir família, como é o caso do namoro, por exemplo.

A guarda unilateral é definida no art. 1.583, §1º, do Código Civil como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Assim, como observado nas lições de Monteiro (2010, p. 386) apenas um dos cônjuges exercerá a guarda e a ele caberá a tomada de decisões sobre a educação e a prestação de cuidados ao filho, cabendo ao outro apenas o direito-dever de visitas e fiscalização.

Assim, como previsto no §3º, do art. 1.583, do Código Civil, na guarda unilateral aquele genitor que não a detém tem o dever de supervisionar os interesses do filho. Consiste o objeto da redação do artigo em verdadeiro instinto de proteção dos pais e, ao mesmo tempo, um dever que o Estado atribui ao cônjuge não detentor da guarda de auxiliá-lo na fiscalização do que a detém, quanto ao cumprimento do dever de cuidado ao menor.

Será deferida a guarda unilateral ao genitor que cumprir os critérios elencados nos incisos do art. 1.583 § 2º, do Código Civil, considerados como os definidores das melhores condições a serem prestadas ao menor. São eles: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação.

Cada um dos requisitos tem a mesma importância, não prevalecendo um sobre outro. É importante ainda ressaltar que não significa apresentar melhores condições ao menor necessariamente aquele genitor que tenha melhores condições financeiras, o que é demonstrado através do fato de que, um dos requisitos para a obtenção da guarda seja o afeto do menor com o genitor, que pode ser inferior para com o que tenha melhores condições financeiras.

A redação da segunda parte do art. 1.583, §1º, do Código Civil, dá a definição do instituto da guarda compartilhada. Esta, segundo o texto, é "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns".

Assim, na guarda compartilhada ambos os pais são detentores da guarda, havendo uma conjugação de esforços nas decisões concernentes à educação e à prestação de cuidados ao menor, evitando-se que apenas um o faça e que o outro fique limitado à visitas e fiscalização dos interesses do filhos. Segundo Dias⁷ com a inserção no ordenamento brasileiro desse novo tipo de guarda, "[...] acabou a disputa pela posse do filho que, tratado como um mero objeto, ficava sob a guarda da mãe que detinha o poder de permitir ou não as visitas do pai".

Persiste assim na guarda compartilhada o sentido do poder familiar que norteia as relações no seio da família, os direitos e deveres para com o filho e para com seu patrimônio são exercidos igualmente, nas mesmas proporções, por ambos os pais, não podendo um reprimir o direito do outro.

Partindo do corolário de que à criança é assegurada a convivência familiar, dever que cabe ao Poder Público, à família, à comunidade e à sociedade em geral, previsto no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o modelo da guarda compartilhada propicia uma contínua relação de convivência com ambos os genitores, mantendo os laços de afeição entre pais e filhos.

Embora as Varas de Família brasileiras já viessem utilizando um modelo de cooperação entre os genitores na guarda da sua prole, a Lei nº. 11.696/2008 trouxe

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Filho da Mãe**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_filho_da_m%E3e.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

o instituto da guarda compartilhada de maneira expressa no Código Civil de 2002. Assevera Gonçalves (2012, p. 295):

A Lei 11.698/2008 chega em boa hora, assegurando "a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1.589). Ambos os pais, persistem com todos o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249)".

A Lei nº. 11.696/2008 trouxe ainda relevante importância à guarda compartilhada, instituindo-a como preferencial à guarda unilateral. O §1º, do art. 1.584, do Código Civil prevê a obrigação do juiz em informar ao pais do menor o significado e a importância do instituto da guarda compartilhada, além disso da similitude existente entre os direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento.

Assim como a guarda unilateral, a guarda compartilhada poderá ser requerida por consenso entre os pais ou autonomamente por qualquer um deles em ação de divórcio, de separação, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, ou ainda, decretada pelo juiz (art. 1.584, I e II).

Quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda do menor, segundo disposição do art. 1.584, §2º, o juiz, sempre que possível, aplicará a guarda compartilhada. Do aludido parágrafo é possível extrair dois aspectos: a) a importância e a preferência que tem o instituto da guarda compartilhada, demonstrando-se que é a medida mais adequada à satisfação dos interesses do menor e do pleno exercício do poder familiar, ultrapassando as fronteiras da união conjugal; b) que tal medida não é aplicável a todos os casos, haja vista que, embora a guarda compartilhada seja o melhor instituto a ser aplicado à maioria, haverão casos em que a satisfação do interesse do menor se dará de outra forma, como por exemplo com a determinação da guarda unilateral a um dos pais.

A guarda compartilhada é instituto que não se confunde com a guarda alternada. Esta que, nas lições de Monteiro (2010, p. 386), não é bem vista no direito brasileiro, prevê a alternância de guarda entre o pai e a mãe, assim, quando o filho estiver com o pai este exercerá seu direito com exclusividade, não estando a mãe

naquele momento com a guarda do filho, e vice-versa. O que não ocorre com a guarda compartilhada, onde o filho estando com o pai ou com a mãe, estará sempre sobre a guarda de ambos, não havendo alternância, mas sim uma concomitância entre ambos nos direitos e deveres com relação a este.

4.3 A Posição Jurisprudencial Frente ao Tema da Guarda

Os tribunais brasileiros vêm decidindo, como não poderia deixar de ser, sempre em favor da melhor condição para o menor. Assim, a guarda compartilhada, embora em muitos casos seja para estes a melhor solução, em outros não constitui a melhor medida, o que deverá ser verificado caso a caso. Em decisão de caso concreto julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em grau de apelação demonstra-se, por exemplo, a guarda unilateral em favor do pai como melhor medida ao menor:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE MENOR. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. INTERESSE DA CRIANÇA.

A guarda deve atender, primordialmente, ao interesse do menor, e ele, segundo o estudo social, está bem inserido no ambiente em que vive com o pai, devendo ser mantida a guarda ao genitor. Apelação desprovida. (TJ-RS - Acórdão. AC 70055384044. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 13/11/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: DJe do dia 21/11/2013).

Do mesmo modo o Tribunal decidiu deferir guarda de menor em favor da tia materna, com quem coabitava desde os dois meses de idade:

AGRAVO INTERNO. MONOCRÁTICA. GUARDA DE MENOR. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. INTERESSE DA CRIANÇA.

Tendo em vista que a guarda deve atender, primordialmente, ao interesse do menor e que a menina está bem inserida no ambiente em que vive com a tia materna, desde os dois meses, deve ser mantido o status quo, não havendo motivos para alteração na guarda. Agravo interno desprovido. (TJ-RS Acórdão. AGV 70056918527. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Órgão julgador: Sétima Câmara Cível. Data do Julgamento: 13/11/2013. Data da Publicação: DJe do dia 19/11/2013).

Demonstra-se assim que o julgador irá se utilizar no caso concreto do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para decidir qual a melhor decisão a se tomar em favor do menor de modo que menos o prejudique, tratando de não causar danos principalmente emocionais como os advindos das mudanças constantes de guarda ou de retirá-la daquele com quem já convive há muito tempo e com quem tenha um relação de afeto.

No entanto, a primazia das guardas continua sendo, como regra, a guarda compartilhada por trazer na maioria das vezes mais benefício à criança e ao adolescente. Isto se dá porque a divisão dos direitos e deveres dos pais para com os filhos estreita os laços afetivos destes com ambos os genitores, que compartilham igualmente da vida da criança.

Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é ressaltada a importância da guarda compartilhada assim como possibilidade do menor poder alternar de casas, passando um tempo na casa de um genitor e outro tempo na do outro. Assim aduz a decisão a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à

implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido. (grifo nosso)

(STJ. Acórdão. RESP 1251000. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de Julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: 31/08/2011).

A alternância de residências do menor em si não caracteriza a guarda alternada, mas apenas constitui mais uma das vantagens da guarda compartilhada, visto que cada um dos genitores poderá ter o filho um tempo consigo, sem que isso anule a guarda do outro.

Tendo em vista a importância da guarda compartilhada e do melhor interesse ao menor, as decisões das cortes têm demonstrado cada vez mais se amoldarem ao caso concreto para que satisfaça os interesses da criança e do adolescente. Em Recurso Especial, o STJ julgou pedido de guarda compartilhada entre avô e tio paternos do menor como procedente. Assim decidiu o tribunal:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência

dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. Acórdão. RESP 1147138. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior, Data de Julgamento: 11/05/2010. Data da Publicação: 27/05/2010.).

A decisão mostra que o melhor para o menor seria não romper o laço afetivo que já tinha para com os dois parentes, visto que, com eles coabitava desde os quatro meses de vida, o que fez sobressair no caso concreto a razoabilidade e a proporcionalidade na decisão do Tribunal.

Ainda com relação à guarda compartilhada como melhor medida para o menor, é importante destacar o informativo nº. 52 STJ, do final do ano de 2011, em que o Tribunal decide que, para que haja a decisão pela guarda compartilhada, não deverá necessariamente que existir consenso entre os pais.

Em decisão, cujo número não fora divulgado por correr em segredo de justiça, o Tribunal justificou o posicionamento do informativo nº. 52 aduzindo que “os direitos dos pais em relação aos filhos são, na verdade, outorgas legais que têm por objetivo a proteção à criança e ao adolescente” e “exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor”.

4.4 A Importância do Compartilhamento da Guarda no Exercício do Poder Familiar

O poder familiar dos pais, conceituado pela divisão de direitos e deveres sobre o menor, vai muito além de um múnus público determinado pelo Estado em favor de sua proteção. A responsabilidade dos pais para com sua prole constitui propriamente um instinto de cuidado, inerente à paternidade e à maternidade e, será exercido por estes independentemente da espécie de guarda que um e/ou o outro tenham sobre o menor.

No entanto, como se pôde perceber ao longo do trabalho, há certos tipos de guardas que inibem em parte esse poder familiar. Na guarda unilateral, será o poder familiar exercido plenamente apenas por um dos genitores, que será o detentor da guarda, cabendo ao outro apenas o dever de prestar alimentos e visitá-lo em

horários e dias previamente estabelecidos. A guarda alternada se dá do mesmo modo, em momentos alternados apenas um dos genitores terá o exercício pleno do poder familiar referente ao menor, com o direito de tomar as decisões a ele pertinentes unilateralmente.

Ocorre que, é a guarda compartilhada a espécie de guarda que melhor garante o exercício pleno do poder familiar a ambos os pais. É através dessa espécie de guarda que haverá uma divisão de responsabilidades e as decisões a respeito da vida e patrimônio do menor serão tomadas em comum acordo.

Assim, questões como qual a escola que o filho frequentará, quais os cursos que irá cursar ou se irá fazer aula de natação ou aula de inglês, por exemplo, são decisões tomadas em acordo por ambos os pais que juntos também irão decidir quem irá levar o menor ou pegar nas respectivas atividades.

Do mesmo modo, o menor alternará na residência do pai e na da mãe, sem que qualquer deles perca em nenhum momento a guarda. Assim como, a pensão alimentícia não será prestada apenas por um dos genitores. Como a convivência do menor será constantemente com um ou com outro, o genitor despenderá os gastos necessários quando em companhia do menor e as demais despesas serão divididas em comum acordo.

Segundo Dias⁸ “compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar”. É por esse sistema de compartilhamento de deveres e direitos que a guarda compartilhada consegue garantir a ambos os genitores a participação ativa na vida do menor.

Assim, com a alteração de 2008 no Código Civil e a inclusão da guarda compartilhada pela Lei nº. 11.698, buscou o legislador dar maior eficácia a paternidade responsável, princípio tão importante do direito de família, no que diz respeito as relações entre filhos e pais separados. Almejou-se não deixar a um cônjuge apenas a responsabilidade patrimonial da prestação alimentar, privando-o do convívio diário e da educação e formação do filho, mas sim compartilhar entre os genitores a convivência com o menor, assim como as decisões a ele referentes.

Com a guarda compartilhada o poder familiar não se altera e os benefícios são refletidos em favor do menor e dos genitores, estreitando com relação a ambos

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Filho da Mãe**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_filho_da_m_m%E3e.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

os laços afetivos. Aos pais é garantida a oportunidade de acompanhar de perto o desenvolver da prole, participando ativamente de sua vida e de sua educação. Aos filhos, o trauma que muitas vezes enfrentam da separação dos genitores não é tão sentido, pois a convivência com ambos é constante.

Assim, é com o sistema de guarda compartilhada que na maioria dos casos concretos haverá a satisfação do melhor interesse do menor. Esse sistema permite que os filhos cresçam com o referencial de educação do pai e da mãe, através do poder familiar por ambos exercido.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se no presente trabalho o quanto o instituto familiar evoluiu ao longo da história. A Roma Antiga apresentava um modelo de entidade familiar totalmente patriarcal, ao exaltar nesta a figura do *pater familias*, hierarquicamente superior aos demais familiares e único responsável pelas decisões que os envolvesse, assim como seu patrimônio.

O modelo romano fora seguido pela legislação brasileira, no Código Civil de 1916, que caracterizava a família da época como patriarcal. O pai era quem tinha para si todas as responsabilidades da família e a mãe ocupava um papel secundário, atuando quando o pai não pudesse exercer seu papel de chefe da família.

A Constituição Federal de 1988, aliada às normas do novo Código Civil, do ano de 2002, trouxeram uma nova característica do conceito de família. A família agora não concentra mais suas decisões e responsabilidades apenas em um cônjuge, mas estabelece igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, especialmente no que diz respeito aos cuidados e a proteção do filho menor.

Com a isonomia imposta a homem e mulher surge, com relação aos cuidados dos genitores aos filhos menores, a responsabilidade do poder familiar. Este é o poder-dever que passam a ter os pais, em pé de igualdade, de prezar pelos cuidados de sua prole, sempre em favor do melhor interesse dela. Constitui um verdadeiro *múnus público* imposto pelo Estado aos genitores, no intuito de prezar pelos cuidados da criança e do adolescente.

Diante da análise do conceito atual de família e da importância que tem o poder familiar nas suas relações, concluiu-se que a administração do lar e paternidade responsável são fatores que giram em torno do melhor interesse da criança e do adolescente, que deverá ser garantido em todas as relações que envolverem o menor.

No caso da separação dos genitores, na hora de decidir a quem caberá a guarda do menor deverá ser levado em conta qual a melhor solução, ou seja, a que garanta o mínimo sofrimento e traumas a este, assim como qual dos genitores tem

mais condições de criá-lo e com qual deles tem a criança ou adolescente mais afinidade.

Assim, o juiz no caso concreto deverá analisar qual a melhor espécie de guarda a ser aplicada a situação, de modo que seja deferida sempre em favor do melhor interesse do menor. De acordo com o Código Civil de 2002, poderá ser deferida em favor do menor a guarda unilateral ou a guarda compartilhada, cabendo a escolha por uma ou por outra aos pais, se houver acordo entre ambos ou, caso contrário, ao juiz que poderá inclusive determinar regime de guarda diverso daquele acordado entre os pais, se for constatado que será mais benéfico ao menor.

Em algumas situações torna-se mais viável a aplicação da guarda unilateral a um dos genitores, ficando ao outro o dever de prestar alimentos e de fiscalizar o exercício da guarda do genitor a quem foi confiada. Caberá ainda ao não detentor da guarda o direito de visita no período e nos dias acordados.

Tem-se constatado, no entanto, pelo estudo do presente trabalho, que a melhor solução no caso concreto, em regra, é a aplicação da guarda compartilhada entre os pais do menor. Nessa espécie de guarda ambos os pais a detém, compartilhando dos mesmos direitos e deveres para com sua prole, tomando em conjunto assim as decisões sobre sua educação e cuidado, cabendo a ambos também a administração de seu patrimônio.

É na guarda compartilhada que se sobressai o princípio constitucional da isonomia, igualando entre pai e mãe as responsabilidades para com sua prole, quando os mesmos não estejam unidos pelo matrimônio ou de fato. Neste mesmo princípio se inspira o poder familiar, que apresenta a mesma divisão igualitária de responsabilidades entre os pais para com os filhos, no entanto, dentro do seio familiar da união entre o pai e a mãe.

Por ser a guarda compartilhada o melhor reflexo do poder familiar, por poderem os pais o exercer em sua plenitude quando da separação, constitui esse modelo de guarda o mais benéfico na maioria dos casos concretos. Sua importância é ressaltada quando previsto no Código Civil de 2002 que na ausência de acordo entre os genitores será este o modelo de guarda adotado sempre que possível. Além disso, o Código prevê que na audiência de conciliação deverá o juiz informar ao pai e a mãe sua importância, significado e semelhança dos direitos e deveres entre os pais para com os filhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012

_____. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. **Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. **Lei nº. 8.069, de 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_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. **Lei nº. 10.406, de 24 de abril de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. **Lei nº. 11.698, de 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: 15 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **RESP 1251000**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de Julgamento: 23/08/2011. Data de Publicação: 31/08/2011. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsptmp.area=398&tmp.texto=103027>. Acesso em: 24 fev. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **RESP 1147138**. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior., Data de Julgamento: 11/05/2010. Data da Publicação: 27/05/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **RESP 1251000**. Relator: Min. Nancy Andrighi., agosto 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4277**. Relator: Min. Ayres Britto. Plenário. Data do Julgamento; 05/05/2011. Data da Publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Ed. 31. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Filho da mãe**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_filho_da_m%E3e.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Ed. 25. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZZA, César. **Direito Civil**, Curso completo. Ed. 14. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. VI. Ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito Civil**. vol. II. Ed. 40. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio M. S. **Instituições de Direito Civil**. Ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão. **AC 70055384044**. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Data do Julgamento: 13/11/2013. Data da Publicação: 21/11/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113416722/apelacao-civel-ac-70055384044-rs>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.. **Acórdão. AGV 70056918527**. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Órgão julgador: Sétima Câmara Cível. Data do Julgamento: 13/11/2013. Data da Publicação: 19/11/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113416718/agravo-agv-70056918527-rs>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. vol. VI. Ed. 3. São Paulo: Atlas, 2003.