

FACULDADE DO ESTADO DO MARANHÃO – FACEM
CURSO DE DIREITO

Thaylla Tavares de Sousa

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

São Luís – MA

2016

Thaylla Tavares de Sousa

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada à Faculdade do Estado do Maranhão – FACEM, como requisito básico de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof.^a Esp. Fernanda Moreira de Sousa

São Luís – MA

2016

Thaylla Tavares de Sousa

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada a Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, para obtenção do Grau de Bacharel Direito.

Orientador: Prof .Esp. Fernanda Moreira de Sousa

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Orientador (a). Fernanda Moreira de Sousa
Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM

1º Examinador

2º Examinador

São Luís – MA

2016

Aos meus pais, meus avós e minha família, pela dedicação, apoio, compreensão e companheirismo em todos os momentos desta minha jornada e formação.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado o dom da vida, por me conceder sabedoria e por me ensinar essa longa caminhada, pois grandes são as lutas, porém maiores são as vitórias.

Aos meus pais, meus avós e minha família que amo muito.

A minha orientadora Prof.^a Esp. Fernanda Moreira de Sousa pelas orientações para a realização deste estudo.

Ao Prof. Dr. Luís Felipe, coordenador do curso de Bacharel em Direito, por seu empenho e colaboração.

A todos os professores, pelos ensinamentos adquiridos.

Aos colegas de curso pelas convivências e amizades.

O meu agradecimento a todos que de alguma forma, direto e indiretamente fizeram parte da minha formação.

“não existe um caminho, nem uma receita específica para alcançar a felicidade. Ela está ao alcance de todos, basta que se tenha FÉ, perseverança, confiança em si, e em DEUS”.

Leobino Filho.

RESUMO

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas, espiritual e educacional e a sua inserção no grupo social. Este presente trabalho tem por objetivo analisar e esclarecer o instituto da Guarda Compartilhada que deve ser considerada um tipo de guarda aplicável e cabível em nosso direito, servindo como garantia de igualdade entre os pais na condução da educação, convívio e participação ativa na vida de seus filhos. Tem a intenção de demonstrar a importância e a necessidade do uso da guarda compartilhada no Brasil, abordando seus aspectos jurídicos e práticos. Tratar-se-á de focalizar os interesses do menor, em especial no campo afetivo, baseando-se nos elementos da convivência e da responsabilidade parental compartilhada entre os pais. Vale dizer que este trabalho procura estimular os pais sobre a importância da guarda compartilhada para um bom convívio social e desenvolvimento dos filhos. Além de esclarecer os benefícios trazidos à criança e o adolescente com a conservação da entidade familiar, e assim demonstrar que a instituição da guarda compartilhada é uma evolução indispensável para o direito brasileiro. Além disso, compreender a relevância de observar os requisitos que são indispensáveis na aplicação da guarda compartilhada para torná-la realmente efetiva. E ainda, um dos pontos mais importantes em relação ao presente tema, que é a análise da aplicação da guarda sob o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A metodologia adotada baseia-se na análise de dados por meio de revisão bibliográfica, doutrina, legislação vigente e pesquisa em internet sem a pretensão de esgotar o assunto, devido sua extensão e importância. Vale ressaltar que a relevância do tema é de extrema importância para os operadores do direito e para as partes que litigam em busca do mesmo.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Convívio Social.

A B S T R A C T

Shared custody seeks to ensure the child's interest in order to protect him or her and to enable him or her to develop and maintain their emotional stability, making them fit for the balanced formation of their personality. It seeks to diversify the influences that often act on children, expanding their range of physical and moral development, the quality of their affective, spiritual and educational relationships and their insertion in the social group. This work aims to analyze and clarify the Shared Guard institute, which should be considered a type of custody applicable and applicable in our law, serving as a guarantee of equality between parents in the conduct of education, social interaction and active participation in the lives of their children. It intends to demonstrate the importance and necessity of the use of shared custody in Brazil, addressing its legal and practical aspects. It will focus on the interests of the child, especially in the affective field, based on the elements of coexistence and parental responsibility shared between parents. It is worth to say that this work tries to stimulate the parents on the importance of the shared guard for a good social conviviality and development of the children. In addition to clarifying the benefits brought to the child and the adolescent with the conservation of the familiar entity, and thus to demonstrate that the institution of shared custody is an indispensable evolution for Brazilian law. In addition, understand the relevance of observing the requirements that are indispensable in applying shared custody to make it truly effective. And one of the most important points in relation to this theme, which is the analysis of the application of the guard under the principle of the best interest of the child and the adolescent. The methodology adopted is based on the analysis of data through bibliographic review, doctrine, current legislation and internet research without the pretension of exhausting the subject, due to its extension and importance. It is worth emphasizing that the relevance of the topic is of extreme importance for the operators of the law and for the parties that litigate in search of the same.

Keywords: Shared Guard. Family Power. Social Conviviality.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	O INSTITUTO DA GUARDA	12
3.	O PODER FAMILIAR	20
3.1.	DIREITOS E DEVERES NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	25
3.2.	O PAPEL DOS PAIS NO DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS	28
3.3.	DIREITO À CONVIVÊNCIA E O DEVER DE VISITAÇÃO	30
4.	A GUARDA COMPARTILHADA NA ATUALIDADE	33
4.1.	APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	47
4.2.	A PROTEÇÃO E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	49
5	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, com toda sua carga principiológica e normativa, trouxe importantes modificações no Direito Civil, sobretudo no que diz respeito à proteção das liberdades e prerrogativas individuais. O Direito de Família foi aprimorado, passando a contar com institutos modernos, oriundos das modificações do conceito de família, e no conceito de Poder Familiar.

É sabido que as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento, as quais, no mais das vezes, não têm capacidade de se autodesenvolver nos aspectos intelectual, moral, social e afetivo, como, também, não têm condições de proteger seja a própria vida, a integridade física ou a saúde. Não contam eles com meios próprios para atender às suas necessidades básicas.

A Proteção Integral da Criança encontra-se contemplada no artigo 227, “caput”, da nossa Lei Fundamental que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta primazia, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (GESSE, 2001).

Com o advento da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 foi instituída e disciplinada a Guarda Compartilhada, instituto que há algum tempo vinha sendo utilizado no cenário jurídico pátrio, com alguma aceitação por parte de nossos Tribunais.

Assim, como o mundo jurídico está em constante evolução, o ramo do direito de Família não poderia ser diferente, tendo o estudo em foco assumido uma posição já largamente adotada no direito comparado: ou seja: a possibilidade da concessão da guarda compartilhada.

No Brasil, a questão da Guarda dos Filhos ainda se encontra muitas vezes calcada em preconceitos e teorias já ultrapassadas, ignorando a veloz evolução na família brasileira, desconsiderando a evolução da mulher e do homem no sentido de se igualarem cada vez mais em direitos e deveres e quase sempre analisando apenas os direitos da mãe e do pai sobre os filhos, deixando de lado o direito maior que é o do próprio filho com suas necessidades e seu lado emocional/afetivo.

Durante o tempo em que a família permanece afetiva e fisicamente unida, é inegável que os filhos desfrutam igualmente de ambos os genitores. Com a ruptura da relação conjugal surge a família monoparental e a autoridade, anteriormente exercida pelo pai e pela mãe, geralmente se concentrava em apenas um dos genitores, restando ao outro funções secundárias como, por exemplo, visita, alimentos e fiscalização.

É nesse contexto que a guarda compartilhada assume grande importância, na medida em que prima pelo convívio do menor com ambos os genitores, mantendo o exercício conjunto da autoridade parental, bem como reserva aos dois o direito de participar das decisões que se referem à criança.

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte questionamento: como a guarda compartilhada poderá contribuir para um convívio social mais efetivo, entre pais e filhos, induzindo para a formação intelectual, social, psicológica e humana do indivíduo?

Com base neste questionamento, este trabalho busca subsídios dentro do contexto do direito de família, mais especificamente no Código Civil de 2002, no intuito de observar se a guarda compartilhada tem desempenhado o seu papel na formação, como um todo, dos indivíduos.

O presente estudo tem por objetivo demonstrar tais mudanças trazidas com a instituição da Guarda Compartilhada, além das consequências e vantagens que o seu deferimento poderá acarretar àqueles indivíduos envolvidos no rompimento da relação conjugal, buscando provocar inúmeras reflexões sobre um tema que merece muita atenção, devido sua importância em razão da expressa admissão como modelo de responsabilidade parental dos filhos de pais que não mais convivem. Para tanto, utilizou-se o tipo de pesquisa bibliográfica descritiva e documental. Também foram utilizados trabalhos publicados em datas recentes, em livros, periódicos, teses e dissertações, além dos recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

No primeiro capítulo tratamos do instituto da guarda, fazendo uma análise sob a ótica do Código Civil, Lei do Divórcio e Estatuto da Criança e do Adolescente. No segundo capítulo falamos sobre o poder familiar para justificar a guarda compartilhada. Uma vez que a família se dissolve, o poder familiar não é retirado, via de regra, de ambos os pais, sendo assim, a guarda, como dever do poder familiar, seria melhor deferida se a ambos o genitores chegassem a um consenso de que

ambos tem direitos e deveres iguais, quanto aos seus filhos. No terceiro capítulo, foi feita uma análise acerca do instituto da guarda compartilhada, demonstrando a sua importância no campo teórico e prático e, os efeitos da mesma em relação aos filhos, após a separação conjugal. Também, abordamos a aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, comprovando que é a melhor opção para pais e filhos. Enfatizamos que a proteção integral da criança está norteada pelo princípio do melhor/superior interesse da criança e do adolescente. Por fim, discorreremos sobre as modificações ocorridas na atual legislação, com relação a guarda compartilhada.

2 O INSTITUTO DA GUARDA

A guarda que também tem o significado de proteção, observação ou vigilância, nada mais é do que um direito-dever das funções que os pais têm de proteger, dar segurança e acompanhar o crescimento dos filhos até que alcancem a maioridade com a finalidade de educar e sustentar, dando-lhes uma boa formação moral, física e mental.

De acordo com o art. 33 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda essencialmente busca a educação e assistência moral do menor para se desenvolver de maneira saudável.

Durante muito tempo, a guarda foi tida como um dos efeitos do poder familiar. Os textos normativos foram interpretados no sentido de vincular o direito de guarda do menor, desta forma, o titular do poder familiar teria um direito de guarda quase absoluto. Entretanto, a partir dos anos de 1950, este conceito foi sendo abrandado, passando a guarda ser vista como sendo não de essência, mas de natureza deste, ao se permitir a concessão da guarda da criança ou adolescente, mesmo contra a vontade do titular do poder familiar, se isso atendesse melhor ao interesse do menor (RIBEIRO, 2007).

A rigor, a guarda passa a ser restrita ao guardião enquanto não forem os pais destituídos ou tiverem, suspenso o pátrio poder, subsistindo aos pais biológicos certas obrigações, tais como o exercício do direito de visitas e a obrigação alimentícia.

Rodrigues (1997, p. 21) diz que a “guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”.

São inúmeras as conceituações para a guarda no direito brasileiro, dentre elas, podem-se citar a descrita por Plácido e Silva (1997, p.336) em seu vocabulário jurídico, definindo que se trata de: Locução indicativa seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Para Strenger (1998) a guarda de filhos ou menores pode ser conceituada como o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.

Num sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações que venham a ocorrer cotidianamente.

Em outras palavras, é um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial. (OSORIO, 2009).

Portanto, entende-se que a guarda dos filhos é um direito e dever de quem permanece com a responsabilidade dos filhos, com o intuito de protegê-los e educá-los, garantindo-lhes um crescimento saudável.

A guarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos os pais, ora de proteção, ora de companhia dos filhos. Por se tratar de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes (LAUX; RONDI, 2003, p.177).

O instituto da guarda foi tratado em dois momentos no Direito Brasileiro, primeiramente em decorrência da dissolução da sociedade conjugal ou marital, e depois no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A regra prevalente é que na constância do casamento ou da união estável a guarda dos filhos menores, bem como todos os atributos do poder familiar, seja exercida conjuntamente pelos pais. Contudo, a grande dificuldade surge quando esses mesmos poderes são diluídos por conta da separação, do divórcio, ou da dissolução da união estável dos genitores, uma vez que em razão do rompimento dos pais haverá a fragmentação de um dos componentes do poder familiar, que é o direito de guarda.

Quando perturbada a convivência conjugal, ocorre a cisão da guarda e os filhos passam a conviver com apenas um dos cônjuges, ficando o outro com o direito de visita e de fiscalização.

Nem sempre pais e filhos têm o privilégio da convivência recíproca, sucedendo, por vezes, a morte de um dos pais ou distúrbios no relacionamento dos mesmos, que impedem o prosseguimento da mútua convivência. Dessa forma, o domicílio familiar uno deixa de existir e, em seu lugar, passa a existir duas residências, ocasionando, na maioria dos casos concretos, a definição da custódia dos filhos para apenas um dos genitores, ou excepcionalmente na repartição dessa guarda.

No Direito brasileiro fatores sociais como o declínio do patriarcalismo, do ruralismo, a revolução sexual, e a economia mundial, interferiram e, ainda interferem direta e indiretamente no ordenamento jurídico, pois o Direito é um conjunto de normas existentes a fim de organizar a sociedade, estando sempre sob a influência de costumes e fenômenos sociais. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, definiu a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações no que tange a família, sendo então que o poder familiar passa a ser exercido de forma igualitária entre os pais.

Historicamente, com relação ao destino dos filhos de pais que não convivem em união, na última década do século XIX, o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, em seu art. 90 estabelecia que através da sentença do divórcio, seriam entregues os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente, determinando a cota que o culpado prestaria para a educação dos filhos bem como a contribuição do marido para o sustento da mulher, se esta fosse inocente e pobre.

Em 1916, com o Código Civil, passou-se a distinguir as hipóteses de dissolução amigável e judicial da sociedade conjugal. Estabeleceu que, na dissolução amigável deveria ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a

guarda dos filhos (artigo 325). E na dissolução judicial, a guarda dos filhos seria atribuída de acordo com a existência de culpa de um ou de ambos os cônjuges, e pelo sexo e idade dos filhos, dando da seguinte maneira: os filhos ficariam com o cônjuge inocente; se ambos culpados ficariam com as mães as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, sendo entregue a guarda ao pai após completar essa idade; por fim, havendo motivo grave o juiz poderia dispor de maneira diversa (artigo 326).

Com a Lei 4.121/42 houve alterações no desquite litigioso, mas conservando o que dispunha ao desquite amigável com relação à guarda dos filhos. Desta forma, havendo cônjuge inocente, com este ficariam os filhos menores; sendo ambos os cônjuges culpados, a mãe passaria a ficar com os menores, não sendo mais observada a distinção de idade e sexo destes, salvo disposição contrária do juiz; se fosse verificado de que os filhos não deveriam ficar sob a guarda do pai e nem da mãe, o juiz era autorizado a deferir à guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurado o direito de visita aos pais.

O Decreto Lei 9.701/46 era que determinava sobre a guarda de filhos no desquite judicial, se no caso estes não entregues aos pais, mas sim à pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, assegurando ao outro o direito de visita aos filhos.

O Decreto-lei 3.200/41, em seu art. 16, determinou que a guarda do filho natural ficasse com o genitor reconhecente e, se o fossem ambos, sob o poder do pai, exceto se o juiz decidisse de maneira diversa, determinando a guarda analisando o interesse do menor.

A Lei 5.582 de 1970 modificou o artigo 16 do decreto lei 3.200/41, acrescentando a este, parágrafos, determinado que o filho natural reconhecido por ambos os genitores ficaria sob o poder da mãe, salvo se tal decisão trouxesse prejuízo ao menor. Previu também a possibilidade de colocar o filho sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. E, havendo motivos graves, poderia o juiz, a qualquer tempo, decidir de modo diverso, sempre se baseando no interesse do menor.

Os dispositivos que previam a guarda dos filhos no Código Civil de 1916, sendo eles do art. 325 ao art. 329, foram contrariados com o advento da Lei 6.515/1977, a chamada Lei do Divórcio. Pois, a citada lei contradizia-se ao código em vigor naquela época, e por ser lei especial revogou os dispositivos do código que

tratavam o assunto de forma diferente, subsistindo apenas o art. 329 que disciplinava a possibilidade da mãe ter em sua guarda os filhos do casamento anterior, só cabendo decisão diversa se o juiz percebesse que ela ou o padrasto não se comportavam de maneira conveniente. (SAMPAIO, 2010).

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 da Constituição Federal). Portanto, a guarda é um direito que impõe extensos deveres para com o menor.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 assegurou à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que regula as relações jurídicas e institutos referentes ao menor, dentre eles a guarda, destinada a regularizar a posse de fato do menor.

A princípio, a guarda prevista pelo ECA visa atender a criança em concreto estado de abandono ou tenha sofrido falta, omissão ou abuso dos pais (art.98 do ECA), tanto que o detentor da guarda poderá a todo e qualquer momento reclamar o direito de retirar o menor da posse de quem, a esteja ilegalmente detendo.

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou de adolescente (ECA, art. 33, § 1º, início), mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor – criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta, como se fosse uma família natural, de maneira duradoura (ECA, art. 33, § 1º, início), ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (ECA, art. 33, § 1º, fim) ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (ECA, art. 33, § 2º). (ROMERA, 2011).

Para todas as formas de colocação em família substituta, independe a situação jurídica em que se encontre a criança ou o adolescente. Assim, tanto faz se

está numa família ou numa entidade, se tem condições materiais ou não. Aliás, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, onde se inclui também a guarda (RTJ 48/427; RT 406/274), segundo jurisprudência, mesmo que para que a concessão desta inexista a condição obrigatória de perda ou suspensão da guarda (ECA, art. 23), que é condição indispensável tanto para a tutela como para a adoção (ECA, arts. 36, parágrafo único, 41 e 169).

Como o fim do instituto visa à proteção integral da criança e do adolescente, o interesse destes deverá ser levado em conta, sempre que possível, através da oitiva deles (ECA, art. 28, § 1º). (ROMERA, 2011).

A Justiça tem por escopo a decisão, que será tão mais útil quanto pronta. Assim, em se tratando de guarda de filho, não se pode adiar “*sine die*” a solução, pois isso significa negar a prestação jurisdicional ao menor, cabendo ao Magistrado apurar os fatos, ouvir a criança com o auxílio do Promotor de Justiça, decidir a questão e não manter a guarda com pessoa que nem sequer foi ouvida a respeito, conforme decisão do TJ-MG - Ac. da 4ª Câm. Cív. publ. em 6-6-94 - Ap. 6.228/1-Capital - Rel. desig. Des. Francisco Figueiredo (ROMERA, 2011).

O ECA não regula a guarda que decorre da separação dos pais, e sim, aquela onde esteja visíveis o estado de abandono, a orfandade, a omissão ou abuso dos pais, conforme o artigo 98 do ECA. No entanto, somente o fato da orfandade não basta para a determinação da guarda pelo ECA; é preciso envolvê-la às hipóteses do artigo 98 da referida Lei (direitos ameaçados ou violados), quando, então, emerge a competência da Justiça especializada, de acordo com o artigo 148, parágrafo único, alínea “a”.

O deferimento da guarda prevista no Estatuto atribui ao guardião, mesmo que de forma precária, a obrigação correspondente à criação, educação, assistência material e o direito de exigir do menor respeito e obediência.

A guarda, disciplinada nos artigos 33 a 35 do ECA, segundo Waldyr Grisard Filho (2002, p. 55), “*uma vez estabelecida, obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais, como se depreende do artigo 33*”.

Ainda, conforme Waldyr Grisard Filho (2002, p. 56), são previstas duas modalidades de guarda pelo ECA, quais sejam, definitiva e provisória. A primeira regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou

incidentalmente, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiro, onde é juridicamente impossível, de acordo com o artigo 33, §1º do ECA. É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção, e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses, segundo o artigo 33, §2º do ECA.

A definitividade da guarda é relativa, pois pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado, conforme o artigo 35 do ECA, tendo em vista que sua concessão não faz coisa julgada.

A guarda definitiva caracteriza-se por ser estabelecida em processo de cognição exauriente, no qual chega-se à conclusão, após o exame verticalizado da situação fática e jurídica, que o menor deve ficar sob os cuidados de determinada pessoa (tutor, pais adotivos, curador ou meramente guardião, nas hipóteses de guarda satisfativa), até que, em princípio, o guardado atinja a plena capacidade, só podendo ser alterada se houver fato novo, ou seja, se sobrevier a modificação da situação factual que serviu de arrimo para a regulamentação dessa guarda dita definitiva. (GESSE, 2001).

A guarda uma vez deferida permanece sob o controle do Estado, podendo a qualquer hora, por outra decisão judicial, ser revogada se a situação denunciada o reclamar, recomendando a remoção do guardião. Nesse caso, onde o interesse da criança ou adolescente deve ser resguardado, o Juiz, fazendo uso do poder discricionário, pode determinar a intimação do guardião para que preste esclarecimentos quanto ao comportamento que vem sendo adotado com o menor, ou até mesmo determinar que preste informações periodicamente sobre o exercício da guarda.

A guarda em caráter provisório é aquela em que concedida liminar ou incidental nos processos relativos à guarda ou tutela. Isto é, *“quando determinada precariamente para resolver a situação de alguma criança abandonada, devendo o juiz esclarecer àquele que a recebe as implicações que poderão advir de possíveis mudanças”* (NOGUEIRA, 2001, p.41- 42).

A guarda provisória é aquela conferida a título precário, nas hipóteses de criança ou adolescente que se ache abandonado ou sob a guarda de fato de pessoa que, não sendo detentora do poder parental e sem a intervenção judicial, toma a seu cargo a criação e a educação de menor com que, a princípio, não tinha qualquer

vínculo legal que lhe impusesse tal encargo. Ela perdura até que a situação da criança/adolescente, por intermédio de decisão judicial, seja definida. (GESSE, 2009, p. 20).

O ECA (1990), ainda prevê uma forma diferenciada de guarda fora dos casos de tutela e adoção, a guarda excepcional para fins de representação dos pais biológicos ou responsáveis observando-se não se tratar de representação plena, mas de atos a serem praticados por um guardião temporário como a autorização para o casamento em virtude de estarem os pais ausentes ou em local incerto e não sabido.

Em face das peculiaridades previstas em cada caso, encontramos a guarda subsidiada, em que não seja viável a tutela ou adoção, por inexistirem candidatos para tal mister, crianças ou adolescentes portadores de anomalia física ou mental necessitando de ambiente e tratamento especial.

O artigo 34 do ECA (1990), vem ao encontro dessas necessidades impondo ao Estado criação de um programa de lares remunerados, com pessoas habilitadas para atendimento a casos específicos de abandono comprovado, sem possibilidade de retorno dos menores à família original, por estarem os pais desaparecidos, falecidos, internados em hospitais psiquiátricos ou cumprindo pena em estabelecimento prisional.

A finalidade desta guarda é colocar a criança em lar substituto ante a ausência da família original ou a impossibilidade de ser criada por ela, é um contrassenso deferir-se a guarda para os avós, quando a criança esteja morando com os pais biológicos e por estes mantidas. (LEITE, 2011).

As decisões de guarda não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, daí poder-se afirmar serem passíveis de reexame, através de ação própria. É bom ressaltar que em matéria de direito de família, principalmente no que tange à guarda e o direito de visitação, não existe caducidade ou ineficácia da liminar concedida quando não proposta a ação principal no prazo de trinta dias.

Desta forma, os filhos não são e nem poderiam ser objeto da autoridade parental. São em verdade, sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não meros sujeitos passivos mais precisamente, os destinatários do exercício deste direito subjetivo com a preocupação de se atingir a dupla realização dos interesses do filho e dos pais.

3 O PODER FAMILIAR

O antigo Pátrio Poder mudou no novo Código Civil 2002 para Poder Familiar. Na época do antigo Código Civil (1916) quem exercia o poder sobre os filhos era o pai e não se falava no poder do pai e da mãe (pais). Mas esta situação mudou e hoje a responsabilidade sobre os filhos é de ambos (LUZ, 2009).

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “*pátrio poder*”, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil 2002. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação. (LÔBO, 2006).

Atualmente, o conceito do instituto “*patria potestas*” visa apenas o interesse e ao bem estar do menor, passando a ser, na verdade, um pátrio dever, de acordo com o qual os pais têm a obrigação de cuidar da pessoa dos filhos e de seus bens; é um verdadeiro direito de proteção. Não é mais uma tirania do pai sobre o filho, mas sim uma servidão do pai para tutelar o filho. Este direito, outrora, considerado como direito subjetivo, é definido, em nossos dias, como poder jurídico, ou melhor, dizendo, um poder familiar, exercido pelo pai e pela mãe, por delegação do Estado, no interesse da família. E deve ser compreendido como uma função que é constituída de direitos e deveres. Ao direito do pai corresponde o dever do filho e vice-versa. São direitos e deveres que se ajustam, formando uma verdadeira coerência funcional para a satisfação de fins que transcendem a interesses puramente individualistas (BEDESCHI, 2007).

Há muito tempo que o pátrio poder perdeu a vigor da potestas do paterfamilias, para ir se atenuando e, vindo a ser compartilhado com mãe em igualdade de condições não vige ainda a prevalência da vontade paterna, cabível ainda recorrer-se ao suprimento judicial a ser dado em segredo de justiça. Não obstante o art. 226 §5 CF/88 impor a paridade de direitos e deveres entre os cônjuges e, em especial no exercício do pátrio poder sobre os filhos. (LEITE, 2011).

A Constituição Federal 1988 estabelece igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres. O pátrio poder, no qual o homem detinha o posto de chefe da família, portanto, senhor das decisões familiares, é coisa do passado. A Constituição Federal e o novo Código Civil de 2002 estabelecem que os pais, sem distinção, são titulares do Poder Familiar. Dessa forma, cabe ao casal, entre outras coisas, a responsabilidade de criar, educar, guardar, manter e representar os filhos. Havendo divergência entre o casal quanto às decisões relativas aos filhos, deve a parte interessada recorrer à Justiça.

Os filhos enquanto são menores de 18 anos estão sob o poder dos pais e não podem praticar atos da vida civil sem a autorização deles. Estar sob o poder significa que os filhos devem obediência e respeito em relação aos pais e estes têm o dever de sustentá-lo e dar assistência moral, emocional e educacional.

Percebe-se que a lei é constituída em função privada e em posição de poder e de direito subjetivo, sendo esse irrenunciável, pois os pais não podem renunciar a posição da titularidade de pais, bem como inalienável, ou seja, é indisponível a transferência de pais para outrem a títulos gratuitos ou até onerosos. Ressalva em caso de delegação prevista em lei. É imprescritível, não prescreve pelo fato de não exercer as funções de genitor, a perda se compreende nos casos observados em lei. É incompatível com a tutela, não se nomeia um tutor se os pais provem de possibilidade de exercer o pátrio poder (BERNARDI, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990) trata do poder familiar em duas passagens, a saber: a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, arts. 21 a 24; b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do pátrio poder, arts. 155 a 163, que estabelecem regras próprias, uma vez que a legislação processual é apenas supletiva.

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

Quanto ao direito material, há convergência entre o novo Código 2002 e o ECA (1990) sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o novo Código, repetindo o anterior, opta pelas dimensões do exercício dos poderes, como será demonstrado abaixo. No ECA há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no novo Código, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (arts. 22 e 24). Em suma, não se vislumbra antinomia (cronológica ou de especialidade) entre os dois textos legais, não se podendo propor a derrogação da lei anterior (ECA), salvo quanto à denominação pátrio poder substituída por poder familiar. Como a menoridade, no novo Código, foi reduzida para até os 18 anos, deixou de haver divergência com o que o ECA denomina de criança (até 12 anos) e adolescente (até 18 anos) para fins do poder familiar, passa a ser a denominação comum aos campos de aplicação de ambas as leis. (LÔBO, 2006).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, prescreve artigo 226, parágrafo 5º, “*Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”. Portanto, a titularidade do poder familiar passou a ser exercida igualmente e simultaneamente entre os cônjuges, todas as decisões são tomadas em conjunto pelo casal, não havendo mais distinção. Na falta de um, o outro exercerá o poder familiar e, vice-versa, havendo divergência o juiz decidirá o conflito. No entanto, são de responsabilidade dos cônjuges à administração da pessoa e dos bens dos filhos não emancipados. (OLIVEIRA, 2010).

O ECA (1990), estabelece que o poder familiar seja exercido pelo pai e pela mãe, “na forma do que dispuser a legislação civil”. O novo Código refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos

previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade.

O ECA, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais (art. 22) “o *dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores*” e, sempre nos interesses destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo novo Código somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição. O dever de guarda não é inerente ao poder familiar, pois pode ser atribuído a outrem (LUZ, 2009).

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurarem aos filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (LÔBO, 2006).

É baseado no poder familiar que se determina a guarda do menor em favor dos pais, uma vez que esta é dever inerente daquele. Sendo assim, havendo a dissolução da união entre os pais o que melhor resguardaria os filhos seria a guarda compartilhada, uma vez que ambos manterão, via de regra, o poder familiar.

Destacam-se alguns dispositivos legais que demonstram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada antes da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que 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 em nosso ordenamento jurídico. O texto constitucional, prevendo a absoluta igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher (artigo 226, § 5º), reclama uma paternidade responsável (artigo 226, § 7º). O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre a proteção integral do menor (artigo 1º), impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento. Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar (artigo 16, V) e de ser criado e educado no seio de sua família (artigo 19), submetendo-se ao poder familiar do pai e da mãe, exercido em igualdade de

condições (artigo 21), a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação (artigo 22).

Diniz (2007) destaca que *“o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”*.

Trata-se de um encargo atribuído pelo Estado aos pais, no intuito de que estes zelem pelo futuro de seus filhos, que serão posteriormente entregues à sociedade. Diniz (2007) afirma que o poder familiar *“é uma espécie de função correspondente a um encargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo”*. É portanto, um encargo atribuído pelo Estado aos pais, em benefício dos filhos, de forma irrenunciável.

O poder familiar atribui aos pais inúmeros deveres e direitos irrenunciáveis, entre eles o dever de tê-los em sua guarda e companhia. Os pais precisam estar presentes na vida de seus filhos e esse dever é fundamental para que os mesmos possam crescer e se desenvolver. Desta feita, mesmo no caso de não haver coabitação com os genitores ou nos casos de separação, o poder familiar persistirá conjuntamente aos deveres intrínsecos a ele, devendo ser respeitados e cumpridos integralmente.

O poder familiar *“conserva ainda, a natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência (CC, art. 1.634, VII)”*. Destaca-se que a autoridade do pai é em benefício do desenvolvimento do filho e o poder de mando deve ser exercido dentro dos limites da lei, sem haver abusos. De acordo com Diniz (2007) o poder familiar, *“compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, como fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente. A autoridade paternal é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-lo à autonomia responsável”*.

A autoridade dos pais concentra-se, principalmente na educação e condução da criação dos filhos, impondo-lhes limites para que desde cedo compreendam o sentido das normas e que estas devem ser respeitadas. Os pais

conscientes de sua tarefa como educadores deverão preparar os filhos para a vida em sociedade.

Quanto à abrangência do poder familiar, pode-se afirmar que as prerrogativas dos pais decorrem do exercício do poder familiar. Conforme Miranda (2001) referindo-se ao Código Civil de 1916: “*o fato jurídico da adoção, considerada como uma das fontes do pátrio poder é tanto mais compreensível quanto se atenda que a verdadeira essência material dos fatos sociais está na relação sócio-psicológicas*”. Não obstante, o poder familiar abrange a filiação vislumbrando a isonomia constitucional, independente da origem de filiação, seja ela biológica, socioafetiva ou produto de reprodução humana artificial.

3.1 DIREITOS E DEVERES NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

O exercício do poder familiar abrange um complexo de deveres, impostos pela lei em benefício da prole, de acordo com o artigo 1.634 do Código Civil:

“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”.

É dever dos pais criar e educar os filhos. Não obstante, nem sempre essa tarefa é desempenhada com afeto e dedicação dos quais precisam uma criança. Outrossim, Venosa (2004) relaciona a importância deste dever para a formação da pessoa dos filhos: “*Cabe aos pais primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da*

criança. Falando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas [...]”.

Toda criança tem direito à participação efetiva de seus pais na sua educação. Assim, os pais devem estar atentos às necessidades materiais, afetivas e morais dos filhos, buscando sempre que possível atendê-las.

A guarda é ao mesmo tempo um dever e um direito, como por exemplo, o de reter o filho no lar, o de reger sua conduta, o de reclamar a guarda de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias prejudiciais e de frequentar lugares que sejam apropriados à idade. Todavia, ao pai que não fica com a guarda tem o dever de companhia, cabendo os mesmos deveres, como o de providenciar pela vida do filho, de velar pela sua segurança e saúde e prover o seu futuro.

A responsabilidade dos pais, de ter os filhos em sua guarda e companhia, enseja uma constante atuação de ambos os progenitores. Elias (1999) lembra que: *“os pais têm direito de ter os filhos em sua companhia e guarda. Isso, naturalmente, é complemento indispensável para o cumprimento do dever de educar, tarefa que não se pode cumprir a longa distância”.*

As prerrogativas atribuídas à criança, em virtude do poder familiar, é no sentido de se priorizar a criação e educação no seio da família que a gerou, sendo que as penalidades de suspensão e destituição do poder familiar ganharam contornos de subsidiariedade, devendo sempre ser priorizada a convivência familiar.

Em virtude da importância que ambos os pais exercem no processo de formação dos filhos, Comel (2003, p.93) lembra que *“o lugar da criança e de um jovem é dentro da família, pobre ou não, em que o mais importante é a efetivação racional e não necessariamente melhores condições materiais”.*

A Constituição Federal no artigo 227, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente em muitos artigos estabelece o respeito à dignidade, que são sintetizados por Ramos:

Toda criança ou adolescente tem direito à convivência familiar (art. 19 do ECA), à liberdade, ao respeito, à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição Federal e nas Leis (art. 15 do ECA), assim como liberdade de opinião e expressão, participação na vida familiar

e comunitária (art. 16 do ECA), além de inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, dos valores, ideias e crenças (art. 17 do ECA), sendo dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente (art. 18 do ECA)".(RAMOS,2005)

O dever de guarda é muito importante para que se efetivem as demais prerrogativas do poder familiar. Neste sentido, Miranda afirma:

O pai, a exemplo da mãe, não poderia bem prover a educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou materna, ou em qualquer lugar que lhe provesses, como colégio, escola de artífices, etc., fixar-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher etc. o conjunto desses pequenos direitos paternos, ou maternos, é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda de seu pai, ou de sua mãe.(MIRANDA, 2001)

O dever de guarda e companhia é um dos mais importantes deveres intrínsecos ao poder familiar, pois se não há guarda e companhia, não há como os pais prestarem assistência, exigir obediência e educar os filhos, pois tudo depende da convivência diária e saudável entre pais e filhos.

Como menores, os filhos têm o dever de obediência aos pais, salvo nos casos de abuso, conforme afirma Venosa, referindo-se ao Código Civil de 1916:

Os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos. Não há, contudo, uma subordinação hierárquica. O respeito deve ser recíproco. A desarmonia e a falta de respeito, em casos extremos, podem desaguar na suspensão do pátrio poder. Podem também os pais exigir serviços próprios da idade do menor. A legislação trabalhista proíbe seu trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14, conforme art. 7º, XXXIII, da CF, sendo-lhe proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre até os 18 anos. Todos os abusos em matéria de menor devem ser severamente combatidos com a perda do pátrio poder (art. 1.638, art. 395, I) por outro lado, o Código Penal tipifica o crime de maus tratos, previsto no art. 136. (VENOSA,2004)

O dever de obediência, respeito e colaboração é no sentido de que os filhos deverão fazê-lo no limite legal. Os pais, por sua vez, deverão educar e cuidar dos filhos em um ambiente saudável e harmonioso, sem abusos do poder familiar.

Vieira (2002, p.42) destaca que "*compreendendo, entre outros, o dever de vigilância que possuem os pais e que os torna responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores em seu poder e companhia, estando obrigados à reparação civil dos danos por eles causados (CC, art. 1.521, I e novo, art. 932, inc. I)*".

Os direitos e deveres, na relação paterno-filial, estão contidos em vários dispositivos legais que visam preservar a criança e o adolescente de possíveis abusos e omissões.

3.2 O PAPEL DOS PAIS NO DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS

A família tem papel fundamental no perfeito desenvolvimento dos filhos. Dependerá dos pais, que são os naturalmente capazes e instituídos por lei, estabelecerem formas para a realização da educação, de ensinar aos filhos o uso adequado da liberdade, dos limites e das responsabilidades e principalmente de estreitar os laços afetivos e morais.

Desta feita, é fundamental para qualquer ser humano ter uma família, pois é nesse meio que se terá os primeiros contatos com a vida em sociedade, que se exteriorizarão as emoções e aprender-se-á sobre a vida. *“A base de tudo é a família e nesta deve repousar qualquer linha primeira de ação”*.

O cuidado e o carinho dos pais para com os filhos são de fundamental importância e devem acontecer desde a concepção, durante o parto e no nascimento, bem como, crescer gradativamente durante a infância e adolescência, estreitando os laços entre pais e filhos.

“A pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vai necessitar de ajuda e participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela”. (COMEL 2003, p.93).

O calor da afeição e a transmissão do amor devem ser passados diariamente aos filhos, através de sorrisos, abraços, gestos e continuar quando estes se tornam adultos, pois as crianças que são amadas e aceitas têm condições de desenvolver-se melhor.

Tanto o pai quanto a mãe colaboram para a formação e desenvolvimento físico, psíquico, moral e ético dos filhos, cabendo à mãe um papel mais flexível, passando noções de afeto e segurança; já, ao pai cabe o papel de formação de caráter e da personalidade. (BOFF 2005, p.195) lembra que *“pertence ao pai fazer compreender ao filho que a vida não é só aconchego, mas também trabalho, que não é só bondade, mas também conflito, que não há apenas sucesso, mas também fracasso, que não há tão-somente ganhos, mas também perdas”*. Compete ao pai ensinar os limites da vida e transmitir valores éticos e morais, que serão o alicerce

da personalidade, pois todo filho é produto de suas relações familiares. Assim, será na soma de ambos os papéis que se formará uma pessoa equilibrada e preparada para a vida.

Para Anton, “o pai representa para o filho a libertação. Segundo ela, quando a menina, sente-se valorizada pelo pai, aumenta a confiança, a auto estima e permite que ela venha a sentir atração pelos homens, tornando-se capaz de manter uma relacionamento afetivo e sexual satisfatório”. (ANTON, 2000, p.158).

Os valores discursados e praticados no seio da família têm um peso significativo e quanto menor a criança, maior é a necessidade dessas referências e valores, as quais sempre estarão presentes, até a vida adulta.

Torello destaca a necessidade da presença dos pais:

Tanto a criança como o adolescente sente a necessidade de ambos os pais e, sobretudo, da vitalidade e do senso comum da mãe. À margem de toda e qualquer especulação ou polêmica científica, bastaria que pai e mãe atuassem em comum e de forma criativa, que se completassem um ao outro espontaneamente e que tivessem em conta que nenhum deles pode ser substituído pelo outro. A presença ativa do pai revela-se cada vez mais necessária para um crescimento equilibrado dos filhos [...]. (TORELLO,2008).

No contexto do papel dos pais, quanto ao desenvolvimento e educação de seus filhos, percebe-se a importância da escola no processo educativo. Porém, a responsabilidade da escola é passar conhecimento, enquanto que aos pais cabe a educação de seus filhos e inculcar-lhes princípios éticos e morais, conforme enfatiza Vecchio:

A educação envolve três aspectos: a personalidade, o caráter e as informações e conhecimentos necessários a sobrevivência. As bases que desenvolvem o caráter da criança corresponde aos pais, cabendo a escola o papel de orientadora e reforçadora da educação familiar, que devem ensinar os modelos de convivência e exemplificar a verdade, a alegria a paz, a tolerância e a justiça. (VECCHIO,2006).

Felipe (2000, p.02) ressalta que “a delinquência muitas vezes tem sua nascente no seio da família em situação de risco”. No mesmo sentido, Pereira (1999) destaca que a ausência das funções paternas já se apresenta hoje, como um fenômeno social alarmante que tem gerado péssimas consequências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinquência juvenil:

Essa ausência paterna e o declínio do pater-viril está acima da questão da estratificação social. É um fenômeno e consequência das transformações sociais iniciadas na revolução feminista, a partir da redivisão sexual do trabalho e a consequente queda do patriarcalismo. O desafio do novo milênio será a reaprendizagem da organização da polis, considerando que não é possível pensar o estado sem seu núcleo básico, a família. Não é possível este núcleo básico sem o lugar estruturante do pai. Teremos que reaprender, então, diante das novas formas de família, e nesse novo contexto social, o que é um pai, pois já sabemos que a ausência dele pode ser desestruturante para o sujeito. (PEREIRA,1999).

A família passou por mudanças consideráveis, porém cada um de seus membros, mesmo que de forma diferente, ainda exerce papel fundamental e estruturante, ficando cada vez mais evidente e necessária a atuação de ambos os pais na educação e criação dos filhos. Dessa forma, é preciso que os genitores tenham plena consciência da importância que têm na vida e na educação dos filhos.

Hoje, muitos são os tipos de estruturas familiares e não se pode mais falar de um modelo de pai. Antigamente, a família patriarcal era soberana, em que o pai cumpria seu papel ao prover autoridade, segurança física e financeira. Para Comel (2003, p.93), *“atualmente, o pai deve procurar uma participação mais efetiva, dividindo responsabilidades e prazeres ao lado dos filhos, mesmo após a separação. Contudo, o pai que vive separado do filho, na maioria das vezes, se reserva a obrigação legal do pagamento de uma pensão alimentícia e de um direito de visita”*.

3.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA E O DEVER DE VISITAÇÃO

A convivência efetiva com os pais, mesmo após a separação, é fundamental para que a criança se desenvolva de forma saudável. A proteção ao direito à convivência familiar está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos. 4º, caput e 19 a 52, com especial proteção na Constituição Federal em seu artigo 227. Desta forma, a legislação prevê que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, entre outros, o direito à dignidade e à convivência familiar e comunitária.

Grisardo (2005, p.45) afirma que *“o direito à convivência familiar, há de ser priorizado pela sociedade, poder público, mas, essencialmente, pelos pais, pois suas responsabilidades não se resumem a dar vida a um ser humano. É*

fundamental que esse ser, tenha uma criação implementada com afeto e aconchego". Assim, apesar da lei referir-se à guarda como um direito dos pais, também é o menor titular de igual direito de ser visitado.

O grande problema da questão do direito à convivência familiar é quando ocorre a separação dos pais, pois é nesse momento que ambos devem deixar de lado suas diferenças e priorizar as necessidades físicas e psíquicas dos filhos. A dissolução do casamento ou união estável atinge toda a família, mas principalmente os filhos, que se sentem ameaçados e inseguros, diante da temerosa decisão de quem ficará como guardião. *"Assim, se por um lado, a separação dos pais, muitas vezes resolve o conflito entre eles, para os filhos traz sérias consequências, pois sempre lhes resulta em muitas perdas"*.

O direito de visitas, decorrente do direito à convivência familiar, alicerça-se na necessidade de cultivar o afeto na relação paterno-filial, e de manter um convívio familiar real, efetivo e eficaz, mesmo não havendo coabitação, conforme explica Grisardo:

Diante de uma desunião, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, encurtando, quanto possível, o contato que existiria no seio da família unida. A pendência desses processos devem repercutir minimamente sobre os filhos mediante o regime de visita pretende-se, de certa maneira mitigar a necessidade de convivência dos filhos com seus pais quando estão sob a guarda de um só destes.(GRISARDO,2005,p.45).

Normalmente quando ocorre a separação dos pais, existe um acordo sobre o valor da pensão alimentícia e a programação das visitas, do genitor que não detém a guarda. Ou seja, *"o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação"*.

Outrossim, quando findo o relacionamento dos pais, não há interferência no exercício do poder familiar, em conformidade com o artigo 1.632 do Código Civil. Nesse sentido Dias destaca:

O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando da separação ou do divórcio dos genitores o que não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (CC, 1.579). [...] a guarda absorve apenas alguns

aspectos do poder familiar. A falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. (DIAS,2007).

A programação de visitas deve ser respeitada, pois a criança já está sofrendo com a separação de seus pais; logo, não é justo fazê-la sofrer ainda mais em virtude da ausência de um deles. Ambos são de fundamental importância para sua formação. Infelizmente, em muitas situações, os pais estão revoltados entre si e acabam litigando sobre a guarda apenas para ferir um ao outro, esquecendo que no meio desta atitude impensada está uma criança.

Brandão (2003, p.71) menciona que “[...] não é difícil supor que, em meio ao litígio conjugal, a criança é transformada numa marionete, num brinquedo, num troféu ou, para usar vocabulário psicanalítico, fetiche ou objeto que tampona a falta”.

Por outro lado, sabe-se da dificuldade do casal em adaptar-se à nova situação e dar continuidade à convivência e dividir responsabilidades sem existir a coabitação. Assim, para que possam cumprir suas responsabilidades com sucesso, deverão priorizar o convívio familiar e para isso *“é necessário mais que responsabilidade, é preciso ter afetividade, que é o que se espera que exista entre os membros de uma família, pois uma convivência equilibrada na infância tem como efeito maiores probabilidades de atingir a realização pessoal na idade adulta”*.

Dias explica que além do trauma que a separação pode acarretar aos filhos, os pais podem agravar as consequências fazendo com que ocorra o fenômeno, no qual ela denomina, Síndrome da Alienação Parental:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade - induzindo a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimento e destruição do vínculo entre ambos. (DIAS, 2007)

O egoísmo dos pais durante a fase da separação afeta diretamente os filhos, vez que não conseguem deixar de lado suas mágoas e priorizar o bem-estar psíquico dos filhos.

As crianças foram reconhecidas como sujeitos de direitos e, a legislação impôs prioridade aos interesses dos filhos em detrimento dos interesses dos pais.

Mesmo assim, Ramos (2005) lembra que os pais passam a reivindicar a criança, como se esta se tratasse de um objeto, não estando motivados, muitas vezes, pela proteção do interesse desta, mas apenas pela fonte de reconhecimento social para a sua realização e satisfação pessoal, afetando o ex-companheiro.

Recentemente o “*Caso Isabela*” pôs em pauta a discussão sobre a guarda e visitas, nos casos em que, os genitores não convivem sob o mesmo teto. É preciso avaliar cautelosamente cada caso em concreto, sob a ótica da proteção integral da criança e do melhor interesse dos filhos, para que o direito à convivência familiar seja efetivado em proveito do menor e não em seu prejuízo.

Igualmente importante trazer à baila que hoje, com a promulgação da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual institui e regula a guarda compartilhada, os pais podem exercer conjuntamente a guarda dos filhos. Conforme Lotufo (2007), diante dos problemas que surgem com a separação, como os sentimentos de angústia e sofrimento, que afloram entre os pais, quando ambos amam de igual forma os filhos e não querem causar-lhes mais dor, com o afastamento de um dos pais, a solução quando possível é a escolha da guarda compartilhada.

Abandonar um filho é violar sua dignidade, pois esse necessita do amparo constante de ambos os genitores. Salieta-se que, uma vez fecundado laços afetivos de mútua convivência, rompe-los bruscamente, causa danos à personalidade do ser em desenvolvimento e, muitas vezes, irreparáveis. Portanto, é necessário sempre priorizar os interesses dos filhos, garantindo-lhes um desenvolvimento saudável e digno, mesmo que isso exija alguns sacrifícios, emocionais e materiais, dos progenitores.

4 A GUARDA COMPARTILHADA NA ATUALIDADE

A guarda compartilhada surgiu com a finalidade de suprir as deficiências das outras espécies de guarda, em especial a unilateral. Nesta, perdura o tradicional sistema de visitas do pai e sua exclusão em relação às tomadas de decisões sobre a vida da criança, ficando tais decisões a cargo da mãe, guardiã única dos filhos na grande maioria dos casos. Entende-se que o afastamento quase que por completo de um dos genitores pode gerar relevantes prejuízos aos filhos, quer seja de ordem emocional, quer seja de ordem social.

Segundo Grissard Filho (2002) a guarda compartilhada mostra-se como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os pais na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência do menor com o não guardião.

Antes do advento da Lei 11.698 de 2008, havia controvérsia jurisprudencial acerca da admissibilidade da guarda compartilhada. Segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, atinente ao registro civil do ano de 2009, 87,6% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos concedida às mulheres. É usual no País o entendimento de que as mães sejam responsáveis prioritárias pelos filhos. Na pesquisa foi apurado que a adoção da guarda compartilhada correspondia a apenas 4,7% das separações (BRASIL, 2010).

A guarda compartilhada já é utilizada há algum tempo no direito estrangeiro, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos.

O instituto da guarda compartilhada teve início na Inglaterra na década de sessenta, onde existiram as primeiras decisões no sentido de ambos os pais serem conjuntamente responsáveis pelo sadio desenvolvimento da prole. Buscou-se distribuir igualmente, entre os genitores as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos, resgatado ao pai a capacidade de dirigir conjuntamente a vida dos menores.

O Código Civil Francês estabeleceu com a inovação trazida pela lei Malhuret¹, de 1977, que, após ouvir os filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o magistrado, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda (LEITE, 1997).

No sistema português, apenas existia a codificação do regime da guarda única. Com advento da lei nº 84, de 31 de agosto de 1995, foi alterada a parte do art.1906 do Código Civil Português, cujo nº 2 estabelece que os pais possam acordar sobre o exercício em comum do poder parental, decidindo as questões relativas à prole em condições idênticas as que vigoravam na constância do

matrimônio. Assim, Portugal introduziu em sua legislação um breve conceito de guarda compartilhada, que possibilita a informação da existência de tal instituto por todos (DIÁRIO DA REPÚBLICA, 1995 apud COMEL, 2003).

No art. 154 do Código Civil Espanhol de 2002, os pais são co-titulares do exercício do poder familiar, cabendo-lhes a faculdade de ter os filhos menores em sua companhia. A Constituição espanhola proclama clara e terminantemente a igualdade jurídica plena dos cônjuges, da qual segue numerosas consequências, dentre elas a guarda conjunta do pai e da mãe. A nova lei do matrimônio, sete de julho de 1981, em seu art. 66, estabelece que o marido e a mulher sejam iguais em direitos e deveres e que a separação, a nulidade e o divórcio não exoneram os pais de suas obrigações para com os filhos, conforme o art. 92. No caso de separação, em princípio, a guarda corresponderá àquele pai com quem conviva o filho, podendo o juiz, se solicitado pelo outro genitor e no interesse do filho, atribuir ao solicitante o exercício conjunto, através do art. 156, § 5º, do Código Civil. (COMEL, 2003).

Depois de se difundir em países da Europa, o instituto chegou às Américas com aplicabilidade no Canadá, Argentina, Uruguai e principalmente nos Estados Unidos, país que mais se aplicou a este estudo, e a maioria de seus estados já adota francamente a guarda compartilhada. Inúmeros juristas estadunidenses estão dedicando-se a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme da guarda compartilhada em todo o país. A American Bar Association, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores. Portanto, percebe-se que a regra é o compartilhamento, sendo que a exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida. (GRISARD FILHO, 2002).

De acordo com Gobbi (2003) o Estado de Connecticut se destacou no ano 2000 entre os norte-americanos, ao conceder a Guarda conjunta em torno de 41,2% para os casais que se separaram. Em 2001, novamente fez jus a novas honrarias em consequência de ter implementando programas de apoio interdisciplinar de mediação familiar na educação dos pais que estão por se separar, a qual inclui severas advertências sobre o impacto do divórcio na família, sua repercussão sobre os filhos, e programas de reestruturação das mesmas sem romper os laços parentais com seus filhos. Trata-se de um programa obrigatório de mediação interdisciplinar, ministrada por advogados, psicólogos e assistentes sociais, que prevê a possibilidade de serem aplicadas sanções coercitivas pelo juiz,

àqueles que forem negligentes com suas responsabilidades em relação aos filhos e o fornecimento de guias a serem seguidos para o bom gerenciamento da guarda conjunta por ambos os genitores, entres outras coisas. Tudo isso para reduzir o efeito maléfico da separação sobre os filhos menores.

Desta forma, no Direito comparado prevalece o sistema de exercício conjunto, como principio geral, tanto em países da Europa, até mesmo socialistas, como na maioria dos países latino americanos.

As profundas alterações sociais e familiares que aconteceram no último quarto do século XX provocaram em todas as legislações, substanciais mudanças nessa matéria, reequilibrando os direitos parentais e colocando o menor no centro da questão, reequilibrando os direitos parentais e colocando o menor no centro da questão, colimando que conquiste umas boas formações intelectuais, morais, dentro da maior rigidez somática e psíquica, não mais importando o interesse dos pais, se não o dos filhos. Segundo Lopes (2009) a necessidade de garantir ao menor uma melhor qualidade de suas relações com seus dois pais, juristas, psicólogos, sociólogos buscaram nova fórmula de comunicação entre esses sujeitos, que exalta o exercício compartilhado da autoridade parental e considera o menor como sujeito de direitos de civis, humanos e sociais.

A guarda compartilhada é orientada para manter viva a relação dos pais e filhos, com objetivo de desenvolver o vínculo afetivo ao proporcionar maior tempo de relacionamento dos filhos com os pais após a dissolução do vínculo conjugal. E protege um bem precioso: a vida do ser humano em sua formação, a criança e o adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional.

A guarda compartilhada é a atribuição da guarda jurídica do menor a ambos os pais, para que exerçam igualmente os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, vem assegurar essa continuidade do casal parental, em benefício do menor.

O pai e mãe separados entre si estão em igualdade, relativamente às responsabilidades na educação e formação dos filhos e ao direito de convívio com as crianças.

As consequências da separação conjugal, na vida dos filhos, diminuem, pois a *“guarda conjunta preservaria o relacionamento pais-filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda”* (COUTO, 2007,

p.2). Guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única, ou seja, é a divisão da guarda jurídica. (COUTO, 2007).

É inegável, igualmente, que o filho tem o direito de usufruir da companhia de seus pais. Levando-se em consideração tais fatos, está-se introduzindo, em diversos ordenamentos jurídicos, a denominada guarda conjunta ou compartilhada, a qual tem como objetivo possibilitar que os pais separados continuem exercitando, conjunta e plenamente, o pátrio poder em relação à pessoa dos filhos. (GESSE, 2001).

No Código Civil de 2002, podemos perceber a evolução no dispositivo que se refere ao deferimento da guarda ao cônjuge que apresentar melhores condições de assumi-la, ficando com isso, afastada a antiga imposição de que será sempre da mãe tal responsabilidade. (MASSAFERA, 2011).

Assim, se Constituição Federal assegura a perfeita simetria entre os direitos e deveres dos cônjuges, notadamente no tocante ao poder familiar como efetivamente ocorre; se reconhecidamente a criança tem o direito de conviver com ambos os pais, ainda que estes estejam separados e; se a convivência dos pais não se constitui em requisito essencial para o exercício do poder parental, do qual a guarda é parte integrante, torna-se forçoso concluir que a guarda conjunta encontra guarida no nosso sistema jurídico. (GESSE, 2001).

Nada obsta que os cônjuges, por ocasião da separação, acordem que as decisões versando sobre a educação, saúde e domicílio do guardado serão por eles tomados em conjunto, o que, no meu sentir, configuraria, ainda que de maneira tímida, a modalidade de guarda conjunta, a qual, a bem da verdade, nenhum prejuízo traria ao interesse do menor.

Registre-se, por pertinente, que a guarda compartilhada não poderia ser estabelecida em havendo disputa entre os pais que objetivasse a guarda exclusiva ou única. É que, a discórdia dos pais resultaria, no mínimo, numa duplicidade de autoridade e, conseqüentemente, na diversidade de rumos quanto à criação e educação do guardado, conduzindo, de forma inevitável, lesividade à formação psicossocial do menor. (GESSE, 2001).

É importante ressaltar que para o sucesso da guarda compartilhada, o casal deve priorizar o bem-estar dos filhos, se relacionando de forma harmônica, de modo a promover uma criação pacífica.

Nessa guarda é imprescindível a relação saudável pós-separação, pois isso se torna um parâmetro para o consentimento judicial, sendo que se necessário, ela poderá ser alterada a pedido das partes, sejam os pais, os filhos e até mesmo de ofício pelo juiz.

Para se verificar a existência dos pressupostos mínimos exigidos para o deferimento da guarda compartilhada surge a Mediação. Em tal procedimento, se faz uma espécie de triagem com o casal, garantindo uma oportunidade de comunicação entre eles e conseqüentemente a chance de o juiz, ao verificar que qualquer das partes não preenche o mínimo de condições de arcar com a divisão de responsabilidades, poderá alertá-los e conduzi-los a outra decisão, sempre para que os filhos envolvidos não sejam prejudicados (MASSAFERA, 2011).

Assim, o instituto possui o escopo de tutelar não somente o direito do filho à convivência assídua de ambos os genitores, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual completo, além da manutenção da referência materno-paterna no dia a dia, mas também o direito dos genitores de desfrutar da convivência assídua do filho, permanecendo os laços afetivos e familiares (OSORIO, 2009).

A guarda compartilhada permite que os pais participem diretamente e simultaneamente da vida dos filhos, dividindo a responsabilidade e cumprindo cada um o seu papel. Eles interagem deixando claro que a separação ocorreu entre o vínculo conjugal e não entre vínculo materno/paternal.

Há quem diga que os filhos se sentem mais próximos dos pais do que quando o casal vivia sob o mesmo teto, pois muitas vezes, as discussões e crises conjugais acabam por distanciar as crianças da realidade e dos próprios pais.

Devemos considerar a guarda compartilhada como opção, diferente da obrigação de cuidar da prole que muitas vezes é considerada imposição pelo judiciário. O casal bem resolvido opta pelo instituto conscientemente.

Os aplicadores do direito devem ter em mente que os direitos da criança devem ser protegidos, tendo em vista sua condição de hipossuficiência, a guarda compartilhada deverá ser deferida toda vez que representar maior benefício aos menores envolvidos. Assim fica bem claro que a guarda compartilhada tem o

objetivo de privilegiar o melhor interesse da criança, já que a responsabilidade parental tem impacto decisivo no desenvolvimento social, emocional e afetivo do menor. A natureza do poder familiar tem como embasamento o respeito aos princípios da dignidade humana, da liberdade de exercício das funções de pai e mãe e do melhor interesse dos filhos, assim como nos deveres inerentes à condição de pais, elencados pelo artigo 227 da CF/88, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, direitos estes cujo titular é o filho. A criança que vivencia uma sobrevivência com seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, tem sua autoestima fortalecida e este fato, frente ao contexto da separação dos seus pais, irá lhe trazer maior segurança, evitando o sentimento de que suas necessidades foram negligenciadas após a ruptura conjugal de seus pais. (SUZARTE, et al, 2011).

O artigo 1.583 do Código Civil foi, segundo Machado e Chinellato (2010), totalmente alterado pela Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, que entrou em vigor no dia 16 de agosto do mesmo ano. A nova redação do artigo prevê a possibilidade de os genitores fixarem a guarda unilateral ou compartilhada.

De acordo com Carvalho Filho (2010, p. 1732) o artigo 1.584, no inciso I, prevê que a guarda unilateral ou compartilhada pode ser requerida de comum acordo pelos pais, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. No inciso II, composto por cinco parágrafos, prevê no primeiro parágrafo que, ainda na audiência de conciliação, o juiz informará aos pais o significado da guarda compartilhada, em sua importância, a semelhança dos direitos e deveres, bem como suas sanções, caso sejam descumpridas. O parágrafo 2º recomenda que, em não havendo acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seja aplicada pelo juiz, sempre que possível, a guarda compartilhada. Pelo parágrafo 3º, o juiz poderá valer-se de orientação técnico-profissional ou laudos de equipe interdisciplinar para, convencendo os pais e superando seus conflitos, definir as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência. O descumprimento imotivado do deliberado pelo juiz importará restrições, quanto à guarda, ao desobediente, conforme consta do parágrafo 4º. O parágrafo 5º versa que cabe ao juiz verificar a permanência do filho com o pai ou a mãe, sendo que, em seu exame concluir ser desaconselhável a permanência dos filhos em companhia de qualquer dos genitores, deve conferir a

guarda a terceiro. O novo guardião, de notória idoneidade, deverá revelar compatibilidade com a função. Será escolhido pelo juiz, que levará em conta o seu grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade com os menores. O encargo, excepcionalmente, poderá recair sobre um terceiro não parente do menor.

No final do ano de 2014, especificamente na data de 22 de dezembro, a então Presidenta da República, Sra. Dilma Roussef, sancionou a Lei nº 13.058/14, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), os quais já tratavam da guarda compartilhada aos genitores e sua aplicabilidade na prática.

Portanto, o Projeto de Lei (PLC nº 117/2013) do deputado Arnaldo Faria de Sá do partido político PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), que tramitou por 3 (três) anos na Câmara dos Deputados e fora aprovado pelo Senado Federal em 26 de novembro de 2014, o qual originou a supracitada Lei nº 13.058/2014, sancionada recentemente e sem vetos pela nossa atual Presidenta da República, não inovou com o instituto da guarda compartilhada, uma vez que, desde o ano de 2008, a Lei nº 11.698 já estabelecia a respeito de tal instituto, trazendo a necessidade da divisão de responsabilidades e despesas quanto à educação, manutenção, criação e convívio com os filhos comuns.

Ou seja, em seu artigo 1.584, §2º, o Código Civil já prescrevia a aplicação da guarda compartilhada aos genitores, sempre que possível, uma vez que, mesmo separados fisicamente, os genitores ainda deveriam continuar como responsáveis pela manutenção, convívio, educação e criação dos filhos comuns, em prol das próprias crianças, as quais se beneficiariam com a presença de ambos os genitores, conforme determina inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente e nossa Constituição Federal, conforme verifica-se:

Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, na prática, o que ocorria na maioria das situações judiciais, era o litígio entre os genitores, ou seja, uma relação desarmoniosa e desrespeitosa, sem o consenso quanto a definição da guarda dos filhos, cabendo ao magistrado determinar, na maioria das vezes, uma guarda unilateral a um dos genitores, e destaca-se que um índice superior concedido às mães em detrimento aos pais, talvez por questões culturais e históricas, já que a nossa Constituição Federal proclamou que todos são iguais perante a lei, seja homem ou mulher, mas desde que, no caso da concessão da guarda, tal genitor demonstre possuir melhores condições para exercer a guarda do filho.

Portanto, antes do advento da Lei nº 13.058/2014, por mais que já existisse a guarda compartilhada, ainda a guarda unilateral se via com predominância no judiciário, isto por conta da falta de estabilidade emocional entre os pais, que não consentiam quanto a concessão da guarda, conforme depreendemos em alguns julgados. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL – DIVÓRCIO LITIGIOSO GUARDA E RESPONSABILIDADE – GUARDA UNILATERAL CONCEDIDA À MÃE – INCAPACIDADE DE CONVIVÊNCIA DO PAI COM OS FILHOS SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS DO PAI AOS FILHOS – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Nos termos da jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça, a guarda compartilhada somente é possível de ser concedida quando os pais, mesmo separados, mantêm uma boa convivência e diálogo, a fim de permitir a preservação do melhor interesse das crianças. 2. No caso concreto, a fim de resguardar a incolumidade física e psíquica dos infantes, mostra-se plausível a manutenção da guarda exclusiva à mãe, bem assim a suspensão do direito de visitas do pai aos filhos menores, até que o genitor apresente, doravante, equilíbrio emocional, com aceitação da separação conjugal e, principalmente, comportamento de afetividade e proteção às crianças, condições estas que podem ser alcançadas mediante “acompanhamento psicoterápico individual, de base sistêmico-relacional

fora do âmbito judicial, por tempo indeterminado como forma de superar o sofrimento que se presentifica no convívio com os filhos. Parecer Técnico.3. Recurso conhecido e provido”.

(TJDF. Apelação Cível nº 20100111454125. 3ª Turma Cível. Desembargadora Relatora Silva Lemos. Publicado no DJe em 06/11/2014).

Frise-se que, antes do advento da Lei nº 13.058/2014, a guarda unilateral era comumente adotada pelos magistrados, pois o que pressupunham para atribuir a guarda compartilhada era a ausência de litígio, ou seja, a relação harmoniosa entre os pais, o que geralmente não é fácil, por mais que não estivessem mais juntos e já tivessem constituído novas famílias, caso contrário, o magistrado tendenciava a atribuir a guarda unilateral, conforme depreendemos pelo julgado do Desembargador Lamberto Sant’Anna, in verbis:

"GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE-PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido”.

(TJMG. Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000. Publicado no DJe em 24/10/2003).

Outro entendimento não poderia ser outro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme verificamos em recente julgado, senão vejamos:

“GUARDA. TUTELA ANTECIPADA. COMPARTILHADA OU UNILATERAL. INTENSA LITIGIOSIDADE. 1 - Decisão não acolheu, em tutela antecipada, pedido do pai de guarda compartilhada. 2 - O alto grau de litigiosidade entre os pais da criança não autorizam, pelos elementos trazidos no agravo, a modificação da guarda unilateral da mãe para a forma compartilhada. 3 - Recurso não provido”.

(TJSP. Agravo de Instrumento nº 0140557- 86.2013.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Alexandre Lazzarini. Publicado no DJe em 05/02/2014).

Com o advento da Lei nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), temos que o magistrado deverá priorizar o instituto da guarda compartilhada mesmo quando não haja consenso entre os pais e mesmo quando não haja um relacionamento harmonioso entre eles, com exceção quando algum dos genitores declarar expressamente o seu desejo de não compartilhar a guarda da criança ou quando o juiz, de forma justificada, opinar pela unilateralidade da guarda.

Ou seja, na prática é capaz que não haja mudanças significativas em nossos tribunais com o advento desta nova lei, uma vez que ela trouxe novamente o livre arbítrio do magistrado em opinar pela unilateralidade da guarda, assim como já previa a Lei nº 11.698/2008, sempre que verificar que um dos genitores não se encontre apto a exercer a guarda do filho, por inúmeros motivos existentes, que deverão ser avaliados caso a caso pelo magistrado.

Tal liberalidade mantida ao juiz para conceder ou não a guarda compartilhada é extremamente essencial, pois dependendo de cada caso, é fundamental que se determine a guarda a apenas um dos genitores, como por exemplo se o pai ou a mãe for dependente químico ou tiver abusado sexualmente do filho (a), e *etc*, bem como em casos em que um dos pais deseja mudar de residência com o filho(a) e não possui a autorização do ex-cônjuge para levar o filho comum - *desde haja fundado motivo para tanto* - como uma alteração do local de trabalho para outro Município, Estado ou País, ou para tratamento médico que perdure por longo período e *etc*, os quais também justificariam o juiz determinar a guarda unilateral a um dos genitores ou conceder a guarda compartilhada, decidindo o conflito por eles.

Importante destacar que um dos benefícios desta nova lei foi a prestação de contas, ou seja, os genitores agora terão mais forças para solicitar informações, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que, direta ou indiretamente, afetem a saúde física e psicológica, bem como a educação dos filhos comuns, incluindo aqui a própria pensão alimentícia paga por um dos genitores, a fim de verificar se a mesma está sendo revertida ao interesse e bem estar do filho.

Neste caso específico, acreditamos que a lei trouxe o entendimento de que a prestação de constas ensejará o pedido de revisão de pensão alimentícia, já existente em nosso ordenamento, mas com mais embasamento jurídico, e sempre lembrando que por serem irrepetíveis, os alimentos já pagos não serão devolvidos ao pagador.

Outro benefício significativo advindo desta nova Lei nº 13.058/2014 é quanto a aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) a qualquer estabelecimento público ou privado, pelo não atendimento da solicitação por qualquer dos genitores sobre quaisquer informações que desejam ter de seus filhos. Tal inovação trouxe uma certa segurança aos genitores que não possuem a guarda de seus filhos e são privados muitas vezes de informações básicas da rotina de seus filhos. Vejamos como passará a constar no Código Civil tal exigência:

Artigo 1.584, § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (Incluído pela Lei nº 13.058 de 2014).

Ou seja, se houver uma certa estabilidade emocional dos genitores, com uma boa comunicação e maturidade o suficiente para ultrapassar os anseios pessoais e egoísticos de cada um, a aplicabilidade da guarda compartilhada só tem a acrescentar à vida do filho comum, pois a criança continuaria a ter a referência, o vínculo e a convivência com ambos os pais.

Sobre este assunto, J. F. Basílio de Oliveira (2008, p. 58) explica que a continuidade do convívio da criança com ambos os genitores é fundamental para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda em um direito fundamental dos filhos que não podem ficar ao livre e injustificado arbítrio de apenas um dos pais.

Referido autor ainda entende que a perda do convívio com os filhos não pode depender exclusivamente da decisão de apenas um dos genitores, seja qual for a modalidade da guarda adotada, que deverá ter como base o interesse do filho e não a satisfação de apenas um dos genitores.

Assim, além de estreitar os laços e o vínculo entre pais e filhos, tornando como regra a convivência familiar, essa nova lei da guarda compartilhada também minorará a utilização dos filhos como propriedade e prêmio que alguns genitores

fazem questão de realizar, principalmente os que detém unilateralmente a guarda das crianças. O mestre Rolf Madaleno (2013, p.445) explica como ocorre nestes casos:

Não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, onde pensam os pais serem compensados pela decisão judicial da guarda unilateral, para mostrar a sentença ao outro contendor e, com esta vitória processual de acirrado dissenso, acreditar que o julgador teria encontrado no vencedor da demanda pela guarda os melhores atributos de guardião, sendo o filho o troféu dessa insana disputa sobre a propriedade do filho.

Além disso, e em complementação ao entendimento do mestre Rolf Madaleno, temos que em tais casos a alienação parental era algo muito comum, ou seja, um dos genitores, que obtinha unilateralmente a guarda do filho, criava situações dificultosas e até mesmo constrangedoras, criando prejuízos aos próprios filhos, além de desestimular e afastar o filho do outro genitor, e com o compartilhamento da guarda a tão famosa alienação parental será algo mais difícil de ocorrer, é o que se espera.

Assim, em suma, os benefícios que esta nova Lei nº 13.058/2014 trará será quanto ao reforço do poder familiar, previsto no artigo 1.630 e seguintes do Código Civil, através do compartilhamento de decisões e responsabilidades dos pais com os filhos comuns.

Já quanto as críticas a esta nova lei, temos que ao estabelecer o tempo dos filhos “de forma equilibrada” entre os genitores, a lei trouxe a subjetividade em cena, que poderá causar ainda brigas e desentendimentos entre os genitores, pois para um genitor o equilíbrio poderá ser considerado 50% (cinquenta por cento) do tempo com o filho, e para o outro genitor poderá ser um tempo menor ou maior.

Ora, um filho não é um produto ou mesmo um objeto que se pode dispor a qualquer tempo ou momento, mas sim que educar e criar, com paciência e amor, impondo rotinas diárias de educação, higiene, saúde, lazer, *etc*, e se não houver um certo amadurecimento dos pais quanto a isso, para conjuntamente educarem seus filhos, o compartilhamento da guarda poderá ser desfavorável à própria criança, que uma hora tem um ordem e uma rotina a ser seguida, e logo depois tem outra totalmente diferente da primeira, causando-lhe confusão e medo, o que não pode ocorrer, pois não é esta a finalidade da lei.

No tocante as pensões alimentícias, mister se faz esclarecer que as mesmas permanecem inalteradas na maioria dos casos, pois errôneo o entendimento de que por compartilhar a guarda, os valores devidos à título de pensão também deveriam ser igualmente compartilhados, nas mesmas proporções, ou até mesmo excluídos, deixando de existir a proporcionalidade com os salários dos genitores, o que é um equívoco. A verba alimentar do filho não é calculada com uma divisão igualitária aos pais, mas sim com uma divisão proporcional aos salários desses pais.

Ou seja, as pensões alimentícias ainda se baseiam no binômio necessidade/possibilidade, ou seja, aos gastos para o sustento dos filhos, como despesas com: moradia, alimentação, escola e material escolar, plano de saúde e medicamentos, despesas com lazer, vestuários e calçados e *etc*, mas são divididas de acordo com a proporção dos rendimentos de cada genitor, ou seja, a sua possibilidade de custear tais gastos, e isto não quer dizer a proporção exata de 50% (cinquenta por cento) para cada genitor, como algumas pessoas podem estar interpretando com o advento desta nova Lei nº 13.058/2014. Portanto, o genitor que ganha mais contribui com mais para o sustento dos filhos.

E, assim como no caso da pensão alimentícia, em que não há o instituto da coisa julgada material, a guarda dos filhos também não há, podendo ser modificada a qualquer tempo, então, cabe esclarecer que caso seja instituída a guarda compartilhada dos filhos aos genitores, a mesma poderá ser revista a qualquer tempo pelo magistrado, em casos em que se constate prejuízo ao interesse da criança, descumprimento de determinação judicial e *etc*.

4.1 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada é decorrente de um processo de evolução da família e do poder familiar, envolvendo precipuamente o interesse da criança e do adolescente, após a ruptura do laço matrimonial entre seus pais. A denominação advém da possibilidade do menor, nesta modalidade de guarda, manter convivência com ambos os pais. Assim, ambos os pais participam ativamente da vida dos filhos, posto que detêm a guarda legal dos mesmos. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando

prosseguimento à relação de afeto construída entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2009, p.28).

Nesse modelo, os pais resolvem juntos todas as situações que envolvem seus filhos, tomando as decisões em conjunto, buscando sempre o melhor para o desenvolvimento do filho, priorizando o interesse do mesmo. Nesse sentido, explica Ana Maria Milano Silva (2008, p. 194):

Na guarda conjunta, um dos ex-cônjuges estará na residência habitual das crianças e o outro terá os filhos em sua companhia por períodos bastante amplos. Há uma divisão mais igualitária de responsabilidades e atribuições parentais, como levar e buscar da escola, acompanhar os deveres escolares, ir às reuniões, etc. É também de grande importância que os filhos tenham acomodações próprias, que possam ser consideradas como “o seu cantinho”.

Quando se fala em guarda dos filhos menores, conseqüentemente, tem-se a ideia de proteção, assistência, amor e vigilância. Na tentativa de cumprir tais assertivas, o objetivo desta modalidade de guarda é fazer com que os filhos não sofram com a ruptura que ocorre na vida conjugal de seus pais, e que estes não percam o vínculo com os mesmos. Além disso, são considerados, na fixação da guarda, além do princípio do melhor interesse do menor, o princípio da paternidade responsável e o princípio da afetividade.

Nesse sentido, muitos autores sustentam que a guarda compartilhada é o tipo de guarda mais indicada, considerando a sua flexibilidade em relação às situações que acontecem na vida das crianças, sendo que nesta modalidade os genitores estão sempre presentes na vida dos filhos. Assim é que, a fundamentação jurídica da guarda compartilhada encontra-se em princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o princípio da afetividade e o princípio da prevalência do interesse da criança e do adolescente. Conforme Ricardo Rodrigues Gama (2008, p. 31):

[...] os pontos importantes da guarda compartilhada devem ser aqueles que oferecem elementos vantajosos à formação pessoal do filho. Com elevação das regras morais e sociais, além da valorização do agrupamento familiar como um conjunto de pessoas em torno do bem-estar da criança ou do adolescente.

Assim, nos termos do art. 1.583 §1º do Código Civil, guarda compartilhada é a “*responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres do*

pai e a mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Este instituto, porém já estava sendo aplicados antes mesmo da sua regulamentação com a justificativa do melhor interesse da criança ou adolescente. Entretanto, destaca-se que após a regulamentação da guarda compartilhada, os objetivos de tal instituto não vêm sendo completamente favoráveis, pois em vários casos os pais solicitam ao Judiciário a guarda conjunta dos filhos como objetivo de a si mesmos, em detrimento dos filhos. É neste sentido que pondera Azambuja (2009, p. 138):

A lei que institui a guarda compartilhada, mais do que um solução, pode representar uma ilusão, passando a ideia de que se trata de instrumento hábil a diminuir o litígio, a impulsionar a responsabilidade paterna, deixando de trazer à tona a verdadeira origem das dificuldades enfrentadas pelos filhos, a incapacidade de os pais priorizarem os seus interesses, porquanto perdidos estão no sentimento de abandono no que os arrola.

Além disso, há que se mencionar que esta modalidade de guarda pode causar conflitos de ordem psicológica nos filhos menores, que devem ser os beneficiários da mesma. Isto é, existe a possibilidade de perda de referencial da figura do lar, por parte do menor, em razão da convivência em ambas as residências, estando sujeito a regras e rotinas distintas, o que, a médio prazo, pode resultar em sérios problemas morais, sociais e educacionais. (GAMA, 2008, p. 53).

No mesmo sentido, importante a colocação de Waldir Grizard Filho (2000, p. 174): “[...] *pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam aos filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos”.*

Todavia, a guarda compartilhada tem grandes chances de ser benéfica não só aos filhos, mas, também, aos pais, quando estes possuem diálogo e quando conseguem manter relação amigável e respeitosa. Logo, para dar logro êxito, os pais precisam conversar frequentemente e tomar decisões juntos, sendo necessário o bom entendimento para que seu objetivo seja cumprido.

4.2 A PROTEÇÃO E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A proteção integral está norteada pelo princípio do melhor/superior interesse da criança, assim como se pode observar no artigo 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente: *“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”*.

Essa Convenção teve como meta incentivar os países membros a programarem o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, preparando-as plenamente para viverem uma vida individual em sociedade.

Desse contexto é que surgiu a inspiração para o legislador brasileiro elaborar o Estatuto da Criança e Adolescente, o qual dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Além disso, apresenta um capítulo específico sobre as medidas específicas de proteção que devem ser observadas como prerrogativas dos menores de idade, cabendo destacar o art. 100, parágrafo único, inciso II: *“proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”*.

Nesse diapasão Sanches e Veronese referem que o Código Civil, por sua vez, atento as mudanças sociais ocorridas nas instituições familiares, passa a assumir princípios de ordem pública, consagrando a doutrina de proteção integral e o princípio do superior interesse da criança como norteadores, elevando-se à convivência familiar e comunitária ao grau de direito fundamental.

Cabe destacar, que antes mesmo do Estatuto da Criança e Adolescente bem como do Código Civil, a proteção integral já estava expressa na Constituição Federal, mais precisamente no art. 227, o qual destaca ser dever da família, juntamente com a sociedade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes a pessoa humana, observando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Dessa forma, a família torna-se, um instrumento para o desenvolvimento digno da personalidade de seus membros,

especialmente no que se refere à educação dos filhos, titulares da proteção integral outorgada constitucionalmente.

Como observado, os direitos da proteção integral estão expressos tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e Adolescente, haja vista tamanha importância desta teoria, a qual desempenha um papel estruturante na sociedade na medida em que reconhece todos os direitos inerentes à pessoa humana, bem como os direitos decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O que se deve observar, na verdade, quando da interpretação do texto legal, nada mais é do que a proteção dos interesses do menor de idade, os quais deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Sobre o tema a doutrina de proteção integral segundo Antônio Carlos Gomes da Costa, refere que:

“[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para promoção e defesa dos seus direitos”.

Assim sendo, as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como titulares de direitos plenos e específicos, que vão muito além dos direitos fundamentais outorgados a todos, isso em razão de sua condição peculiar de vulnerabilidade.

É através da proteção integral que se é possível extrair os fundamentos que norteiam o princípio do melhor interesse da criança, já que esse princípio determina a primazia dos direitos e necessidades infanto-juvenis.

Segundo Tânia da Silva Pereira o princípio do melhor interesse da criança teve suas origens no instituto “*parens patrie*”, empregado na Inglaterra pelo Rei, com o intuito de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria devendo o bem estar da criança sobrepor-se aos direitos dos pais.

Deste modo, o princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como o fundamento primário de todas as ações direcionadas a população infanto-juvenil, sendo que, qualquer orientação ou decisão, envolvendo referida

população, deve levar em conta o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, visando assim, a proteção integral dos seus direitos.

Observa-se que na aplicação do melhor interesse da criança deve-se levar em consideração a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, através dessa premissa, deve-se identificar os fatores a serem priorizados a fim de que os direitos e garantias da criança sejam alcançados plenamente.

Assim, considerado como uma garantia, o princípio do melhor interesse da criança identifica-se como um vínculo normativo capaz de assegurar a efetividade dos direitos subjetivos. Para Fachin esse princípio é um *“critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”*.

Esse mesmo autor elencou elementos importantes a serem observados na identificação do melhor interesse da criança quando se está disputando a adoção ou guarda do filho. Dentre eles, destaca-se os mais importantes, quais sejam: o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda da criança e a habitualidade do pai de dar à criança amor e orientação.

Veja-se que o melhor interesse da criança tem como premissa a afetividade na relação entre pai e filho e, para que a criança tenha um desenvolvimento pleno, a existência de afeto se torna imprescindível. Nesse contexto, a Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece que:

“Princípio 6. Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas”.

Diante das considerações acima descritas é possível concluir que é através dos princípios constitucionais de proteção à criança bem como da doutrina

de integral proteção que são extraídos os fundamentos para garantir a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes em todos os âmbitos.

Dessa forma, baseado nesta teoria e no princípio do melhor interesse da criança e adolescente é que a paternidade socioafetiva tem prevalecido sobre a biológica, o que será demonstrado no tópico seguinte.

5 CONCLUSÃO

A guarda, não obstante seja um atributo do poder familiar, neste não se exaure e ambos os institutos podem coexistir simultânea e separadamente nas mãos de titulares diversos; ou seja, uma pessoa pode ser detentora do poder parental e outra da guarda da mesma criança ou adolescente.

A nossa doutrina e a jurisprudência têm tentado se adaptar às mudanças ocorridas nas famílias atuais para conseguir a prestação jurisdicional mais adequada a cada caso, ampliando para isso no seu Direito de Família, a matéria que regula a guarda dos filhos.

Com a nova sistemática de guarda introduzida pela Lei 11.698 de 2008, com fundamento básico no princípio do melhor interesse da criança, elegeu-se um modelo de responsabilidade parental como paradigma, preferencial, permitindo aos magistrados aplicá-lo onde considerar benéfico para o grupo familiar, buscando remarcar o equilíbrio nas relações entre pais e filhos e a manutenção do convívio da criança com ambos os pais.

A guarda, nas rupturas das sociedades conjugais, das uniões estáveis e nas hipóteses dos filhos havidos fora do seio familiar deve ser atribuída e regulamentada tendo sempre, como regra máxima, o interesse do menor, entendido este como todos os elementos e circunstâncias que melhor atendam ao bem-estar moral, material e espiritual daquele.

A partir do momento em que a sociedade e o Poder Judiciário aceitarem que em caso de ruptura da relação conjugal, ambos os genitores estão habilitados para a criação dos filhos, a guarda compartilhada, certamente, ajudará a criar um melhor vínculo entre os integrantes das famílias transformadas, fazendo justiça aos filhos de pais que não mais convivem sob o mesmo teto, aumentando a responsabilidade parental.

É importante ter em mente que tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação de seus genitores. A guarda deve ser atribuída ou mantida sempre no interesse do guardado e o princípio norteador da revogação desse direito-dever baseia-se na proteção do bem-estar do menor. As decisões que regulamentam a guarda estão sujeitas à cláusula “*rebus sic stantibus*” e, ocorrendo fato novo modificador da situação fática que levou à atribuição da guarda que, se mantida, desatenderá os interesses do menor, a

revogação dela, respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, deverá ser levada a efeito.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela; SOUZA, Maria Candido Coelho(Org.) **Parentalidade**. Análise psicojurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

ANTON, Lara. **A Escolha do Cônjuge**: um entendimento sistêmico e psicodinâmico. Artmed, 2000.p.158.

BOFF, Leonardo. **São José**: a personificação do pai. Campinas: Véus, 2005. p. 195.
BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p.113.

BEDESCHI, R.L. Da guarda compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**. Juiz de Fora. a. 4, n. 4. Fev. 2007.

BERNARDI, Maria Grazielle. **Poder Familiar**. Ago. 2009. Disponível em:< <http://www.artigonal.com/carreira-artigos/poder-familiar-1176495.html>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

BRANDÃO, Eduardo Ponte. O problema da criança-marionete e as práticas de poder. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n.17, p. 71- 9, abr-mai, 2003.

BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In: BRASIL. **Código civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Estatísticas do Registro Civil**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. v. 36, Rio de Janeiro, 2010.

BRANDÃO, Eduardo Ponte. O problema da criança-marionete e as práticas de poder. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n.17, p. 71- 9, abr-mai, 2003.

_____. **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. Presidência da República. Brasília, DF. 2008.

_____. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Estatuto da Mulher Casada. Disponível em:< <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 29 Ag.2016.

CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e responsabilidade, repertório de doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMEL, Nelsinha Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.p.81.

CARVALHO FILHO, M.P. Artigos 1.511 a 1.783. In: PELUSO, C. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 4.ed. Barueri: Manole, 2010. (p. 1.616).

CERVO, A.L.; BERVIAN, P.A.; SILVA, R. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

COMEL, Nelsinha Elizena Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

COUTO, Lindajara Ostjen. **A Separação do Casal e a Guarda Compartilhada dos Filhos**.

Ago. 2007. Disponível em:<
[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/a_separacao
_do_casal_e_a_guarda_compartilhada_dos_filhos.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/a_separacao_do_casal_e_a_guarda_compartilhada_dos_filhos.pdf) >. Acesso em: 04 jan. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 22. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder**: guarda dos filhos e direito de visitas. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

FREITAS, Paulo Roberto Gomes de. A guarda à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente: Reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. n. 29. Disponível em:< <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id126.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

GESSE, Eduardo. **Guarda da criança e adolescente**: Conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas. Artigo Jurídico. Presidente Prudente. São Paulo. 2001.

GOBBI, S.M. Plausibilidade da Guarda Compartilhada face ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. 69f. **Monografia** (Direito) Centro Universitário de Vila Velha. Vila Velha, ES. 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRISARDO, Filho, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda Compartilhada**. Lei nº 11.698, de 13/06/2008. Campinas: LZN, 2008.

LAUX, Maria Aparecida Bernart; RODI, Claudia. Compartilhamento da guarda e a proteção integral do infante. **Revista Jurídica**, v. 7, n.14, p. 175-193, ag./dez. 2003.
LEITE, Gisele. **Pátrio Poder**. Disponível em:<
<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=735085244>>. Acesso em: 29 out. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Jus Navigandi**. Teresina. a. 11. n. 1057. Maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8371>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

LOPES, J.R. **Guarda Compartilhada**. 68f. Monografia (Direito) Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Governador Valadares, MG. 2009.

LUZ, Valdemar P. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009.

MACHADO, A.C.C. (Org.); CHINELLATO, S.J. (Coord.) **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3.ed. Barueri: Manole, 2010.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Manual para Elaboração de Monografias**. São Paulo: Atlas, 1992, p.23.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. v.3.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, João Flávio. **Poder Familiar**. Maio. 2010. Disponível em:<
<http://www.webartigos.com/articles/39276/1/PODER-FAMILIAR/pagina1.html>>.
Acesso em: 29 jan. 2016.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda Compartilhada** – Comentários à Lei nº 11.696/2008, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008, p. 58.

OSORIO, Fábio dos Santos. **Guarda Compartilhada**. Artigo Científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 20 fls. Rio de Janeiro. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Pai Porque me abandonaste?. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p.582

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. De acordo com a lei 11.698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Leonardo. **O Instituto da Guarda**. Nov. 2007. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-Da-Guarda/pagina1.html>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. **Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente**. Belém. CEJUP. 1997.

ROMERA, Mario. O Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e Adolescente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Disponível em:< <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.p.94.

SAMPAIO, Daiane Silva. **O instituto da Guarda dos Filhos**. Set. 2010. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29141>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.
STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SUZARTE, Eliane; SOUZA, Jeferson; DIAS, Josemilta; PINHEIRO, Noé. **Guarda Compartilhada**: Dialogar para compartilhar. Faculdade de Tecnologia e Ciências de Itabuna. Disponível em:< <http://www.ilheus.org.br/eca/Artigos/Artigo030.pdf>>. Acesso em: 31 jun. 2016.

TORRELLA, João Batista. Análise dos efeitos patológicos que o abandono da responsabilidade educativa do pai pode ter sobre o desenvolvimento dos filhos. **Revista Studi Cattolici**. Cadernos Educação e Família, n.9, ano III. Disponível em: <<http://familia.aaldeia.net/paiausente.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

VIANA, Marco Aurélio S. **A tutela da criança e do adolescente**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Curso de direito civil: direito de família. Belo Horizonte: Del Rey. v. 2. 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.6.

VIEIRA, Cláudia. A relação jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes (coord.).

Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. In: _____. **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 42.

VECCHIO, Egídio. **Educando crianças índigo**. São Paulo: Butterfly, 2006.p.12.

Notas:

LOTUFO , op. cit., p. 93-104.