

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO

LUDMILA LUIZ BENFICA

GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS

RUBIATABA/GOIÁS

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO**

LUDMILA LUIZ BENFICA

GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS

Trabalho apresentado à Disciplina de Monografia do Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER, sob a orientação da Professora Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende, especialista em Direito Civil e Processo Civil.

**RUBIATABA/GOIÁS
2008**

LUDMILA LUIZ BENFICA

GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora: _____
Esp. FABIANA SAVINI BERNARDES PIRES DE ALMEIDA RESENDE

1º Examinador: _____
Ms. GERUZA SILVA DE OLIVEIRA

2º Examinador: _____
Esp. EDUARDO BARBOSA LIMA DI PRADO

Rubiataba, 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho monográfico aos meus pais, Ângelo Jorge Veneroso Bemfica e Cleuzimar de Fátima Luiz Bemfica, com muito amor, admiração e respeito pelo que eles representam em minha vida. São pessoas que fazem de tudo para mim, pessoas que nunca me deixaram. Enfim, são as pessoas que eu nunca irei deixar de amar. Amo vocês, papai e mamãe.

AGRADECIMENTO

*Agradeço a Deus, ao Divino Pai Eterno e a meus pais por fazerem de tudo para que eu concluísse o Curso De Direito, aos meus irmãos, Carolina e Paulo Henrique, a minha querida orientadora Fabiana Savini B. P. de Almeida Resende e a querida professora de Monografia Geruza Silva de Oliveira.
Obrigada!*

“Eu chorarei amanhã: não conseguiria libertar-se de sua própria morte viva, o alcoolismo, até aprender finalmente a dizer três palavras mais difíceis que já pronunciára. Essas palavras eram: Preciso de ajuda.”

Lillian Roth

RESUMO: A noção de Guarda Compartilhada surgiu na “Common Law”, no Direito Inglês, na década de sessenta, quando houve a primeira decisão sobre Guarda Compartilhada. A Guarda Compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal, como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe, e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos. Ela traz a possibilidade de se pensar num sistema jurídico capaz de unir os pais, ou, ao menos, de não aumentar as diferenças e desavenças tão comuns na família moderna. O resultado freqüente é que o casal, à medida em que descobre que seus desejos e necessidades não estão sendo satisfeitos pela solução arbitrada, começam a reagir de maneira pouco saudável. Assim é que hoje, grande número de juízes, opta por buscar ao máximo uma solução consensual, entendendo que esta é uma forma de evitar futuras desavenças e um compromisso maior com aquilo que foi acordado entre as partes. Um dos aspectos mais importantes a serem considerados no cuidado das crianças atingidas pelo divórcio refere-se à decisões que os pais devem tomar sobre seus filhos. Decisões, quanto a importantes matérias que afetam o bem estar da criança e o seu dia a dia. Além disso, vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses fortalece a auto-estima da criança, dando-lhe o sentimento de que suas necessidades não foram negligenciadas após o divórcio. Assim, ao contrário do que se pode supor, o modelo de Guarda Compartilhada busca privilegiar os filhos, e não a figura paterna.

Palavras-chave: guarda conjunta, família, sociedade, filhos.

ABSTRACT: The notion of Shared Guard appeared in the Common Law, in the English Right in the Sixties, when it had the first decision on Shared Guard. Shared Guarda must be seen as a solution that stimulates both the genitors to participate igualmente of the convivência, the education, and the responsibility for the offspring. It must be understood as that form of safekeeping where the children have a main residence and that she defines both the genitors of the legal point of view as detainers of the same having to keep its children. When conferring to the parents this equality in the exercise of its functions, this modality of guard validates parental the paper permanent of father and mother and stimulates both to an active and continuous involvement with the life of the children. It brings the possibility of if thinking about a legal system capable to join the parents, or, the the least, not to increase the so common differences and disagreements in the modern family. The frequent result is that the couple, to the measure where discovers that its desires and necessities are not being satisfied for the decided solution, starts to react in little healthful way. Thus he is that today great number of judges opts to searching to the maximum a solution consensual, understanding that this is a form to prevent future disagreements and a bigger commitment with what was waked up between the parts. One of the aspects most important to be considered in the care of the children reached for the divorce mentions the decisions to it that the parents must take on its children. Decisions how much the important substances that affect the welfare of the child and its day the day. Moreover, to live deeply its parents joined around itself and of its interests fortifies auto the esteem of the child, giving to it the feeling of that its necessities had not been neglected the divorce after. Thus, in contrast of what if it can assume, the model of Shared Guard search to privilege the children, and not it paternal figure.

Keywords: it keeps joint, family, society, children.

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

Ms. – mestre

Esp. - especialista

p. – página

art. – artigo

n^o - número

ed. – editor

rev – revisada

amp – ampliada

§ - parágrafo

LISTA DE SIGLAS

FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CF – Constituição Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	11
1 A FAMÍLIA-----	14
1.1 Conceito Histórico -----	16
2 O PÁTRIO PODER (ANTIGA NOMENCLATURA DO PODER FAMILIAR)-----	19
2.1 Abrangência do Poder Familiar -----	21
2.2 Conteúdo do Poder Familiar -----	22
2.3 Suspensão do Poder Familiar -----	24
2.4 Casos de Destituição do Poder Familiar -----	25
2.5 Extinção do Poder Familiar -----	26
3 A GUARDA DE FILHOS -----	28
3.1 Definição e Aplicabilidade -----	28
3.2 Modelos de Guarda-----	32
3.3 Efeitos Psíquicos da Guarda – A Figura do Pai e a sua Ausência -----	34
4 A GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS-----	36
4.1 Histórico-----	36
4.2 Aplicação da Guarda Compartilhada em outros países -----	37
4.3 Pressupostos e Condições -----	38
4.4 Fundamentos Jurídicos-----	40
4.5 Soluções Jurisdicionais - Responsabilidade Civil -----	44
CONCLUSÃO-----	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	49

INTRODUÇÃO

A Guarda Compartilhada é um tema complexo sob os aspectos: jurídico, psicológico e social, e sua finalidade é privilegiar o melhor interesse da criança. Contudo, ainda não existe uma definição precisa, mas pode ocorrer um arranjo, em que um dos genitores fique com as crianças durante o período escolar, e o outro durante as férias, com direito de livre visitação; ou ainda, o tempo pode ser melhor dividido, tendo a chamada divisão de maternagem, de cuidado e de atenção, e o genitor que não detém a custódia tem participação em decisões-chaves, relacionadas à saúde e educação dos menores.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a Guarda Compartilhada como um avanço no trato de crianças oriundas de casais divorciados ou separados. E os objetivos específicos é dar mais informações ao interessado no assunto, sempre no intuito de mostrar a importância e a aplicabilidade da guarda compartilhada para o melhor interesse das crianças e, porque não acrescentar, de seus pais. Além disso, mostrar uma forma de fazer jus à orientação interdisciplinar do curso e mostrar que a troca entre várias disciplinas pode e deve ser praticada, uma vez que a complexidade dos fenômenos que abordamos só pode ser abarcada com a contribuição de vários vértices teóricos.

No primeiro capítulo abordei o tema da família; no segundo, sobre o pátrio poder; no terceiro capítulo, a respeito da guarda de filhos; e no último e quarto capítulo sobre a guarda compartilhada de filhos.

Para atingir este objetivo fizemos inicialmente uma ampla pesquisa bibliográfica para rastrear o tema na literatura científica. Os resultados foram compilados, comparados, analisados e resumidos para dar ao leitor uma noção contemporânea da guarda compartilhada, suas aplicações no direito de família, o poder familiar, as controvérsias quanto ao seu uso, e as possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro. Assim, a pesquisa se desenvolverá de forma predominantemente teórica, através da pesquisa bibliográfica de feição exploratório e qualitativo, com o uso de método dialético que visa à arte de no diálogo, demonstrar uma tese mediante uma argumentação capaz de definir e distinguir com clareza os conceitos envolvidos na discussão, sendo ainda utilizado o método indutivo, que infere-se uma verdade geral; com

dados particulares, com objetivo de conclusões mais amplas que as contidas nas premissas. Passa-se de indícios percebidos a realidade desconhecida.

O princípio da igualdade entre o homem e a mulher foi consagrado na Constituição Federal de 1988, princípio este, de grande importância nas relações conjugais e nas relações entre pais e filhos. No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro vigente, em seu artigo 1630, dispõe que, *in verbis*: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

É através deste poder-dever, que os pais mantêm os filhos em sua companhia, proporcionando-lhes proteção, educação, afeto, amor, alimentos, enfim, preparando-os para que possam se desenvolver como pessoas e serem cidadãos capazes de exercer seus direitos e obrigações. A guarda faz parte do poder familiar, sendo um encargo intrínseco dentro deste poder, exercido pelos pais igualmente, sobre os filhos menores, enquanto estiverem na vigência do casamento ou enquanto estiverem vivendo sob o mesmo teto, numa união estável ou união de fato. Assim, não se questiona quem tem a guarda dos filhos, pois os dois, pai e mãe, detêm este poder naturalmente.

Porém, quando há a ruptura do casamento ou da união estável, surge o problema. Pois, tanto o pai quanto a mãe, têm o poder familiar, e não o perdem com o fim do relacionamento. Entretanto, com a separação, a guarda dos filhos quase sempre é dada a um dos pais, restando ao outro o direito de visita.

Enquanto pais e filhos estiverem vivendo sob o mesmo teto, a guarda é comum, e as decisões tomadas por um deles são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, bipartem-se as funções parentais, e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente na maioria dos casos concretos, mas, o fim do casamento ou da união estável não altera o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder. Entretanto, a guarda dos filhos, normalmente fica com um dos pais, que na maioria dos casos é a mãe, que fica com o encargo de prestar assistência material, moral e educacional e assegurar ao não - guardião o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos por parte do guardião.

O exercício, neste caso, por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do progenitor privado

da guarda, porque o outro os exercerá, em geral, individualmente: é a chamada guarda unilateral.

O ordenamento jurídico pátrio adota, em sua maioria, o sistema de guarda unilateral, em que a criança fica sob a guarda de um dos cônjuges, enquanto ao outro é concedido o direito de visita e atribuída à obrigação financeira para o sustento e educação desses filhos.

Contudo, as transformações ocorridas, no que tange ao modelo familiar, são inegáveis e, a par disso, os sistemas de guarda também se mostram mais eficazes para atender às novas situações familiares vividas em face da separação dos casais, que adotaram um sistema de Guarda Compartilhada, a qual inclui a participação de ambos os cônjuges, na educação e cuidados com os filhos.

Dessa forma, o objetivo central deste trabalho é mostrar que a Guarda Compartilhada surgiu para suprir as deficiências dos outros tipos de guarda, principalmente a unilateral, onde há o tradicional sistema de visitas do pai, e a mãe é quem toma todas as decisões sobre a vida da criança. Tal sistema é passível de ser adotado em razão dos princípios constitucionais de igualdade entre homens e mulheres e da paternidade responsável. Ambos os pais continuam exercendo, em comum a guarda, dividindo a responsabilidade legal sobre os filhos e compartilhando as obrigações pelas decisões importantes relativas ao menor.

Com a Guarda compartilhada, busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre pais e filhos, pois, mantém pai e mãe envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

Por fim, deseja-se, através desse trabalho, pesquisar e examinar o instituto da Guarda Compartilhada, considerado um instituto relativamente novo, e analisar quais suas conseqüências tanto no meio jurídico quanto social.

1 A FAMÍLIA

Antes de adentrarmos no tema central deste trabalho, que é a Guarda compartilhada de Filhos, faremos uma breve análise de suas bases históricas e de alguns conceitos correlatos ao estudo do mencionado tema.

Apesar de tantas mudanças, a idéia de constituir uma família ainda continua presente em toda a sociedade. Tendo em vista que o homem valoriza a formação do vínculo familiar, Barros (2004, p. 107) esclarece que:

A família é uma organização que subsiste às mudanças históricas e políticas da humanidade, redesenhando seu contorno através dos tempos e persistindo na função de sua estrutura inabalável pela constituição do sujeito e pela transmissão da cultura.

O entendimento de Pereira (1995, p. 23), ao conceituar família, em sentido genérico e biológico, considera-se família “o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”. Ainda nesse plano, acresce-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge, os cônjuges dos filhos, os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge.

Em sentido estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons e dos maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo.

Gomes (2001, p. 45), considera:

Pelo critério da legitimidade, a família é o grupo composto pelo marido, mulher e filhos, fundado no casamento. É indispensável que a lei estruture a

família legítima, mas não se pode desconhecer a existência, a seu lado, da família natural, ainda em seus traços. Dizer-se que não constitui juridicamente família é ignorar que a própria lei lhe atribui efeitos jurídicos, como agregado social, posto que limitados.

O principal papel da família é o de suporte emocional do indivíduo. Tendo em vista que a família moderna mudou e hoje não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso, foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos.

Diante disso, existe uma tendência no sentido de que as pessoas não queiram impôr padrões legais num terreno eminentemente afetivo, pessoal, intimíssimo e, por definição, privado, em que se encontra a opção de se estar com alguém e a continuidade desta opção, ou seja, a escolha de permanecer com alguém e de com este alguém formar um grupo familiar.

A esta depreciação do papel institucional corresponde uma supervalorização da realidade afetiva. Pereira (1995, p. 24), observando a família à luz da Constituição, sintetiza que, “nos primórdios das civilizações, a família era uma instituição que tinha, essencialmente, bases políticas e religiosas, e na qual refulgia a autoridade do chefe de família, que a esta, representava como um todo integrante da sociedade”.

Na sociedade moderna, contudo, repousa a família não mais no princípio político da autoridade, mas no princípio natural da consaguinidade, onde ressalta o interesse individual dos membros da família, e onde já se observa a correta simetria entre os direitos do homem e da mulher.

Assim, enquanto na família primitiva importava o interesse coletivo do grupo familiar, na moderna, sobreleva o interesse individual de cada um de seus membros.

Com muita propriedade nos diz Strenger (1998, p. 24):

O Direito de Família é o menos persistente e duradouro, exatamente porque está sempre e necessariamente submetido às flexibilidades sociais que são

conduzidas pelas constantes mutações do processo histórico e cultural. Como instituição a família é também um fato. Governada por um direito, ela é conduzida como um fenômeno numa evolução.

Atualmente o grupo familiar reduziu numericamente, pois a necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações frequentes, exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado. Nos meios menos favorecidos de fortuna, os menores começam muito cedo a trabalhar, seja em empregos regulares, seja em serviços eventuais e pequenos expedientes.

Desta sorte, diminui necessariamente a coesão familiar. O menor adquire, muito jovem, maior independência, deixando de se exercer a influência parental na sua educação. Obviamente surgem e crescem problemas sociais. Levanta-se em nosso tempo o mais grave de todos, que é o referente a infância abandonada e delinquente, o da juventude que procura no uso das drogas uma satisfação para anseios indefinidos.

1.1 Conceito Histórico

O vocábulo Família não tem significação unívoca. Ela é derivado do latim *famulus*, que significa escravo doméstico. Este termo foi criado na Roma Antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas, ao serem introduzidas à agricultura e também escravidão legalizada¹.

No direito romano clássico, a família natural cresce de importância - esta família é baseada no casamento e no vínculo de sangue; é o agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos e tem por base o casamento e as relações jurídicas dele resultantes,

¹ **Conceito histórico de família.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%ADlia#Conceito_de_fam.C3.ADlia> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

entre cônjuges, pais e filhos. No direito romano era empregado em várias acepções, aplicando-se as coisas e as pessoas. Ora significava o conjunto das pessoas sujeitas ao poder do pater familias, ora o grupo dos parentes unidos pelo vínculo da cognação, ora o patrimônio ou a herança.

Na época predominava uma estrutura familiar patriarcal em que um vasto leque de pessoas se encontrava sob a autoridade do mesmo chefe. Com a Revolução Francesa, surgiram os casamentos láicos no Ocidente e, com a Revolução Industrial, tornaram-se frequentes os movimentos migratórios para cidades maiores, construídas em redor dos complexos industriais. Estas mudanças demográficas originaram o estreitamento dos laços familiares e as pequenas famílias num cenário similar ao que existe hoje em dia, em que as mulheres saem de casa, integrando a população ativa, e a educação dos filhos é partilhada com as escolas. Os idosos deixam também de poder contar com o apoio direto dos familiares nos moldes pré-Revolução Francesa e Industrial, sendo entregues aos cuidados de instituições de assistência.

Entretanto, o pai saiu para trabalhar nas fábricas e indústrias e acabou por desinteressar-se da atenção diária para com os filhos, deixando esse encargo, junto com os afazeres domésticos, para a mulher. Deixando então a ideia de que a mãe é a figura parental mais importante para a criança, assumindo o pai unicamente a figura do provedor da família.

Na cultura ocidental, uma família é definida especificamente como um grupo de pessoas de mesmo sangue, ou unidas legalmente (como no casamento e na adoção). Muitos etnólogos argumentam que a noção de sangue, como elemento de unificação familiar, deve ser entendida metaforicamente; dizem que em muitas sociedades e culturas não-ocidentais a família é definida por outros conceitos que não, sangue. A família poderia assim, se constituir de uma instituição normalizada por uma série de regulamentos de afiliação e aliança, aceites pelos membros.

O grupo designado família no direito contemporâneo compreende apenas pais e filhos. Não o formam, em verdade, outros parentes, que não raro até se desconhecem. A família vem-se transformando através dos tempos, acompanhando as mudanças religiosas, económicas e sócio-culturais do contexto em que se encontram inseridas. Esta é um espaço sócio-cultural que deve ser continuamente renovado e reconstruído; o conceito de próximo

encontra-se realizado mais que em outro espaço social qualquer, e deve ser visto como um espaço político de natureza criativa e inspiradora.

Ao longo dos anos, a família sofreu uma evolução considerável, em consonância com o desenvolvimento social e econômico de cada época. Assim, a família deverá ser encarada como um todo, que integra contextos mais vastos como a comunidade em que se insere. Sendo composta de membros interdependentes.

Com o encerramento deste capítulo iniciaremos o capítulo a seguir expondo o encadeamento das idéias sobre o Pátrio Poder, (antigo Poder Familiar), que no desenvolvimento da história do ser humano, apresentou inúmeras e profundas modificações.

2 O PÁTRIO PODER (ANTIGA NOMENCLATURA DO PODER FAMILIAR)

Neste capítulo trataremos sobre o Pátrio Poder, visto que é a antiga nomenclatura de Poder Familiar. Veremos a sua abrangência, o seu conteúdo, assim como, a suspensão e os casos de destituição e extinção do Poder Familiar.

Inicialmente só o pai exercia o poder, possuindo domínio total sobre a família e o patrimônio da mesma. A família delineava-se no regime patriarcal, em que o pai era autoridade plena, sobre tudo e todos. Com o passar dos tempos, o poder paternal ficou restrito às leis, passando de poder para dever.

Aos pais, foi repassado o dever de educar seus filhos e administrar ou colaborar na administração dos bens dos mesmos. Logo, o pátrio poder era um poder absoluto, sem limites e sem fim. Contudo, a mulher também era considerada como propriedade do homem, e era usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas.

Essas modificações e transformações foram evoluindo nos países, inclusive no Brasil, e foram surgindo algumas inovações, assim, a figura do pai foi se amainando e a da mãe se igualando.

O poder familiar (antes denominado pátrio poder), no direito brasileiro, traduz-se num conjunto de responsabilidades e direitos que envolvem a relação entre pais e filhos. Essencialmente, são os deveres de assistência, auxílio e respeito mútuo, e mantêm-se até os filhos atingirem a maioridade, que pode ser adquirida de várias maneiras e muda conforme a legislação de cada País.²

Para Rodrigues (1979, p. 354), “pátrio poder é um conjunto de deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

² **Poder Familiar.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Poder_paternal>. Acesso em: 06 de agosto de 2008.

Diniz (1993, p. 301), assegura que:

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

O pátrio poder é hoje aceito e denominado como poder familiar, como conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção.

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto á pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Há um poder conferido simultâneamente e igualmente aos genitores, e excepcionalmente, a um deles, na falta do outro (artigo 1690 do Código Civil, 1ª parte), vez que o ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens.

O poder familiar é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, somente poderão perdê-lo nos casos previstos em Lei; é incompatível com a tutela, não se pode nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar. Há ainda, 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 (art. 1634, inciso VII do Código Civil).

Havendo dissolução da união dos pais, detentores do poder familiar, este poder não se dissolve, permanecendo os pais conjuntamente com este poder-dever sobre o filho, enquanto menor e incapaz, sendo aqueles, responsáveis pela educação moral e cultural,

sustento e guarda. É este instituto que os pais têm que ter maior sensibilidade na hora da decisão, tendo como objetivo exclusivamente o bem estar do filho e buscar o melhor para ele, e nunca esquecer que o filho necessita do pai e da mãe para o seu melhor desenvolvimento.

2.1 Abrangência do Poder Familiar

Pode-se examinar a titularidade do poder familiar no direito brasileiro, separando a hipótese padrão das situações patológicas.

A hipótese padrão é a da família na qual o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo casamento ou união estável, sendo capazes. Assim, o poder familiar é exercício de ambos os cônjuges ou conviventes. Na falta ou impedimento de um deles passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Assim, na família matrimonial, se os cônjuges estiverem vivos e bem casados, o poder familiar será exercido por ambos os pais, porém se o pai estiver impedido de exercê-lo, por ter sido suspenso ou destituído do poder público, ou não poder manifestar sua vontade, o poder familiar será exercido só pela mãe; já se os consortes estiverem separados judicialmente ou divorciados, ou os conviventes tiverem rompido a união estável, o exercício do poder familiar pode ser alterado pela atribuição do direito de guarda a um deles, ficando o outro com o de visitar a prole.

Nada obsta que se decida pela guarda compartilhada, caso em que o exercício do poder familiar competirá ao casal parental, visto que o casal conjugal deixou de existir; o vínculo conjugal se dissolve pela morte de um dos cônjuges, caso em que o poder familiar competirá ao consorte sobrevivente, ainda que, venha a convolar núpcias ou formar união estável, exercendo-o sem qualquer interferência do novo cônjuge ou convivente como mostra o artigo 1636 do Código Civil de 2002.

Na família não-matrimonial, quando o filho for reconhecido pelos dois genitores, simultânea ou sucessivamente, estabelecendo assim, o parentesco e quando o filho for reconhecido apenas por um dos pais, sujeitar-se-á ao poder familiar de quem o reconheceu.

Na família civil, quando o filho for adotado pelo casal, como se equipara ao filho matrimonial, aos pais adotivos competirá o exercício do poder familiar; ou o filho adotivo for adotado só pelo marido, a ele caberá exclusivamente o poder familiar; e quando o filho adotivo for adotado apenas pela mulher, esta, possuirá também, exclusivamente o poder familiar.

De tal modo, de acordo com o artigo 1630 do Código Civil sujeitam-se á proteção do poder familiar, os filhos menores advindos ou não de relações matrimoniais, reconhecidos e adotivos. Os não reconhecidos, submeter-se-ão, enquanto menores, ao poder da mãe. Se esta for desconhecida, ou incapaz de exercê-lo, ou não for reconhecido por nenhum dos pais, será nomeado um tutor ao menor, como mostra o Código Civil em seu artigo 1633.

2.2 Conteúdo do Poder Familiar

O poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais, relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados. E de acordo com o Código Civil, artigo 1634, *in verbis*:

Art. 1634. 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 os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assim, provendo os pais de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis á sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Dirigir espiritualmente e moralmente seus filhos. Se o pai não cumprir o dever legal e moral de educar seus filhos, perderão o poder familiar e sofrerão as sanções previstas no Código Penal para o crime de abandono material e intelectual dos menores.

Como os pais são responsáveis civilmente pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor, sempre, observando a Consolidação das Leis do Trabalho.

Na esfera patrimonial, no exercício do poder familiar, temos o artigo 1689 e 1690 do Código Civil, *in verbis*:

Artigo 1689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I – são usufrutuários dos bens dos filhos;

II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Artigo 1690. Compete aos pais e na falta de um deles, ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

2.3 Suspensão do Poder Familiar

Sendo o poder familiar um *munus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento; hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor, no curso da ação.

Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. É, pois, uma sanção que visa preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a Lei. Podendo atingir todos os poderes a ele inerentes ou apenas alguns deles, a critério do juiz, o qual se baseará na análise do que lhe for apresentado e comprovado.

As causas determinantes da suspensão do poder familiar estão arroladas no Código Civil, artigo 1637, *in verbis*:

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

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

2.4 Casos de Destituição do Poder Familiar

Esta é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial. Se o juiz convencer de que houve uma das causas que a justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos.

A ação judicial para este fim é promovida pelo outro cônjuge; por um parente do menor; por ele mesmo, se púbere; pela pessoa a quem se confiou à guarda ou pelo Ministério Público. A perda do poder familiar, em regra é permanente, embora seu exercício possa ser restabelecido, se provada à regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso.

Será destituído do poder familiar de acordo com o artigo 1638 do Código Civil e seus respectivos incisos, por ato judicial, a mãe ou o pai que, *in verbis*:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários á moral e aos bons costumes;
- IV – incidir no abuso de sua autoridade, na falta dos deveres paterno-maternos, na dilapidação dos bens da prole e na prática dos crimes punidos com mais de dois anos de prisão.

A Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 437 e parágrafo único, também prescreve a perda do poder familiar para o pai ou mãe que concorrer, por ação ou omissão, para que o menor trabalhe em locais ou serviços perigosos, insalubres ou prejudiciais a sua moralidade.

Assim, se for aplicada à sanção de perda de poder familiar a um dos genitores, o seu exercício passará ao outro; se este estiver morto ou for incapaz de exercê-lo, o juiz nomeará um tutor ao menor.

2.5 Extinção do Poder Familiar

De acordo com o artigo 1635 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1635. Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II - maioria do filho;

III - emancipação do filho, nos termos do artigo 5º, parágrafo único;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial decretando a perda do poder familiar pela ocorrência das hipóteses arroladas no artigo 1638 do Código Civil.

De acordo com o inciso I do artigo acima, a morte de um deles não extingue o poder familiar, visto que o outro o exercerá sozinho; cessando apenas quando ambos os genitores falecerem, colocando-se os filhos menores não emancipados sob tutela. Se houver morte do filho, elimina-se a relação jurídica, por não haver razão de ser do poder familiar.

Com base no inciso III, extingue o poder familiar do pai ou mãe carnal, transferindo-o ao adotante; se falecer o pai adotivo, não se restaura o poder familiar do pai ou da mãe natural, nomeando-se tutor ao menor.

Logo, neste capítulo, podemos perceber que o Poder Familiar é muito mais uma obrigação dos pais para com os filhos e seus bens, do que um direito. Assim, o instituto do Pátrio Poder veio perdendo, ao longo dos tempos, a organização; deixando hoje de ser um conjunto de direitos, amplos e ilimitados, do pai sobre a pessoa do filho e seus bens e tornando-se um complexo de deveres.

O quadro legal vigente está, contudo, mais avançado do que a realidade do cotidiano das mulheres. Elas continuam trabalhando mais horas que os homens e ganham menos. Estão proporcionalmente menos protegidas pela seguridade social, executam tarefas menos atraentes, em quatro ou cinco ocupações principais e são, ainda, as principais ou únicas

responsáveis pelo cuidado e educação de seus filhos. Nesse sentido, exercem, há bastante tempo, o pátrio poder de fato, confrontadas com a omissão ou indiferença paterna. Em larga escala, “criança é assunto de mulher”. Sua luta, no momento, é para que o pátrio poder seja efetivamente compartilhado, em igualdade de condições e em todas as dimensões, pelo pai e pela mãe.

Finalizando este capítulo onde dispõe sobre o pátrio poder, passaremos a discutir no capítulo a seguir assuntos pertinentes a guarda de filhos, tais como, sua definição, aplicação, modelos e os efeitos psicológicos que podem advir em virtude de casos provenientes da ausência paterna.

3 A GUARDA DE FILHOS

Neste capítulo, faremos um apanhado sobre a guarda de filhos, para que se entenda melhor a respeito do tema a ser abordado.

3.1 Definição e Aplicabilidade

Na visão de Strenger (1998, p. 31), assim define a guarda de filhos:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos a crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

Conceituando as palavras guarda e guarda de filhos, o Vocabulário Jurídico (2001, p. 387 – 388), assim determina:

Guarda - em sentido especial do Direito Civil e do Direito Comercial quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confiadas, bem assim manter em vigilância e zelo, protegendo-as; certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção. E no âmbito da proteção da criança e do

adolescente obriga a prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo ao detentor o poder de opôr-se á terceiros, inclusive aos pais. Guarda de Filhos – é a locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil.

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto 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 ocorrentes.

A guarda visa atender criança que esteja em estado de abandono ou tenha sofrido abuso dos pais, não importando prévia suspensão ou substituição do poder familiar. Daí trata-se da guarda legal que é concedida judicialmente.

O conceito de guarda surge de um valor maior, protegido, que é o bem-estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado, e sustentado, para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional, e entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna, fundamento do próprio Estado de Direito, insculpido em nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

Guarda na lição de Miranda (1983, p. 94), “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.

A guarda se dá dentro do Direito Assistencial e é regido pela Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A Justiça da Infância e da Juventude ao apreciar o pedido, deverá considerar o grau de parentesco e a relação de afetividade para evitar ou diminuir prejuízos que possam ocorrer, observando o disposto no artigo 28 e parágrafos, *in verbis*:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-à mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvida e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-à em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

A guarda destina-se de acordo com o artigo 33 que, *in verbis*:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional á criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se á terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

De acordo com artigo 237 da mesma Lei, quem subtrair menor do poder de quem o tiver, legal ou judicialmente, sob sua guarda com a intenção de colocá-lo em lar substituto poderá ser punido com reclusão de dois a seis anos e multa.

Logo, será deferida a guarda somente fora das hipóteses de tutela e de adoção, a fim de atender situações peculiares ou suprir a eventual falta dos genitores ou responsável, cedendo-se então, o direito de representação para a prática de certos atos, de acordo com o artigo 33, parágrafo segundo.

De acordo com os artigos 32 e 170, o responsável, ao assumir a guarda, deverá prestar compromisso de bem desempenhar o encargo, mediante termo nos autos e terá o dever de prestar alimentos podendo exigir do menor, respeito e obediência.

Assim, se houver a necessidade da mudança da guarda, esta deverá ser feita mediante busca e apreensão, que consistirá em medida cautelar ou autônoma concedida judicialmente, sendo cumprida por precatória. Logo, uma vez concedida a guarda á pessoa idônea, não se admite transferência do menor a terceiros ou entidades governamentais e não-governamentais, sem autorização judicial, de acordo com o artigo 30. E de acordo com o artigo 35, *in verbis*: “a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”.

O enfoque da guarda no Brasil tem suas peculiaridades; por um lado, temos uma legislação considerada muito avançada para os padrões mundiais: o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº. 8069 de 1990; a Lei de Investigação da Paternidade - Lei nº. 8560 de 1992; além do Estatuto da Mulher Casada - Lei nº. 4121 de 1962, alterando o art. 380 do Código Civil; o recente reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar - Constituição Federal de 1988, art. 226, parágrafos 3º e 4º, assim como, ainda dentro deste mesmo artigo, parágrafo 5º, a regulamentação de que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Deste modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente indica em seu artigo 4º caput que, *in verbis*:

Art. 4. 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.

E de acordo com o artigo 2º, da mesma Lei, *in verbis*: “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

3.2 Modelos de Guarda

Diante de diversos tipos de guarda, é interessante destacar as modalidades mais importantes para a questão da Guarda Compartilhada, já que esse é o tema principal deste trabalho.

Com o vínculo matrimonial ou a união estável e a decorrência da maternidade e paternidade surge o primeiro modelo de guarda, conhecido como guarda originária, o qual não é judicial, e sim natural, em que ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes do pátrio poder, conseqüentemente a guarda, não existindo, portanto a figura do não guardião.

A segunda modalidade de guarda a ser analisada é a uni parental, que ocorre na dissolução do casamento. É muito comum durante a sua dissolução haver uma discussão sobre quem ficará com a guarda, mas deve-se ter cuidado com o sentimento das crianças. Nesta guarda, deve-se decidir com quem a criança ficará; se será com o pai ou com a mãe, sem levar em consideração a melhor condição financeira, mas o bem-estar do menor.

Na guarda provisória o autor determina apenas uma guarda provisória para um dos cônjuges o que ainda estará sob o poder de decisão do juiz em julgar para com quem o menor ficará. Logo, essa não pode ser considerada um modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea em que o menor está; uma vez que quando a ação for julgada no seu mérito, ocorrerá a guarda definitiva, que também não é um modelo de guarda, porque a guarda definitiva terá que adotar um dos modelos de guarda pós-ruptura conjugal.

Na guarda única, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, através dessa fixação de visitas, onde poderá constatar se o guardião vem corretamente prestando assistência material, moral e educacional á criança ou adolescente.

Caso o magistrado adote o modelo da guarda alternada, estará possibilitando, a cada um dos parceiros, terem a posse do menor de forma alternada, ou seja, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, sendo que os direitos-deveres inerentes á guarda ficarão sempre com o cônjuge que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não guardião, existindo dessa forma, sempre uma alternância na guarda

jurídica do menor. Esse modelo de guarda é criticado pelos juristas, pois, afirmam que prejudica o menor na formação de sua personalidade, valores e padrões.

A guarda dividida para Silva (2008, p. 58), “apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda”. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações.

Novamente para Silva (2008, p. 59), a nidação ou aninhamento, “é o modelo de guarda no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo, parece ser uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada”.

Portanto, a partir do término da relação conjugal, os cônjuges terão que resolver qual o melhor modelo de guarda para o filho. Ademais, a idade do menor é um requisito importante a ser observado, visto que, enquanto o menor estiver na idade que varia do nascimento até aproximadamente 24 meses, o melhor para ele é ficar com a figura materna, em virtude que este depende da mãe de forma absoluta, seja por causa da própria sobrevivência ou por ter maior vínculo com a mãe.

Outro ponto a se destacar é se existem irmãos no litígio, porque não é considerado aconselhável separar irmãos, já que diminui o vínculo de amizade e o companheirismo que existe entre eles, tendo o objetivo de pelo menos, manter junto o pouco que resta da família.

Não existe regra que expressa claramente a partir de qual idade será ouvido o menor, e como essa manifestação contará na decisão do magistrado, visto que os pais podem tentar seduzi-los. O que normalmente ocorre é que a partir dos doze anos o menor é juridicamente considerado adolescente, conforme art. 2º da Lei 8.069/90, e se for constatado que esse já possui certa maturidade, o juiz certamente levará em conta a sua vontade ao prolatar a sentença.

O magistrado também deverá observar a conduta dos pais, sendo levado em consideração tanto as condições morais, como idoneidade, ambiente familiar, social, como as condições materiais; ou seja; a sua profissão, renda, habitação, etc.

Pode-se, dessa maneira, concluir que o bem estar do menor deve sempre prevalecer em detrimento de qualquer outra circunstância estabelecida entre o pai e a mãe.

Todavia, conforme se verá adiante, no capítulo que segue, é que o modelo de Guarda Compartilhada é um fator encorajador da cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas. Ela permite aos filhos viverem e conviverem em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma co-participação em igualdade de direitos e deveres solidários.

3.3 Efeitos Psíquicos da Guarda – A Figura do Pai e a sua Ausência

A respeito dessa questão a autora Silva (2008, p. 139), revela, em sua obra que:

A imagem do pai distante e autoritário, de algumas gerações passadas que impunha temor aos filhos com apenas um olhar, cedeu lugar á do amigo e do companheiro. O pai de hoje é mais carinhoso e participante; ele descobre em si mesmo novos talentos e faz da convivência com os filhos, uma experiência única e gratificante.

Os pais deixaram de ser apenas um espectador dos cuidados da mulher para com o filho e tornou-se um elemento atuante na educação da criança. O pai moderno acompanha a evolução da gravidez, assiste o parto e ainda divide os cuidados da criança. Os pais de hoje vão até á escola, nas reuniões, etc. Essas participações dos pais são muito importantes porque os filhos crescem mais felizes, mais amparados psicologicamente, formando assim um novo modelo de família.

Ademais, a família na sociedade tradicional era muito mais uma unidade produtiva e reprodutiva que uma unidade emocional. Com um mecanismo destinado a transmitir patrimônio e posição social. A principal coisa que um pai faz, é colocar seus filhos, no mais amplo contexto social, ajudá-los a entender as exigências necessárias para viver em um mundo fora da família.

O pai cumpre um papel muito importante ao construir a auto-estima da criança. Ele é importante, também de uma maneira que não podemos explicar, para desenvolver na criança limites internos e controle.

A ausência do pai nos mostra o quão os filhos são afetados quando não podem contar com o referencial do pai na sua vida diária, seja por qual motivo for: na família unida ou após a sua dissolução. Muitas vezes ocorre uma falta de comunicação e os laços familiares vão se rompendo.

Vários são os casos em que se vê essa crise da paternidade, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Os pais não reconhecem o dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos.

Deste modo, temos os pais solteiros, ou separados, que só são pais nos fins de semana; o pai que não paga a pensão alimentícia; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento.

Enfim, a ausência da figura paterna, em decorrência de um abandono material e psíquico, tem gerado grandes consequências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute nas relações sociais.

No último capítulo, discorreremos sobre a Guarda Compartilhada de Filhos, visto que o convívio da criança com ambos os pais é imprescindível para o seu desenvolvimento emocional de forma saudável. O capítulo seguinte segue ainda com explicações importantes a desígnio de seu histórico, sua aplicação em outros países, base jurídica e responsabilidade civil.

4 A GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS

Neste capítulo iremos apresentar teor acerca do tema principal. Isto se faz mui necessário para que se entenda, o quão esta nova modalidade de guarda, que tão recentemente foi inclusa em nosso ordenamento jurídico brasileiro é importante para que haja outra conotação ao instituto do pátrio poder, na medida em que rompe com a idéia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, sempre no sentido de uma nova concepção da família: voltada para o melhor interesse e cuidado das crianças e dos pais no convívio familiar.

Diante do contexto, a busca por erigir um novo modelo relacional para o casal é consequência da falência de um modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Tal mudança também repercute favoravelmente nos casais separados, porque é algo que se atém ao íntimo das pessoas envolvidas e que segue, sendo parte de seu comportamento.

Nesse sentido, veremos que a adoção da Guarda Compartilhada é o veículo, por meio do qual, poderemos incentivar os pais a dividir o cuidado aos filhos. A idéia é tentarmos introduzir um corte no procedimento de praxe quando da separação de casais com filhos, buscando caminhos alternativos que contemplem o genitor, que reforcem a frequência de visitação e o convívio pais-filhos, e ainda, que induzam os genitores a pensar no melhor interesse das crianças.

4.1 Histórico

A Guarda Compartilhada vem sendo utilizada em diversos países da Europa e nos Estados Unidos da América, sendo instituto novo, em face da problematidade humana, sentimental, emocional, moral, psicológica e social.

No Brasil esta vem sendo examinada a partir das últimas três décadas.

4.2 Aplicação da Guarda Compartilhada em outros países

A aplicação da Guarda Compartilhada muda de país para país. Todavia, vivemos na era da globalização e os bons exemplos tendem a ser copiados em todas as esferas da vida. Visando colocar o menor no centro das atenções é que houve a necessidade de estudo entre os juristas, psicólogos e sociólogos.

Originária da Inglaterra, na década de sessenta, ocorreu à primeira decisão sobre a guarda conjunta, a chamada “joint custody”. A idéia da Guarda Compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala conferindo ao seu titular direitos que se assemelham ao poder familiar.

Foi na França que surgiu a primeira lei sobre o tema, e esta harmonizou o Código Civil Francês desde 1976. Assim, se o casal se separa, o exercício da guarda pode ser exclusivo a um dos pais ou compartilhado por ambos.

De acordo com Silva (2008, p. 81): “nos Estados Unidos, a Guarda Compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos”.

A ABA (American Bar Association), criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (Child Custody Committee). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Em Portugal, a Guarda Compartilhada é conhecida como guarda conjunta, e sua importância decorre do fato de permitir a opção dos pais pelo exercício comum do poder paternal. E na Argentina, adotaram como regra básica, o exercício compartilhado, sendo do

pai e da mãe conjuntamente, casados ou não. Assim, no Canadá esta só é deferida se os pais optam por ela, mas, os juízes deixam claro que a forma mais benéfica aos filhos para que ambos tenham um bom relacionamento e maior educação seja a opção pela Guarda Compartilhada.

4.3 Pressupostos e Condições

O pressuposto da guarda é a ruptura conjugal. Daí vários elementos convergem para a efetivação da guarda do menor, porque somente a partir de uma perda é que se dá a mudança da situação familiar do menor.

Perdas sempre são difíceis de serem trabalhadas no plano psicológico e afetivo, ainda mais quando a ruptura provém de litígio entre os pais. Por isso, necessário neste momento - caso não haja acordo entre os pais, o que resultaria na probabilidade de concordarem com a chamada Guarda Compartilhada, partilhando a guarda jurídica do filho - buscar, tanto o pai quanto a mãe, o entendimento claro e importante, de que o que foi rompido foi o laço conjugal e não o laço tutelar, entre pai e filho, entre mãe e filho. Assim é que os cônjuges deixam de ser cônjuges, mas não deixam de ser pais.

Especificamente, no que diz com os pressupostos da Guarda Compartilhada, além da causa comum a qualquer tipo de guarda, a dissolução da sociedade conjugal, existem outros fatores que podem ser entendidos como pressupostos da determinação da guarda jurídica conjunta, que implicam na escolha de tal tipo de guarda pelo juiz - claro que apenas no caso de não ter havido acordo entre os pais. Por primeiro, inexistir qualquer das causas impeditivas do deferimento da guarda para um dos pais. Exemplo: violência contra os filhos, alcoolismo, doenças mentais, vontade expressa de não ser o guardião. Por segundo, o exame atento, do caso concreto, capaz de verificar as condições sociais, psicológicas, morais, emocionais e afetivas dos genitores.

A emancipação da mulher, sua inserção cada vez maior no mercado de trabalho, o tratamento igualitário no plano constitucional e a busca da efetividade desta isonomia com os homens em todos os setores da sociedade tornam urgentes, também, a reforma e a alteração na forma de partilhar, de dividir, as importantes e fundamentais obrigações de criar, educar, prover e manter a prole.

É na prioridade do bem-estar do menor, de sua proteção efetiva, de sua educação em termos totais, que reside à grande esperança de que possamos alcançar a tão almejada justiça social. Tem-se, pois, que o estigma da separação dos pais possa marcar fundo a personalidade da criança e do adolescente, capaz de transformá-los em neuróticos, covardes, psicóticos e obsessivos. A formação do ego ao longo da caminhada para a maturidade não está imune ao sofrimento, ao manejo com as perdas. No entanto, para que cresça com as melhores possibilidades de se enquadrar na sociedade organizada, de poder se tornar auto-suficiente, de poder ter prazer no que faz, é mister que esta caminhada seja protegida e trabalhada no plano afetivo, com o que, se faz necessário o reconhecimento pelos pais, pela sociedade e pelo Estado, do indispensável acompanhamento e aconselhamento, e mesmo tratamento por profissionais de várias áreas, o que implicará numa decisão fundada nos valores constitucionalmente protegidos, que são, em resumo, o interesse prioritário do menor a ser defendido pelo juiz quando defere a guarda, na falta do benéfico acordo entre os pais separados.

A Guarda Compartilhada vem, portanto, fazer um corte no instituto da guarda única, com finalidade de se proporcionar aos pais e filhos uma convivência estreita e íntima. Bem como, um meio a possibilitar a presença de ambos os pais na tomada de decisões acerca do futuro dos filhos, respeitando os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

É preciso adaptar a aplicação da Lei às demandas das diferentes classes sócio-econômicas. Casais de classe média estariam mais inclinados a aceitar a Guarda Compartilhada do que os de classes mais desfavorecidas economicamente. Famílias com maior aporte financeiro teriam mais facilidade para manejar deslocamentos de residência e de se instalarem próximos aos filhos, enquanto que famílias de classes mais baixas não têm tanta mobilidade.

Com isso, a Guarda Compartilhada deve ser sempre cogitada entre outras opções, dentro da perspectiva e disponibilidade de cada casal. Se ao juiz é dada à opção de dar a

guarda ao casal, e isso for o melhor para eles e para os filhos, ele pode homologar um acordo com um plano previamente traçado, de como esses pais vão criar suas crianças. A maneira como ele vai ser feito também pode ser fruto de uma elaboração conjunta, onde ambos os genitores participam, com a assessoria dos profissionais necessários e com a participação dos filhos.

O que ela pretende é permitir que os pais continuem a agir como tais, dividindo responsabilidades, participando da vida da criança, que é o que não ocorre no modelo de guarda única, onde um, possui a guarda e outro o direito de visita. Portanto, a pretensão é a conservação dos laços que uniam os pais antes da separação.

Desta feita, a residência do menor, não necessariamente será com a mãe, mas sim com o genitor que apresentar melhores condições financeiras e também de carinho, afeto, amor, dedicação. Certo está que um cônjuge terá a guarda física, mas ambos detêm a guarda jurídica. A idéia de uma residência principal procede no sentido de a criança possuir uma estabilidade e não perder assim, seu ponto de referência domiciliar, mas nada impede que o filho tenha quarto e coisas pessoais nas duas residências, ficando a criança totalmente à vontade nas duas residências; mas nunca se esquecendo de que o menor tem que ter um lar principal para equilíbrio.

4.4 Fundamentos Jurídicos

O Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a Lei nº. 11.698, que institui a Guarda Compartilhada, no dia 13 de junho de 2008. Ela altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar sobre a guarda compartilhada. Assim, esta Lei entra em vigor depois de decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação. E vem com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída, ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar na redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

Deste modo, percebe-se que o sonho dos pais que lutavam pela guarda compartilhada, recentemente virou realidade, dando oportunidade dos filhos poderem ter mais contato com ambos os genitores. Ademais, vejam a redação dos artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, disposta no Capítulo XI, que trata Da Proteção da Pessoa dos Filhos, *in verbis*:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Deste modo, fazendo exposição da nova Lei que mudou dois artigos do Código Civil de 2002 e de sua nova redação, percebe-se claramente as mudanças que o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou.

Assim, no ponto em que interessa, vimos que há duas condicionantes para o exame da questão posta. Primeiro, igualdade dos cônjuges; segundo, proteção do menor.

Por isso, o valor maior, a obrigação da família, como da sociedade e do Estado, é no sentido de promover, “com absoluta prioridade” (art. 227, Constituição Federal de 1988), o bem-estar da criança, assegurando-lhe os direitos fundamentais que ali estão reproduzidos.

A partir destas premissas, de que há a igualdade dos cônjuges e que há prioridade nos direitos da criança, passa-se ao exame da legislação infraconstitucional condizente apenas com a guarda do menor.

Dizem os artigos 3º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

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

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

A Lei 6.515/77, a chamada Lei do Divórcio, em seu artigo 9º, dispõe sobre a proteção a pessoa dos filhos e reza que, *in verbis*: “No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

A legislação civil atual quanto à guarda de filhos menores, é clara na regra, de que esta seja concedida ao cônjuge inocente, uma vez que, de acordo com o artigo 10, caput, da Lei do Divórcio, *in verbis*: “na separação judicial fundada no caput do artigo 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge ao qual não tenha sido dado causa”.

A partir destes dispositivos, tem-se que a Guarda Compartilhada é viável, possível e legal.

O pátrio poder é compartilhado pelo pai e pela mãe. Quando há a ruptura conjugal, se inexistente causa de perda do pátrio poder, este continua na figura do pai e da mãe. Porque os cônjuges podem separar-se, podem deixar de serem cônjuges, mas não deixam de ser pai e de ser mãe. Não se confunde a instituição do pátrio poder com a guarda, mas é um fundamento analógico, já que pode haver guarda compartilhada como instituto que também torna o detentor responsável pelo menor.

Ou melhor, o vínculo da paternidade e da maternidade não se dissolve, não se apaga, não morre, não se derroga por nenhuma norma jurídica. Esse vínculo natural, biológico ou não, afetivo, de constante caminhada nos meandros da vida em sociedade, não se rompe com a ruptura do casamento ou dos laços conjugais.

A sociedade conjugal acaba e a relação pai-filho e mãe-filho é eterna. Daí que a Guarda Compartilhada, enquanto entendida como guarda responsável pelos direitos assegurados na Constituição, que, em síntese, é o da manutenção do menor, não se confunde com a guarda física, ou seja, com a convivência sob o mesmo teto, o cuidado direto, que

muitas vezes, é diluído nas creches, nas pré-escolas, nas escolas, em terceiros que trabalham no lar dos pais.

Isto porque o casamento impõe aos cônjuges, respectivamente, deveres comuns á ambos os genitores para com os filhos, como seu efeito fundamental, tendo por objeto uma boa criação para os filhos, conforme o artigo 1566, IV do Código Civil, *in verbis*: “São deveres de ambos os cônjuges: sustento, guarda e educação dos filhos”.

Ressaltamos que a jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que a Guarda Compartilhada somente é possível quando existe entre os genitores uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito. Não havendo relação dessa forma entre os pais, melhor indicação é a guarda unilateral, porque atenderá melhor o interesse do filho, pois em parte estará livre de uma zona de conflitos entre os pais.

4.5 Soluções Jurisdicionais - Responsabilidade Civil

No início, restou que a Guarda Compartilhada diz apenas com a guarda jurídica. Claro, também, que a guarda física ficará com o genitor, com o qual residir o menor, podendo, é óbvio, na Guarda Compartilhada - porque há a responsabilidade da guarda jurídica por ambos os genitores - ocorrer à guarda física alternada, se isto for para o bem do menor.

Também é necessário frisar que determinada guarda conjunta pode ser alterada a pedido de qualquer dos genitores, dos próprios filhos, ou de ofício pelo juiz.

Basicamente são dois os deveres paternos: de assistência, que engloba a prestação material (alimentos e satisfação das necessidades econômicas) e a prestação moral (compreendendo a instrução e a educação); e o de vigilância, que é um complemento da educação e será mais ou menos necessário conforme o desempenho dos pais na prestação do primeiro dever: a assistência material e, principalmente, a moral.

Assim, porque o filho é o fruto do meio onde vivem e apenas repetem, com raras exceções, os atos de seus pais; por isso se dizem que os filhos são reflexos de seus pais. Se há falta de respeito, ofensa, rivalidade, provocação e agressão, trata-se de legado da vida familiar.

Como estão em fase de desenvolvimento, os filhos necessitam de ambiente saudável, cuidados constantes, proteção contra as más companhias e orientação para que não freqüentem locais inadequados a um sadio crescimento e desenvolvimento.

Aplicada em determinado caso, a guarda conjunta jurídica, vencidos todos os caminhos para tal deliberação, surgem conseqüências desta Guarda Compartilhada que dizem, principalmente, com a responsabilidade civil dos atos do menor, normatizada pelos artigos 1.566, IV, e 1.634, I e II do Código Civil de 2002.

Dando o menor, causa a lesão de direito de terceiro e havendo necessidade de ressarcimento ao prejudicado, são os genitores guardiões responsáveis solidariamente pelos danos causados. Esta é a interpretação mais consentânea com o instituto, como definido neste trabalho, porque se há a partilha da guarda, portanto a responsabilidade de ambos os guardiões - diga-se que a guarda conjunta pode ser estabelecida para outros que não os pais biológicos - é de educar, manter o menor em solidariedade, portanto em solidariedade, responderão pelos atos do menor. Caso contrário, estar-se-á negando o próprio instituto da guarda compartilhada. É claro que, se comprovado, dentro do princípio da ampla defesa, que houve culpa ou permissão de apenas um dos genitores para a prática de determinado ato lesivo, só a este cabe a reparação.

Especificamente se os pais infringem tais deveres na responsabilidade civil, devem se submeter ao disposto no artigo 932, I, do Código Civil de 2002, com a seguinte redação, *in verbis*: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

Desta feita, o vínculo decorrente entre o ser humano e quem o gerou é regulamentado por leis, que contêm direitos e deveres de ambos, predominando, o direito dos filhos e os deveres dos pais, independentemente de existência ou não de união dos mesmos.

Assim, quando se refere à responsabilização do pai ou mãe que tem o filho sob sua companhia, certamente o legislador preferiu responsabilizar o genitor que detém a guarda em

vez de concentrar a responsabilidade no poder familiar dos dois genitores, pois, em verdade, esse é que tem o dever maior de vigiar o menor.

Desta maneira, o magistrado através de um prudente arbítrio, deverá analisar todo um contexto, para poder decidir se atribui ou não a responsabilidade aos pais, ou a um deles, pela reparação civil: se o menor agiu por si mesmo, se os pais poderiam ter-lhe dado outra educação e até que ponto essa educação evitaria o cometimento do ato ilícito pelo menor, se a falha na educação é atribuível somente aos pais, ou também a outras figuras, como representantes da escola, por exemplo.

No entanto, com a Lei nº. 11.698 sancionada no dia 13 de junho de 2008, que altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 que institui e disciplina, sobre a Guarda Compartilhada, seremos levados a concluir que o objetivo desta é reorganizar as relações entre os pais e os filhos na família, que foi desunida pela separação, sendo que seu fim nada mais é do que a continuidade da autoridade dos pais, assim como era no casamento ou na união da qual adveio o nascimento do filho.

CONCLUSÃO

Após este humilde estudo sobre a Guarda Compartilhada de Filhos, conclui-se que este instituto que pode ser aplicado imediatamente em face da legislação já citada, e que sua aplicação depende da casuística, fica ao critério sempre sensível do juiz, dependendo sua adoção sempre do caso concreto.

Este modelo de guarda é o que melhor se encaixa aos princípios constitucionais da igualdade entre o homem e a mulher, da paternidade responsável e da proteção familiar, permitindo a ambos os pais, serem iguais e solidariamente responsáveis pelas tomadas de decisões acerca dos interesses de seus filhos.

Sendo a guarda um dever de assistência educacional, material e moral, garantindo-lhe a sobrevivência física e o desenvolvimento psíquico, consoante, disposto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Guarda Compartilhada tem aplicabilidade prática, haja vista que é critério jurídico que se faz necessário para a determinação da guarda, objetivando o interesse do menor. Portanto, o magistrado poderá aplicar a guarda compartilhada, dado o poder discricionário de que é investido nas questões de família.

Assim, dois são os requisitos para aplicação do instituto: que o ambiente de fato seja propício e que esse tipo de guarda atenda ao melhor interesse da criança. Importante destacar que esse modelo de guarda está em consonância com a vontade do constituinte, que determina a igualdade dos pais no exercício do poder familiar e coloca o interesse da criança em primeiro lugar.

Portanto, o único meio de assegurar igualdade entre os pais na condução dos filhos menores, após a ruptura do casamento ou da união, é com a Guarda Compartilhada, que possui extrema vantagem em relação à guarda unilateral, caso em que, ambos os pais têm a guarda jurídica apesar de um só deles ter a guarda material.

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre este dia é um bom dia, isto porque é previamente marcado e o guardião normalmente impõe regras.

O objetivo, portanto da Guarda Compartilhada é diminuir o fosso de sofrimento que separa pais e filhos, de maneira a permitir uma convivência íntima e solidária entre eles, com o fim de se obter indivíduos mais saudáveis e uma sociedade mais justa e democrática, de acordo com os princípios constitucionais vigentes.

Enfim, os pais têm que ser maduros suficientes para compartilharem a guarda do filho, independentemente de suas frustrações ou desavenças, pois o poder familiar permanece com ambos. Deste modo, percebemos que a tendência mundial é o reconhecimento da Guarda Compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Na Guarda Compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho. Ela busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

A Guarda Compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. E é com este pensamento que os pais têm que buscá-la. O direito de moradia principal com um dos genitores, mas tendo o outro genitor, todos os direitos e obrigações, compartilhando assim da vida do filho em todos os momentos. Pois, com ela busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem, sobre o relacionamento entre pais e filhos, enquanto mantém o casal, envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel permanente, ininterrupto e conjunto.

A verdade é que o estudo sobre a Guarda Compartilhada envolve discussões jurídicas e afetivas e o seu campo é bastante vasto. Logo, tendo em vista o seu pouco tempo de Lei sancionada percebe-se que muitas discussões surgirão a respeito do tema. As dúvidas dos pais e dos filhos aparecerão no novo modelo de guarda brasileiro, visto que pode não haver relacionamento feliz entre seus pais, mas que os filhos do casal são para sempre e toda criança tem direito de conviver com o pai e com a mãe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

ALVES, Geraldo Magela e SLAIBI FILHO, Nagib. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALVIM, Teresa Celina Arruda. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 1989, v.5.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v.5.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 19. Ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

JÚNIOR, Alúcio Santiago. **Direito de Família. Aspectos Didáticos**. Belo Horizonte: Ed. Inédita, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado- Parte Especial**. 4. ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. V. VIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 19 ed., São Paulo: Saraiva, Volume 2. 1980.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A Nova Constituição e o Direito de Família**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. V. 6, São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Direito Civil- responsabilidade civil**. 15. Ed., Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre a Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

Endereços Eletrônicos:

Conceito histórico de Família. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%ADlia#Conceito_de_fam.C3.ADlia> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

Poder Familiar. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=poder_familiar&oldid=10198521> Acesso em: 06 de Agosto de 2008.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda Compartilhada: A Dificil Passagem da Teoria a Prática.** Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_publicacoes/emagis_guarda_compartilha_da_a_dificil_passagem_da_teorica_a_pratica.pdf> Acesso em: 10 de setembro de 2008.

Leis:

BRASIL. Presidência da República . **Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os artigos 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. Brasília, DF: 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1> Acesso em: 28 de Agosto de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 10 de nov. de 2008.

Códigos e Constituições:

PINTO, Antonio Luiz Toledo, *et al.* Vade Mecum. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Civil Brasileiro de 2002.** Institui o Código Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.