

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

RODRIGO CRISTIANO GALINDO

**A EVOLUÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS NO DIREITO
BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE OS ASPECTOS HISTÓRICOS E
CONTEMPORÂNEOS SOBRE O INSTITUTO DA GUARDA DOS
FILHOS NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR.**

MARÍLIA
2015

RODRIGO CRISTIANO GALINDO

**A EVOLUÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS NO DIREITO
BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE OS ASPECTOS HISTÓRICOS
E CONTEMPORÂNEOS SOBRE O INSTITUTO DA GUARDA DOS
FILHOS NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR.**

Trabalho de Conclusão apresentado como requisito parcial para o desenvolvimento do Trabalho de Conclusão da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

Orientador: Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior

MARÍLIA
2015

GALINDO, Rodrigo Cristiano.

A evolução da guarda dos filhos no Direito brasileiro: Um olhar sobre os aspectos históricos e contemporâneos sobre o instituto da guarda dos filhos na perspectiva do princípio do melhor interesse do menor / Rodrigo Cristiano Galindo; Orientador Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior.

61f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Poder familiar 2. Guarda dos Filhos 3. Direito 4. Interesse do Menor

CDD: 342.164

DEDICATÓRIA

Dedicar em poucas linhas toda emoção que este trabalho carrega em suas páginas se torna algo impossível e até injusto, porém algumas pessoas são partes do meu sucesso. A essas pessoas faço esta singela homenagem:

Aos meus pais: Sueli e João Roberto por acreditarem sempre no meu potencial e investirem na minha formação profissional. Ao meu irmão Gustavo, com seu jeito brincalhão de demonstrar preocupação e apoio. Cada um ao seu modo fez com que as pedras do caminho fossem encaradas como degraus a serem escalados. Chegar até aqui não foi fácil, o caminho parecia difícil, mas com o apoio de vocês tudo foi possível. Dedico a vocês mais esta vitória!

Á Dra. Raquel Bosqueti Sardi, excelente profissional do Direito e das Letras, que não mediu esforços para que eu me tornasse um profissional dinâmico. Dedico a você todo meu carinho e reconhecimento. Serei eternamente grato pelo aprendizado ao seu lado.

Aos amigos de trabalho da Escola Estadual “Graciema Baganha Ribeiro”, pois palavras de encorajamento não faltaram. Somos uma equipe vencedora. Dedico em especial, à Vice-Diretora Flávia Costa de Souza, pela amizade, incentivo e compreensão nas ausências para que meu desempenho profissional fosse satisfatório.

Aos grandes amigos; de infância, das Letras, e aos do Direito (minha segunda família): a vida se encarregou de colocar-nos lado a lado na busca por este ideal. Não seria possível mencioná-los, mas aqueles que ao lerem esta dedicatória, e o coração apertar, lágrimas rolarem, e se sentirem tocados, saberão que são vocês!

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado o dom da vida;

*À minha família por me apoiar e entender as ausências e nos momentos de renúncia
para que meu sonho fosse concretizado;*

*Ao meu orientador Profº Dr. Teófilo Arêa Leão pelo incentivo à pesquisa e dedicação
na realização deste trabalho;*

*Ao Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e professores do Curso de
Direito pela competência em transmitir valores e aprendizado.*

*Aos amigos do Direito: Rafaela Paes de Campos, Pedro Henrique Provin Ribeiro da
Silva, Rodrigo Correia da Silva, Paulo Henrique Franco, Wesley Ricardo Vitorino,
Julia Andery Amorim, Paulo Roberto Gomes Júnior, Paola Fernandes, Michele Nagae
Pavan, Flávia Luiza Giulia Giaretta Spina, Ana Paula Tavares, Natalia Balbino, Tânia
Dalto, Talita Gimenez, Nathaly Carvalho, Rafael Bonatto, Pâmela Silva, Thiago
Branco... pela amizade e afinidades incríveis nestes cinco anos de lutas e conquistas:
Meu muito obrigado!*

E todos aqueles que sonharam comigo mais este sonho!

GALINDO, Rodrigo Cristiano. A evolução da guarda dos filhos no Direito brasileiro: Um olhar sobre os aspectos históricos e contemporâneos sobre o instituto da guarda dos filhos na perspectiva do princípio do melhor interesse do menor. 2015. 61 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de “Ensino Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução do instituto da guarda dos filhos no Direito Civil Brasileiro na perspectiva do Princípio do Melhor Interesse do Menor. Pretende-se demonstrar alguns fatores que influenciaram nas decisões sobre o poder familiar desde seu surgimento até a contemporaneidade. Partindo deste pressuposto, tem-se a intenção de observar como fica a situação da guarda dos filhos tidos em comum e, quais as possibilidades de guarda existentes diante das transformações na sociedade brasileira e suas características. Diante deste cenário optou-se por destacar as peculiaridades do poder familiar, identificar o conceito de guarda, classificar suas formas, modelos de exercício e seus desdobramentos, estudar sua evolução e os fatores que influenciaram a guarda dos filhos nas famílias. A metodologia utilizada para se proceder ao estudo em questão foi o levantamento bibliográfico, por meio do método indutivo que possibilitou tais constatações, dedicado às legislações de nosso ordenamento jurídico. Diante disso, fez-se a especificação dos fatores determinantes no processo de evolução da guarda dos filhos e suas possíveis aplicações sempre na visão do melhor interesse dos filhos.

Palavras-chave: Poder Familiar, Guarda dos Filhos, Direito. Interesse do Menor.

“Sábio é o pai que conhece o seu próprio filho”.

William Shakespeare

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1. PODER FAMILIAR.....	11
1.1 Origem histórica e evolução da família.....	11
1.2 Origem do poder familiar.....	12
1.2.1 Poder familiar pátrio.....	14
1.3 Conceitos de poder familiar.....	15
1.4 Características e peculiaridades do poder familiar.....	16
1.5 Da titularidade do poder familiar.....	18
1.6 Da destituição do poder familiar.....	19
1.7 Da suspensão e extinção do poder familiar.....	20
CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM A GUARDA DOS FILHOS.....	23
2.1 Princípio da Igualdade Conjugal.....	23
2.2 Princípio da Paternidade Responsável.....	24
2.3 Princípio da Afetividade e da Solidariedade Familiar.....	25
2.4 Princípio da proteção integral da Criança e do Adolescente.....	25
2.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	26
CAPÍTULO 3. DA GUARDA E SUAS MODALIDADES.....	29
3.1 Conceitos.....	30
3.2 Classificação.....	31
3.2.1. Provisória ou Definitiva.....	31
3.2.2 Jurídica ou Material.....	32
3.3 Da Titularidade do Exercício: Guarda Exercida Por Genitores ou Guarda Exercida Por Terceiros.....	32
3.4 Modelos de Exercício.....	33
3.4.1 Guarda Comum ou Guarda Conjunta.....	34
3.4.2 Guarda Unilateral ou Exclusiva.....	35
3.4.3 Guarda Alternada.....	36
3.4.4 Guarda Compartilhada.....	38

CAPÍTULO 4. EVOLUÇÃO HISTÓRICO JURÍDICA DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	43
4.1 Da predominância da guarda monoparental materna.....	45
4.2 Da Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho e Colaboração Familiar.....	47
4.3 DA GUARDA UNILATERAL: DE REGRA À EXCEÇÃO.....	47
4.3.1 Projeto de lei da câmara nº 117/13.....	48
4.4 Da Guarda Compartilhada como Regra Para os Filhos.....	49
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Atualmente, muito tem se falado sobre a relevância da família e, em especial, sobre dissolução da instituição do casamento e a proteção dos filhos decorrentes desta extinção conjugal.

É bem verdade que com a dissolução do vínculo conjugal não será alterado apenas o destino dos ex-cônjuges, mas também o de sua prole.

Dessa forma, o presente trabalho tem por pretensão analisar, partindo de conceitos básicos no universo do Direito de Família como: o Poder familiar seus desdobramentos até sua destituição, e ainda instituto da guarda dos filhos bem como a melhor forma de se garantir a estes o convívio pacífico e harmonioso após a ruptura dos laços de conjugalidade dos genitores.

Pretende-se também proporcionar aos filhos uma vida saudável e cercada de afeto, a qual seria alcançada através da aplicação do instituto da guarda sob a aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor.

O conflito encontra-se no modo de como se relacionam os genitores do menor, haja vista que, se estes vivem em oposição, com brigas constantes e acusações recíprocas, por óbvio não podem e não devem compartilhar um direito tão sensível.

Para fundamentar o presente artigo serão utilizadas doutrinas clássicas e autores contemporâneos, visando sempre demonstrar com clareza a evolução do instituto da guarda dos filhos e suas particularidades aplicadas a realidade da família brasileira ao longo dos séculos.

O primeiro capítulo tratará do direito de família, seus conceitos, questões históricas do Poder Familiar bem como suas formas de extinção, suspensão e destituição.

No segundo capítulo faremos uma abordagem dos Princípios Constitucionais, que norteiam o Direito de Família e o exercício do Poder Familiar em nosso ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo abre sequência para o tema central deste trabalho: conceito de Guarda, quais as possíveis modalidades, os formatos e modelos de exercê-la, bem como as transformações histórico-evolutivas e particularidades da guarda dos filhos.

Enfim, no último capítulo, como todo desfecho, versará sobre os fatores e interferências que envolvem o exercício da guarda dos filhos, abordando a condição da mãe, a influência religiosa no cenário doméstico e o papel do genitor nesta relação da

guarda no Brasil, além de outros como: o divórcio e a conseqüente inserção da mulher no mercado de trabalho, as alterações á legislação brasileira sobre o aspecto da guarda dos filhos, o projeto de lei nº 117/13 e a obrigatoriedade da guarda compartilhada como regra da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 na atualidade.

Portanto, objetiva-se com esse estudo um maior esclarecimento sobre o que é e como funciona o instituto da guarda dos filhos, bem como as peculiaridades que sua aplicação proporciona aos filhos do antigo casal e a eles próprios, desde que vivam sobre a aplicação do Principio do Melhor Interesse do Menor.

CAPÍTULO 1. PODER FAMILIAR

1.1 Origem e evolução histórica da família

Quando tratamos do poder familiar, é necessário fazermos um retrospecto à antiguidade e, assim, constatar as condições e interferências daquela época. Engels (2000, p. 22) em seus comentários sobre assunto, não define uma época para a formação da família, mas faz uma delimitação de períodos, a saber: no período pré-histórico a família era conceituada como estado selvagem, posteriormente barbárie, e civilizada.

Em definição estrita segundo os preceitos de Engels (2000, p. 28) podemos entender que no estado selvagem, o que chamamos de família concentrava-se num “período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos a serem utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação”.

No tocante ao possível surgimento familiar no período que envolve a definição dada pelo autor como barbárie temos o seguinte pensamento: “período em que aparece a criação do gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano” (ENGELS, 2000, p. 28).

Assim, numa formação já mais civilizada os primórdios familiares estão arraigados ao período definido como aquele “em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte.” (ENGELS, 2000, p. 28).

Ainda assim, Engels pactua que “todas as grandes épocas do progresso da humanidade coincidem, de modo mais ou menos direto, com as épocas em que se ampliam às formas de existência”. (ENGELS, 2000, p. 22 e 30).

Desta forma, ao definir os primeiros pensamentos sobre Família, Engels (2000, p. 22.e 30) preceitua que a família é “o elemento ativo, nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”.

Fora então no estado primitivo que a ocorrera a formação da família, e conforme Engels (2000, p.28) afirma tal etapa formou a família Consanguínea, evoluindo para as relações Punaluanas, que excluía pais e filhos das relações sexuais recíprocas, passando para as relações familiares conhecidas como Sindiásmica, ou seja,

aquela prevalecente nos dias de hoje, na qual um homem e uma mulher, sem qualquer vínculo de parentesco passam a coabitar juntos, até chegarmos a denominação de família Monogâmica, tendo nesta última formação, o predomínio do homem perante a mulher.

Ainda assim, encontramos controvérsias quanto a formação das primeiras famílias mediante a concepção e formação do instituto familiar que temos hoje.

Para Coulanges *apud* Levy, (2009, p.5,6) a família está intimamente ligada à religião, e tem nela o seu berço, pois “a união antiga ocorreu em face de algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou força física”.

Sobre este prisma, a família era dominada pelo patriarca que mantinha o domínio com o culto ao fogo sagrado, estreitando pela religião os laços e vínculos familiares, portanto não se tratava de uma associação espontânea, mas sim do domínio e poderio sobre os mais fracos.

Na Antiguidade, o poder exercido pela religião sobre os povos, era muito forte. Nesta égide, na Grécia Antiga, as crenças religiosas, costumes e superstições agregavam valores às leis e ao Direito e, por este motivo, constituíam-se de modo costumeiro na chamada Idade Primitiva.

Diante deste cenário, as figuras da mulher e dos filhos eram deixadas de lado.

A mulher devia ser totalmente submissa ao seu pai, posteriormente ao marido e, se este morresse, ao filho. Tratava-se, portanto, de uma relação extremamente paterno-familiar.

1.2 Origem do poder familiar

Se entendermos o poder familiar como algo em constante mutação, perceberemos que, ao longo de toda a história, fora constituído de modificações desde Roma Antiga até suas configurações no Direito Moderno.

Segundo Akel (2009, p.3) já no Direito Romano, o poder do pai, chamado de *pater*, era absoluto sobre a mulher, filhos e os escravos. Era o poder ilimitado, exclusivo e inquestionável de um chefe de família, atuando também como sacerdote do lar, sendo ainda sobre sua responsabilidade, a religião doméstica, na intenção de cultuar os antepassados.

Coelho (1992, p.205) afirma que “a lei das XII Tábuas dava ao pai o direito de prender aos filhos, de açoitá-los ainda tê-los sob cadeias, em trabalhos rústicos, de vendê-los ainda que desempenhassem cargos elevados dentro do Estado”.

Nesta concepção percebe-se claramente o grande e autoritário poder dado ao *pater* dentro do contexto familiar romano. Ainda neste viés, Pereira (2002, p. 18) explicita o poder do *pater* de maneira clara e esclarecedora:

O *pater*, como ministro da religião doméstica, chefe e juiz de toda a família, era o único responsável perante o Estado pela manutenção da entidade familiar, base de toda a organização social, seu mais sólido alicerce. O pai, exclusivamente, é que respondia perante a justiça pública por todos os atos dos membros de sua família, porque para estes havia a justiça doméstica de que era magistrado. Esposas, filhos e netos, escravos e toda a descendência estavam sujeito ao seu jugo poderoso.

Sobretudo, tais preceitos foram perdendo forças ao longo dos séculos e tais configurações de poder patriarcal foram dando aberturas a outras configurações. Fora neste aspecto o Cristianismo, o grande libertador desta influência na mudança das leis que passaram a propor o respeito aos filhos e à mulher na vigência do casamento.

Levy (2008, p.9) afirma ser a Igreja Católica, na obscura Idade Média, a grande influência da religião sobre o Direito, tendo em vista o âmbito paterno-filial, o que configurou sucessivos pensamentos e inserções na família europeia. Já no período do Feudalismo e com o sucessivo passar dos anos, a intensidade e transformações do poder familiar tende a uma diminuição, gerando agora ao filho, o direito à vida, integridade física, estímulos á educação e seu sustento.

Venosa (2003, p.35), ao tecer comentários sobre o enfraquecimento do chamado pátrio poder explica que: “Na Idade Média, é confrontada a noção romana de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paternal trazida pelos povos estrangeiros”.

No tocante a transição destes períodos, o fim do poder familiar começa a criar escapes como: a saída do filho do lar paterno, seja pelo casamento, ingresso junto ao serviço militar e posteriormente pela idade.

Na contemporaneidade, têm-se princípios aplicados á proteção de menores e relevantes deveres relacionados à paternidade e maternidades conscientes e responsáveis. Neste mesmo viés, o direito moderno tem aduzido as seguintes considerações no tocante ao pátrio poder:

O pátrio poder no direito moderno, ou seja, como um instituto de caráter eminentemente protetivo em seu, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres ao cargo de seu titular. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse múnus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. (RODRIGUES, 2004, p.397)

1.2.1 Poder familiar no Brasil

Em terras brasileiras, pelo período de quase um século, o poder familiar foi regido pelas Ordenações, que eram derivadas da Legislação Civil Portuguesa, e ademais, continham influências dos romanos e hebreus, predominando como religião, o Cristianismo.

Após a Independência e a instituição do Código Civil Brasileiro de 1916, nosso legislador instituiu ao marido, sendo chefe de família, o poder pátrio, e na falta deste, à mulher. O Art. 380, Código Civil Brasileiro de 1916 diz que durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. “Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Posteriormente, acompanhando as transformações da sociedade brasileira, e com a evolução da legislação, a mulher viu surgir o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4212 de 27/08/1962. Cabe inserir, neste contexto, o seguinte texto:

O marco da emancipação jurídica da mulher, trazendo importantes mudanças, dentre as quais, no que concerne ao presente estudo, à modificação do artigo 380 do Código Civil de 1916, no sentido de conferir o poder pátrio aos pais, embora atribuísse seu exercício ao pai, relegando à mulher a condição de sua colaboradora, sendo que no caso de divergência ao entre os cônjuges quanto ao exercício do pátrio poder, a prevalência da decisão era do pai, restando à mãe o direito de recorrer ao juiz para dirimir o conflito. (LEVY, 2008, p.10).

Como já foi dito, nos primórdios de nossa legislação, o exercício do poder familiar era conferido exclusivamente ao pai. Com o advento do Novo Código Civil Brasileiro, no ano de 2002, tal poder estendeu-se à mãe. O que se procurou garantir, desta forma, foi o resguardo dos direitos e interesses do menor, deixando de lado, o abusivo poder que o pai exercia sobre pessoas, coisas e filhos, rompendo, conseqüentemente, com costumes de tradição religiosa, A partir de então, passaram a serem contempladas as reais necessidades demandadas pela família brasileira.

Notório faz-se dizer que, a forma tradicional de família passou a não mais se adequar ao novo cenário e realidades sociais, o que tornou necessário o respeito aos princípios que zelam e preservam as gerações, bem como seus direitos e deveres.

Na atualidade, tem-se a garantia entre os membros da família e bem delimitados estão os papéis que cada um deve exercer. Não há mais uma hierarquia, um poder punitivo, autoritário em relação de pai para com o filho, pois apregoa-se a convivência sadia e harmoniosa, diálogo e ajuda mútua entre os familiares. Neste aspecto Oliveira ressalta que:

A família relaciona e interage com a sociedade, atendendo-a em suas principais necessidades estas identificadas com de ordem sexual, reprodutiva, educacional, social, econômica, política, espiritual e psicológica, abrangendo assim, todas as esferas da vida do indivíduo na organização social. (OLIVEIRA, 2002, p.21)

Nesta tese, Oliveira (2002, p.21) ressalta que a família, assim como, a espécie humana, interage sobre o meio em que vive na intenção de se estabelecer, e se relacionar nas diversas modalidades da esfera social, possibilitando desta forma uma compreensão das civilizações anteriores.

1.3 Conceitos de poder familiar

Na seara de conceitos de poder familiar, há uma imensa gama de preceitos que o definem de diversas formas, porém em sua essencialidade, permanecem os mesmos.

Em contraponto ao enfoque dado anteriormente, Neves (2000, p.863) afirma que “esse intuito se caracteriza por seu caráter protetivo ao menor, diferentemente das características que possuía em épocas passadas”.

Diniz (2005, p. 512), doutrinadora do assunto, define como sendo poder familiar aquele exercido pelos entes da família, observando os aspectos a seguir:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.

Já Monteiro (1992, p.277) em seus trabalhos sobre o assunto define que “o poder pátrio pode ser conceituado como conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, indelegável”.

Necessário faz-se dizer que em consonância aos preceitos do Código de Direito Civil Brasileiro que diz em seu artigo 1.630: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” desta forma, ambos os pais devem exercer o poder familiar perante o filho menor e que tal exercício não exclui nem exime um ou outro, ou seja, os genitores deverão exercê-lo na intenção de assegurar tal poder em comum.

Para Dias (2005, p. 381), a intenção de conceituar o poder familiar é o mesmo que “tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos”.

Conforme demonstrado, percebemos a evolução do poder familiar em nossa legislação, consoante a tais transformações sociais, nos deparamos com o pensamento de Silva (2015, p. 24) que se enquadra perfeitamente aos padrões sociais da atualidade podendo concluir da seguinte forma: “o Poder Familiar traz hoje o amplo significado da igualdade entre os pais,devendo ambos assumir todos os direitos e obrigações ao colocarem no mundo ou adotarem um ser humano.”

Todavia, um dos grandes marcos históricos no tocante ao Poder Familiar foi a Constituição Federal de 1988, onde constam princípios relevantes que refletem a importância da igualdade. Assim, estabeleceu igualdade em relação aos direitos do homem e da mulher, passando a designar o pátrio como poder familiar, moldando assim um novo cenário de igualdade na condução da família e criando a isonomia entre os cônjuges.

1.4 Características e peculiaridades de poder familiar

A transição entre a denominação de Poder Pátrio, poder paternal, ou ainda poder marital não ocorreu de uma hora para outra. Aos poucos, com a influência de acontecimentos históricos e fatores sociais alegados anteriormente, e que foram enfraquecendo o poder do pai no convívio familiar, tirando de cena as práticas hostis e grotescas, dando abertura para um lar mais fraterno, igualitário e conseqüentemente estendendo o referido poder aos demais dentro do ambiente familiar. Devido a isso, fez-se necessário o surgimento de uma nova nomenclatura para denominar esta ampliação e

igualdade no exercício do poder sobre a prole. Nesta vertente alguns autores acham o termo poder pátrio inapropriado, sugerindo o uso de termos como: poder de proteção ou pátrio dever.

Sobre o assunto Rizzardo (2006, p.602) tece a seguinte afirmação: “o poder familiar é imprescindível para a própria atuação ou cumprimento das obrigações que têm os pais de criação, sustento e educação do filho”.

Ainda assim, Rodrigues (2002 p.397) ao abordar o referido tema de Direito de Família, enfocando o poder familiar, encara o referido conceito da seguinte forma:

O novo Código optou por designar esse instituto como poder familiar, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar a expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao pai (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidado para incluir na identificação o seu real conteúdo, que, antes de poder, como visto, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.

Portanto pode-se dizer que mesmo havendo certas divergências quanto à nomenclatura ou denominação, não há de se negar a obrigação e o dever de assegurar o bem-estar da prole enquanto estes dependem de seus genitores. Não podendo haver assim, a transferência do encargo ou a irrenunciabilidade. Tais atos se explicitam na explicação de Rizzardo (2006, p.602):

A irrenunciabilidade do poder familiar é outro aspecto de importância, pelo qual aos pais não se permite a transferência do encargo. Em princípio não se admite a renúncia. Do contrário, importaria a não aceitação de uma obrigação de ordem pública.

Sobretudo, temos como características peculiares do poder familiar que este instituto é intransferível, inalienável e imprescritível decorrente da paternidade e filiação legais. Nestes aspectos Dias (2005, p.381) acrescenta com brilhantismo que lhe é peculiar:

As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, e, tampouco, vendê-los, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. É crime entregar filho a pessoa idônea (CP 245). Nula é a renúncia do poder familiar sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.

Entretanto, o Código Civil Brasileiro elenca quais são as obrigações e deveres dos pais junto aos filhos:

Artigo 1.634. Compete aos pais, enquanto 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.

Conforme demonstrado acima, a intenção do legislador foi ater-se ao poder familiar e sua devida função aplicada aos pais, tendo em vista que estes exercem àquele enquanto são sujeitos de direitos e indivíduos em formação social, física, psicológica dentre outros aspectos inerentes à infância e juventude.

1.5 Da titularidade do poder familiar

Historicamente vimos e podemos perceber que a origem e formação da sociedade sempre estiveram atreladas ao homem, enquanto marido. Não se cogitava tal feito atribuído à mulher. Só era atribuída tal função social, caso houvesse impedimento ou a ausência do marido se fizesse, para que assim, a mulher viesse a exercer o poder familiar.

Neste sentido, nossa Constituição Federal promulgada em 1988 foi libertadora, trazendo em seu artigo 226, parágrafo 5º o seguinte texto:

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

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

Desta forma, o referido parágrafo acima registrou taxativamente e igualou os direitos e deveres a serem exercidos de igual modo pelo homem e pela mulher, colocando-os no mesmo patamar. Neves (2006, p.865) afirma que “a Constituição

traçou novos rumos com relação ao poder familiar na medida em que igualou o homem e a mulher nos direitos e deveres relativos à sociedade conjugal”.

Após a promulgação do referido texto, entendeu-se que tal instituto deve ser exercidos por pai e mãe em condições plenas e igualitárias. Assim, homem e a mulher tem total titularidade no poder familiar.

Outro ganho obtido no tocante á nova configuração do poder familiar, foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8. 0690 de 1990 especificamente em seu artigo 21 que demonstra o seguinte:

Art.21 O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, no forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

Ante o exposto, pai e mãe tem titularidade para em igual condição, exercer de modo assegurado o poder familiar, e ainda caso haja disposição em contrário, estão amparados para resolver a lide perante o tribunal, afim de que sejam sanadas as possíveis divergências.

E caso ocorra o divórcio como fica a situação da prole e a titularidade e exercício do poder familiar? O artigo 1.632 em seu bojo consolida que: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe de terem em sua companhia os segundos” Após a separação os genitores ainda tem o dever de exercer o poder familiar, ou seja, apenas perdem o vinculo conjugal, mas não a titularidade sobre os filhos.

1.6 Da destituição do poder familiar

A destituição ou perda do poder familiar ocorre quando os pais, de modo errôneo, não aplicam e resguardam suas obrigações e deveres perante os filhos.

Necessário é fazer uma distinção conceitual entre destituição e perda do poder familiar.

A primeira consiste numa medida protetiva imperativa, ou seja, não se pode atuar em sua imposição. No tocante a perda do poder familiar, esta se constitui como forma repressiva e seu alcance é muito maior, a perda se aplica quando o menor ou a

prole está em perigo ou violação de seus direitos ou omissão dos pais perante suas obrigações e deveres aos filhos.

Tal destituição é um infortuno que aplica segundo Neves (2006, p.863) uma “medida punitiva para a infringência de deveres mais importantes que os pais têm para com os filhos. Sendo uma medida imperativa atinge todos os filhos e não somente o envolvido”.

O artigo 1.638 é categórico ao tratar do assunto:

Art.1.638 Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I-castigar imoderadamente o filho;
II-deixar o filho em abandono;
III-praticar atos contrários á moral e aos bons costumes;
IV-incidir reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
(BRASIL, 2002)

Com tais precedentes, Silva (2015, p.34) ressalta que “algumas atitudes corretivas são aceitas, talvez até necessárias para a educação e comportamento do menor, mas os excessos não são permitidos por lei. Violências, exageros, arbitrariamente não se justificam”.

Neste intuito, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 163 diz que:

Art.163 A sentença que decreta a perda ou a suspensão do pátrio poder será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.

Tal decisão enseja declarar a todos interessados a condição do menor, tornando de interesse público o seu conhecimento. Esclarecedor seria dizer que, só se faz necessário a aplicação da destituição do poder familiar quando o fato ocorrido demonstrar grave ameaça maus tratos e situações que coloquem em risco a prole, pois a destituição do poder familiar também agrava abalos emocionais na vida desses menores envolvidos.

1.7 Da suspensão e extinção do poder familiar

A suspensão do poder familiar sobre a prole se instala por um meio menos gravoso e que assim como pode ser aplicada, é possível cancelá-la, de modo que se

restabelece a partir do momento em que cessa o motivo que a ocasionou. Em termos maiores preceitua da seguinte forma o artigo 1637 quando trata da suspensão do referido poder:

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

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

Em linhas gerais a suspensão do poder familiar, segundo Lobo (2003,p.220) “a suspensão pode ser total ou parcial, para a prática de determinados atos. Esse é o sentido da medida determinada pelo juiz, para a segurança do menor em seus haveres” Evidente fica o alcance e a intenção da suspensão do poder familiar, conforme ficou demonstrado, não se trata de um “castigo” ou “punição” aos pais, mas sim uma ressalva em prol dos filhos, que têm, ou deveriam ter, nos pais um reflexo de bom procedimento, conduta, e valores a serem aprendidos na convivência familiar.

No primeiro tipo de suspensão, ou seja, suspensão total, ambos os pais estão privados de exercerem os deveres e obrigações perante os filhos. Na parcial, apenas um deles exerce o devido poder legal sobre os filhos.

Rizzardo (2006, p.616) em seus comentários preceitua que a suspensão poderá ocorrer envolvendo apenas alguns aspectos da relação familiar ou em toda sua totalidade, cabendo descrição detalhada das situações dos menores, bem como os atos prejudiciais, ações ou omissões cometidas pelos genitores.

Por fim, em todos os casos, a suspensão poderá ser revista, e os impedidos, quando for o caso, voltarem a exercer o pleno poder familiar, ou observando determinadas restrições propostas pelo juiz.

A forma de extinção do poder familiar encontra-se num rol no artigo 1.635, o que torna-se de modo definitivo, sendo extinguidos nos casos exemplificados que tem como parâmetros, a morte dos pais ou filhos, a emancipação, a maioridade dos filhos, casos de adoção ou decisão judicial que envolva o menor protegido, reiterando que tais incisos e seus preceitos independem de decisão judicial para que se extinga o poder dos pais perante os filhos.

Lobo (2003, p.214) afirma que: “A ocorrência real dessas causas leva a extinção automática”.

Na seara da extinção do poder familiar decorrente de julgamento, decisão judicial, temos o amparo e determinação do artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro, sendo aplicado aos casos em que ocorra as delimitações previstas em seu rol.

No entanto, a nova configuração familiar, acontece de modo diferente. A partir de então, ocorrendo o rompimento da convivência conjugal entre os genitores, somente um dos pais detêm a guarda dos filhos, enquanto o outro é condicionado a uma convivência que não preserva os laços afetivos com os filhos. Dada esta importância de se manter tais laços e um real efetivo convívio entre pais e filhos separados pela dissolução do casamento, surge a necessidade de estabelecer amparos aos interesses da criança e do genitor não guardião, com o intuito de se preservar a instituição da família, embora haja a ruptura dos laços conjugais.

Diante disto, faz-se importante ressaltar alguns princípios norteadores no que diz respeito ao resguardo e amparo dado pela Constituição Federal de 1988 em relação à família e seus desdobramentos, assunto que trataremos nos capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM O DIREITO DE FAMÍLIA E A GUARDA DOS FILHOS

De modo geral, tanto a Constituição Federal, bem como as leis que tratam do Direito de Família e as doutrinas sobre o assunto que visam o resguardo familiar, são unânimes e têm denotado em seus apontamentos referências a alguns princípios constitucionais, sejam estes explícitos ou implícitos, os quais decorrem de valores que cerceiam nosso ordenamento jurídico ao tratarem de dignidade, igualdade, responsabilidade, afetividade decorrente dos pais para com filhos e na família em sua totalidade.

Bonavides confere que: “Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei”. (DIAS, 2009 p. 56).

Isto posto, necessário faz-se dizer, da importância da aplicação dos referidos princípios constitucionais a serem levados em conta no que diz respeito aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal ou mesmo após a dissolução desta. Dentre eles, temos o Princípio da Igualdade Conjugal, o Princípio da Paternidade Responsável, o Princípio da Afetividade, Princípio da Solidariedade Familiar e o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente dos quais trataremos neste capítulo.

2.1 Princípio da Igualdade Conjugal

Sobre tal princípio, a Constituição Federal de 1988, preceitua em seu artigo 226, caput e seus parágrafos 5º e 7º o reconhecimento igualitário de direitos entre o homem e a mulher na totalidade da vida em família, assegurando de forma plena a igualdade entre os cônjuges na intenção de proteger a prole e a integridade da família, como se compreende a seguir:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. §7º Fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedadas a qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Assim, o aludido texto reforça a igualdade entre homem e mulher, refutando a desigualdade e discriminação tanto no poder, quanto no planejamento familiar. O legislador civilista reconhece e confere pleno poderes a ambos os cônjuges.

2.2 Princípio da Paternidade Responsável

Fazendo alusão a este princípio, o legislador constitucional colocou em evidência a responsabilidade paterna diante á criação dos filhos, com a finalidade de assegurar que o guardião paterno cumpra seu papel na criação e convivência com os filhos, assim a Constituição Federal em seu art.227 postula:

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.

Nele, cabe à família assegurar à criança e ao adolescente, o direito à educação, convívio familiar saudável, livrando-os de toda forma de violência, sendo de competência dos familiares prezarem com responsabilidade pelos seus cuidados. Para que tal princípio atinja seu objetivo, cabe a necessidade justificável de igualdade no exercício dessas garantias.

Tendo em vista um maior resguardo e amparo legal no quesito do direito de filiação e efetividade do princípio da paternidade responsável, em 29 de dezembro de 1992, foi promulgada a Lei nº 8. 560, que prevê em seu rol que, o reconhecimento dos filhos é algo irrevogável, indisponível e imprescritível orientando ainda, os meios disponíveis para que haja o seu efetivo reconhecimento.

Por fim, Dias (2008), ao tecer seus comentários sobre o referido princípio, encara a questão da seguinte forma:

É preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral à crianças e adolescentes (CF, art. 227), delegando não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar e, na ação investigatória de paternidade, responsabilizá-lo exclusivamente a partir da citação.

Por achar que o princípio não se restringe apenas ao lar, a notável doutrinadora amplia sua aplicação e empenho à sociedade, Estado e poderes conferidos a este para que garantam e se comprometam a efetivá-lo em todas as esferas sociais.

2.3 Princípio da Afetividade e da Solidariedade Familiar

Tal princípio está elencado no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, revelando que os pais possuem deveres em assistir, criar e educar seus filhos menores, enquanto estes possuem o dever de ampará-los na velhice:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Desta forma, nosso legislador prevê direitos e deveres de maneira recíproca da família em solidarizar-se. Os pais devem cumprir seus deveres inerentes à educação e criação dos filhos, estando estes coobrigados a ampará-los, a fim de garantir que haja afetividade e solidariedades nos laços familiares.

2.4 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal também agregou tal princípio, propondo a proteção integral da criança e do adolescente em seu artigo 227, com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proposta na Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança em 1959.

Levy, (2008, p.12) orienta que, na referida Declaração Universal dos Direitos das Crianças, assim a redação passou a ser:

A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, e em condições de liberdade e dignidade, sendo que na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Indo de encontro ao dispositivo acima, criou-se a Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que inovou ao propor leis mais direcionadas à proteção, e outros direitos inerentes a esta parcela da sociedade, reforçando que a família, sociedade e Estado devem zelar pela integridade destes. conforme o texto da lei em questão:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por 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. 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.

Estabelecidos ficaram, a partir da promulgação do ECA, os direitos e deveres inerentes à criança e ao adolescente, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a detalhar melhor aquilo anteriormente previsto na nossa Constituição vigente.

Por este viés, entende-se que crianças e adolescentes, por tratarem de ter peculiaridades enquanto pessoas em sua capacidade de desenvolvimento deveriam ser resguardadas com mais eficácia no âmbito familiar, tendo, portanto, prioridade, respeito na aplicação e na efetividade de seus direitos fundamentais. Neste prisma, Isquierdo (2002) destaca que constitui-se um dever por parte dos pais ou responsáveis conduzir e formar crianças com proteção e cuidados especiais, e na ausência ou falha desses, o poder estatal assegurar que instituições e serviços de atendimento realizem.

A Constituição Federal ainda conta com diversos dispositivos que propõem a igualdade entre os cônjuges, o zelo e proteção à criança e a família e o resguardo aos direitos e deveres inerentes à criança e ao adolescente.

2.5. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O aludido princípio que trata no tocante ao Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é encontrado no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira, bem como foi recepcionado no rol do Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 4º e 5º respectivamente. Trindade (2007, p.180) ao tecer comentários sobre o assunto

afirma que “até o século XIX, no caso de dissolução do casamento, a guarda era outorgada ao pai, que se presumia estar em melhores condições econômicas para sustentar os filhos, que, junto com a mãe, eram propriedade sua”.

Gama (2008, p.180), com excelente brilhantismo, consegue nos ensinar com maestria a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como um modificador dos modelos sociais anteriormente aplicados ao instituto do menor e da família, assim, expõe:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.98-101), indo ao encontro com os dizeres acima, afirmam que, todos os integrantes da relação familiar, sobretudo pais e mães, devem propiciar meios morais, materiais e afetuosos às crianças e aos adolescentes viventes em seu meio.

Com a vinculação do referido princípio, é válido afirmar que anterior a sua aplicação, se houvesse algum conflito na posse ou tutela de um filho, quer fosse biológico ou afetivo, sempre haveria uma predileção ao vínculo sanguíneo. Atualmente, com a aplicação do princípio em questão, Tepedino (2002, p.23) nos ensina que:

Logo, nos dias de hoje, os operadores do direito, ao tratar da filiação, têm que dar valor ao interesse do menor, devem observar o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenha com seus pais, pois muitas vezes eles encontram-se ligados apenas pelo parentesco sanguíneo, não existindo entre os mesmos qualquer tipo de ligação afetiva capaz de uni-los verdadeiramente como pais e filhos.

Desta forma, vemos que a aplicação do princípio destinado ao melhor interesse da criança e do adolescente, está ligado a várias questões no âmbito em que as relações ocorrem, ou seja, desde sua proteção, realização pessoal, ficando restrito conforme determinou a lei, que por mais adversas que possam ser as relações que vinculam a criança ou adolescente, sempre deverá ser levado em consideração a aplicação daquilo que melhor o ampara.

Por fim, a Constituição resguarda muitos outros princípios que amparam ou asseguram as relações de parentesco entre pais e filhos, porém foram destacados até o presente momento aqueles imprescindíveis para que tais convívios sejam cerceados nas relações entre pais e filhos.

Isto posto, passemos ao conceito de guarda e suas modalidades no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 3. DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

Na intenção de definir e sintetizar o conceito de guarda, e por esta ser um instituto complexo de se atingir uma definição ideal e devido a multiplicidade de fatores que a compõem em toda sua abrangência, não consiste, portanto, uma tarefa fácil, assim, neste sentido Bittencourt (1985) assevera: “conceituar a guarda dos filhos não é tarefa fácil”. Nesta mesma linha de raciocínio ao estabelecer traços para conceituar a guarda, Dias (2007, p.319) expõe as ideias de apenas existirem tentativas conceituais sobre o assunto.

Desta forma, compactua que havendo o rompimento da conjugalidade dos genitores esta não pode comprometer ou afetar os vínculos parentais em sua totalidade e continuidade, pois o exercício familiar em nada pode ser afetado pela separação, devendo, assim, ser estabelecido concluindo que ao final de tais vínculos, pois segundo Albuquerque (2004, p.171), o estado de família continua sendo indisponível, não perdendo de vista que o elo entre os familiares é algo perpétuo. De tal forma que, o ápice de sua complexidade, após a dissolução do casamento, é necessário estabelecer quem vai exercer ou assumir os encargos em relação à prole: um ou ambos os genitores exercerão tal instituto, conforme preceitua legalmente as declarações do Código de Processo Civil em seu artigo 1121, caput e inciso II:

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá
II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas.

Assim, após a dissolução conjugal, deverá constar o acordo entre os ex-cônjuges relativo a situação na qual ficarão os filhos e conseqüentemente a estipulação da guarda e qual será o regime de visitas.

A guarda, por si só, pressupõe, divórcio entre os pais. Para Duarte (2012, p.202), os filhos participam dos entraves do desenlace, entretanto, tais entraves do rompimento da conjugalidade em nada devem romper os da continuidade da convivência entre pais e filhos.

Para que a guarda se estabeleça de forma harmoniosa, é mister que saiam de cena os ressentimentos e ofensas entre os ex-cônjuges, pois os pais devem ser conscientes, ou conscientizados pelos órgãos competentes tais como: Ministério

Público,juízes, assistentes sociais dentre outras, de que a cisão matrimonial não põe fim aos direitos parentais.

Todavia, após tal situação, ocorre uma fragmentação de um ao outro na autoridade parental. Para Tepedino (2002, p.44) a ambivalência da palavra guarda também nos passa a noção de vigilância, sentinela, atuação e até mesmo cuidado, ou até mesmo de unilateralidade enquanto os efeitos propriamente ditos do instituto da guarda se dão conjuntamente, pois deve ocorrer sob uma perspectiva bilateral nos termos de quando o autor menciona que tal instituto ainda propõe o diálogo a educação e formação da personalidade dos filhos a ser exercida continuamente pelos genitores. Pois não se pode pensar neste instituto jurídico no sentido de “coisificar” as relações humanas entre pais e filhos após a dissolução conjugal, pois se assim o fosse, estaríamos diante de objetos com mochilas nas costas que vem e vão de um lado para outro.

A intenção deste trabalho é justamente outra: comprovar a relevância e a seriedade na qual está inserida a guarda dos filhos. Neste sentido, o ECA(1990) em seu artigo 249 também disciplina tais relações impondo aos genitores, caso haja negligência pena de multa, conforme dispõe:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou conselho tutelar:
Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Tal dispositivo acima vem desaguar no mesmo lume com intuito de reforçar a intenção do dever dos genitores para que estes exerçam o poder a eles inerentes na criação dos filhos.

Sobre este prisma, passemos a tratar então do conceito e das possíveis modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Conceitos

No presente trabalho o intuito da definição será aquele em que a guarda assume o sentido da proteção integral dos filhos tendo em vista seu panorama no Direito de Família.

Levy (2008, p.42) quando correlaciona a perspectiva de guarda no âmbito do Direito, dirige-se a expressão para dois institutos jurídicos, a saber: o Código Civil, que

faz uma abordagem sobre a proteção dos filhos, enquanto a Lei nº.8090/90 conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente se atenta para questão da guarda das crianças e adolescentes em situação de risco, neste diapasão, Carbonera *apud* Levy(2008,p.43) declara:

Na perspectiva do Direito de Família, a Guarda poderia ser compreendida como 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.

Na busca por uma definição, Levy (2008, p. 44), preceitua que a Guarda é um complexo de deveres e direitos que tem por objetivo a proteção integral do filho menor não emancipado, e cabendo dizer que o instituto da Guarda enquadra desde os deveres de cuidar, vigiar, criar, educar e ter os filhos em companhia, bem como reavê-los de quem de forma injusta os detenha.

Insta salientar que para concordar com a definição acima, Venosa expõe que guarda é “atributo do poder familiar”. (2008, p. 271), desta maneira, entende-se que tal instituto não é exclusivo ou meramente daqueles que mantêm a titularidade do poder familiar, podendo a guarda ser estendida a terceiros, quando esta visar o Princípio do Melhor Interesse do Menor, ou então quando se tratar de causas impeditivas em que a guarda dos filhos não poderá ser exercidas pelos genitores.

3.2 Classificação

3.2.1 Provisória ou definitiva

Quanto à definitividade a guarda, esta pode oscilar entre ser provisória ou definitiva. Neste tipo de classificação Levy, (2008, p.49) nos remete a ideia de que enquanto a primeira possui características temporárias ou transitórias, será sempre precedida por uma ação judicial, pela qual o menor envolvido estará correndo risco e deve ser mantido sob liminar aos cuidados daquele qual pretende exercer a guarda, mesmo que de maneira provisória.

Já em sentido oposto a segunda modalidade tem caráter definitivo, no qual o litígio entre os ex-cônjuges é decidido amigavelmente e deste decorra plena

concordância entre os genitores para que um ou outro exerçam, reiterando que nesta modalidade o termo definitivo nunca se equivale a algo permanente, podendo até mesmo a guarda definitiva ser modificada visando sempre o interesse do menor.

3.2.2 Jurídica ou material

Outra classificação possível estende-se na divisão entre guarda jurídica e guarda material. A primeira exige correlação entre aquela guarda que é exercida conjuntamente pelos pais, ou seja, o dever legal é inerente ao exercício do poder família. Tem sua previsão no art.1632 do Código Civil, que preceitua da seguinte forma: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Levy (2008, p.53) em suas considerações ainda afirma que a guarda jurídica esta diretamente ligada ao poder familiar.

No segundo caso, a guarda material estará atrelada a guarda jurídica, ou seja, o genitor, além de exercer a guarda inerente ao poder familiar, ainda cumula o dever da guarda material que consiste em ter sob seus cuidados a tutela dos filhos. Há grande questionamento nesta modalidade de guarda em que reúne o dever do poder familiar ante o filho e o exercício da guarda material que detém a convivência sob um mesmo teto, aqui o guardião detentor acumula papeis e funções, restando ao guardião não detentor apenas o direito de visitação e auxiliar na criação da prole.

3.3 Da Titularidade do Exercício: Guarda Exercida Por Genitores ou Guarda Exercida Por Terceiros

Conforme preceito de Levy, (2008, p.50) preleciona que a regra para o exercício da guarda é aquela exercida pelos titulares, ou seja, os genitores.

Todavia, se nos depararmos com situações nas quais tal exercício a ser feito pelos genitores, se comprometa de modo a não mais ser possível ou haja alguma interferência que os impeça da prática de tal dever, estaremos diante de situações nas quais a lei atribuirá o exercício da guarda a terceiros, não perdendo de vista, neste caso, o princípio do melhor interesse do menor.

Ainda considerando a visão da autora sobre o assunto, o Código Civil vigente ampliou o rol das pessoas que são aptas ao exercício da guarda quando da impossibilidade dos genitores, obviamente com o intuito de se preservar a unidade familiar e o convívio entre parentes, conforme predileção pactuada no artigo 1584, § 5º da referida lei 11.698 de 2008 que deu nova redação aos artigos 1583 e 1584, passando a vigorar da seguinte forma:

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 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.”

Assim, a referida lei alterou a redação dos artigos citados, bem como regulamentou a proteção da pessoa dos filhos, conferindo ao juiz verificar que, caso a guarda dos filhos não deva permanecer com os genitores, aquele deverá deferir pessoas que revele ter compatibilidade para exercer tal instituto no lugar destes, observando o grau de parentesco, afinidade e afetividade.

No entender de Grisard Filho (2000, p.108) coube ao legislador buscar meios com a finalidade de garantir a simetria adequada, certo equilíbrio no estabelecimento entre os direitos e deveres atinentes a cada genitor, com um olhar para o superior interesse do filho, que ao final, é quem sofre as maiores mudanças com a ruptura do casal.

Como visto, o legislador optou por adequar-se às transformações sociais, assim, afetividade e afinidade passaram a serem requisitos jurídicos para que seja deferida a guarda em suas modalidades.

3.4 Modelo de Exercício

Venosa (2008, p.177), ao tecer seus comentários sobre o formato e tipos de guarda, observa que quando ocorre a dissolução do casamento por comum entre os cônjuges, compete a estes decidirem, não só sobre os alimentos, bem como sobre a guarda ou ao modelo de exercício desta, além das particularidades inerentes a este instituto, tais como: direito de visitas, minúcias das formas de convivência nas férias

escolares e festividades dentre outras que os pais deverão ajustar entre si para preservarem o vínculo familiar, garantindo a qualidade de vida dos filhos.

Ainda Venosa, (2008, p.177) diz que os pais devem decidir sob a guarda de qual deles ficarão os filhos, portanto, vejamos quais são os modelos e tipicidades de exercício de guarda e suas peculiaridades.

3.4.1 Guarda comum ou guarda conjunta

O modelo de guarda comum ou conjunta consiste naquela a ser exercida por ambos os cônjuges na constância do casamento, tendo por objeto as atribuições legais inerentes aos pais na criação dos filhos. Neste modelo, os pais educam, instruem, exercendo igual parcela o poder familiar sobre a prole.

Sob este prisma, é sabido que este modelo é o mais benéfico para os filhos, pois é na guarda comum ou conjunta que os filhos têm a retribuição do carinho, afeto, cuidados atrelados a um lar onde sem rupturas e brigas conjugais. Neste tipo de guarda os genitores exercem conjuntamente os poderes inerentes ao desenvolvimento dos filhos e as atribuições de forma plena do poder familiar, o que conseqüentemente, um lar mais saudável, refletindo na formação moral, intelectual dos filhos.

Ao encontro do exposto acima, Silva (2004, p.124) diz que é “mister se faz que a ‘convivência familiar’ seja mantida, ou até mesmo intensificada diante das adversidades causadas pelo desenlace. Quanto à filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência.”

Para Furquim (2008, p.80)

A convivência com ambos os pais é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva da criança. A diferença das funções de pai e mãe é importante para a formação dos filhos, pois essas funções são complementares e não implicam hegemonia de um sobre o outro.

Desta forma, ao analisarmos, o referido instituto em sua modalidade comum ou conjunta, não podemos perder de vista a seguinte pretensão:

Os pais são responsáveis pela formação emocional e intelectual de seus filhos do momento do seu nascimento até a sua maioridade, quando, não por vezes, durante a vida toda. Através de seus exemplos e ensinamentos, os pais devem manter uma relação de amizade e carinho, tão necessária para o desenvolvimento humano de seus filhos. (FURQUIM, 2008, p.80)

Todavia, insatisfeitos com a convivência conjugal, incompatibilidade de gênios e outros fatores que resultam na dissolução da conjugalidade, foram necessários que o instituto da guarda dos filhos também fosse moldado em outros formatos para atender a essas demandas em virtude do desfazimento do lar. Vejamos quais são elas.

3.4.2 Guarda unilateral ou guarda exclusiva

Trata-se de um modelo no qual um dos genitores detêm a exclusividade sobre o filho, cabendo ao outro guardião, chamado de não detentor, apenas o direito de visita, prestação de alimentos e demais deveres.

É o modelo predominante em nosso país na maioria dos casos de guarda.

Dias (2007, p.394) afirma que um dos motivos que leva a instituição da guarda unilateral é para impedir que a criança seja usada como arma entre os pais.

Tal decisão pode ser tomada por acordo mútuo entre os pais ou homologada por decisão judicial, Dias (2007, p.395) ainda afirma que na maioria dos casos quem fica com os filhos é a mãe, principalmente com aqueles que possuem tenra idade, restando ao pai o direito de visitas e de vigilância.

Venosa, (2008, p.177) diz que os pais devem decidir sob a guarda de qual deles ficarão os filhos, e acrescenta que os filhos de tenra idade devem ficar preferencialmente com mãe, confirmando mais uma vez a unilateralidade da guarda nas relações.

O grande questionamento deste modelo de guarda constitui-se que o guardião detentor arca sozinho com os deveres na criação dos filhos, enquanto o guardião não detentor, apenas faz visitas e paga pensão alimentícia, o que não configura os devidos cuidados e afetos que devem ser dispensados pelos pais aos filhos.

Para concluir, Dias (2007, p.395) afirma que:

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

Por fim, propõe que “felizmente este tipo de guarda está começando a ser questionado.” (DIAS, 2007, p.395).

3.4.3 Guarda alternada

Para Casabona *apud* Levy (2008, p.60), este modelo de guarda é visto da seguinte forma:

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado, ao outro se transfere o direito de visita. Ao final do período, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, invertem-se, novamente os períodos.

Levy (2008, p.60) entende que esta tipologia se dá quando ocorre a guarda material dos filhos ficam com um dos pais num determinado período de tempo, podendo variar em uma ou duas semanas conforme pactuado entre os genitores ou determinado pelo juiz, quando é transmitido tal encargo ao outro guardião, alternando o período no qual os pais exercerão a guarda ante o filho.

Haja vista o seu formato, deve-se tecer as seguintes considerações; este tipo de modalidade de guarda é totalmente desaconselhável, considerado por muitos doutrinadores como prejudicial e maléfico para o menor, conforme preceitua Bonfim (2005) no tocante que “muitos malefícios podem acometer ao menor, entre eles: a inconstância na moradia, sendo que ora reside com o pai, outrora habita na residência com a mãe”.

Na visão de Duarte Bruno (2002, p.30) a referida modalidade de guarda está focada no interesse dos pais, sobrepujando o interesse dos filhos, pois procede-se praticamente à divisão da criança.

Nesta relação, confere-se exclusivamente o poder parental por períodos preestabelecidos.

Tal maneira gera ansiedade e tem pouquíssimas chances de lograr êxito.

Entendido isto, percebe-se nitidamente que a formação dos menores que estão sob este tipo de guarda resta prejudicada, pois dentre outros aspectos os mais prejudiciais e relevantes estão em não saber qual orientação seguir, seja ela paterna ou oriunda do lado materna, em diversos temas para definição de seus valores morais, éticos, religiosos e intelectuais, pois trata-se de cidadãos em pleno desenvolvimento e formação.

Sob este tipo de guarda os tribunais em seus julgados, tentando ir ao encontro das transformações sociais e adequações a lei, tem tecido em suas jurisprudências grande relevância e preocupação com famílias que moldam a criação dos filhos neste

tipo de guarda, desta maneira, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem se pautado no Princípio do melhor interesse do menor para descaracterizar a guarda alternada, conforme os julgados a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) -REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos. (RJ268/28). ´ (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000).

No mesmo sentido tem se pronunciado o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, optando em suas jurisprudências pelo não provimento das regulamentações da guarda alternada entre os guardiões, vejamos:

"EMENTA: 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 o 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 nº1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA – Data do acórdão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003)

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO DE "GUARDA ALTERNADA" - INCOVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE HARMONIA E RESPEITO ENTRE OS PAIS - ALIMENTOS - FIXAÇÃO -

PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DO ALIMENTADO A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança. A guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor somente nas hipóteses em que os pais apresentam boa convivência, marcada por harmonia e respeito. Para a fixação de alimentos, o Magistrado deve avaliar os requisitos estabelecidos pela lei, considerando-se a proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento pelo requerido a fim de estabilizar as micro relações sociais. (TJ-MG - AC: 10056092087396002 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant Data de Julgamento: 19/12/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/01/2014)

3.4.4. Guarda compartilhada

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, e deixando eles de exercer conjuntamente as funções parentais, tem-se uma nova configuração familiar, conforme preceitua Dias afirmando que há uma redefinição de papéis e que o instituto da guarda compartilhada costuma dar certo e vingar em razão de que esta assegure uma aproximação imediata dos filhos com seus genitores, permanecendo mesmo depois de cessado a conjugalidade.

A definição de Rabelo (2007) explicita melhor o conceito de guarda compartilhada, vejamos:

Consiste a guarda compartilhada ou conjunta em um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade, a fim de atenuar os efeitos da separação e evitar a dissipação da relação afetiva entre pais e filhos.

Na mesma ideia da autora, Morgenbesser e Nehls *apud* Quintas (2010, p.29) relatam que a guarda compartilhada configura um tipo de arranjo no qual as necessidades dos pais e filhos gera certa flexibilidade para o planejamento familiar no sentido de criar estruturas para a instalação da guarda. Sobre este aspecto Guimarães e Guimarães (2010, p.456) entendem da seguinte forma:

As crianças ganham com guarda compartilhada, pois, com isso, deixa de vigorar o modelo antigo de pai provedor e mãe cuidadora, com visitas rigidamente fixadas. [...] A nova configuração social de mudanças de papéis na família, com o pai se tornando mais participante na vida dos filhos, possibilita que, além de provedores, eles também desejem permanecer guardiões dos filhos quando a família se transforma pela separação. A figura de pai de fim de semana vem dando lugar a pais mais interessados em acompanhar o dia-a-dia. A educação e o crescimento dos filhos, e assim buscando legitimar direitos e aplicar garantias.

Neste diapasão, vale lembrar que o exercício comum da guarda deve ser valorizado, tanto paterno como materno a fim de promova o desenvolvimento integral da prole quando a família foi fragmentada. Para complementar tais alegações Oliveira (2002, p.303) escreve que:

A família que tem fim com a separação judicial ou com o divórcio pode ter sido extinta quanto ao relacionamento entre os cônjuges. Porém os laços afetivos que ligam os separados ou divorciados a seus filhos mantêm-se íntegros e muito consistentes. A afetividade que teve fim com o fracasso do relacionamento não pode ser esquecida quanto aos filhos.

Dito isto, resta demonstrar com efetividade a definição de guarda compartilhada nos dizeres de Motta (2000, p.86) “é o fato de ambos os pais compartilharem os direitos e deveres emergentes do pátrio poder”.

Nesta linha de raciocínio, a guarda compartilhada, visa reorganizar as relações diante da família desunida, pois é através de relações próximas entre pais e filhos, que se tornar possível conferir àqueles maiores responsabilidades e garantindo o convívio harmonioso que talvez outro modelo de guarda não propiciava.

Sobre esta perspectiva de entendimento, Grisard Filho (2000, p.185) declara que:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

Assim, pelo fato dos pais estarem separados, não pode demonstrar para a criança um bloqueio ao direito de convivência com os genitores ou responsáveis, pois

desta forma, privando-a de seus direitos constitucionais dentre eles, lesando o convívio familiar e o melhor interesse do Menor.

Diante desta situação, na guarda compartilhada e para que esta efetue seus efeitos de maneira eficaz, a tendência adulto centrista, deve ceder espaço à nova tendência; filho centrista., pois somente assim, tendo em vista a melhor aplicabilidade e harmonia para os filhos envolvidos, ou ainda, quando estes são priorizados em relação àqueles com o intuito de dar qualidade, tranquilidade no exercício do poder familiar compartilhadamente.

Visto que, Leite (2003, p.270) diz que: “logo, não há nenhuma divisão no poder de decisão, que exerce conjuntamente”.

Na mesma direção, Levy (2008, p.56) considera que a essência desse modelo está alicerçada no conceito de cooperação, tendo em vista que livremente e pelo consentimento os pais geraram um filho, e através desse mútuo consentimento devem atuar nas responsabilidades integrais sobre a vida desses filhos. O caráter conjunto do ato de concepção dá aos filhos o direito de ter pai e mãe.

Neste cenário, a guarda compartilhada funciona plenamente para aqueles genitores dispostos a participarem e pais cooperativos, pois estes que sabem separar as diferenças conjugais tidas durante a vigência do casamento, mas que possuem consciência na preservação do exercício de parentalidade para com os filhos e respeito entre os ex-cônjuges, porém não terá eficácia a guarda compartilhada naquelas famílias em que os pais ainda dispõem de conflitos conjugais, intrigas que não foram superados e se sobrepõem aos interesses dos filhos, pois sem os quais o instituto da guarda em sua modalidade compartilhada não surtirá seus plenos efeitos, restando afetado o exercício do poder familiar.

Neste entendimento, e tendo como fato o conflito permanente entre os cônjuges, as jurisprudências e seus Tribunais do Rio Grande do Sul e do Estado de Minas Gerais têm declarado, nestes casos, pelo afastamento da guarda compartilhada conforme os julgados a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO.

Ante o forte clima de litigiosidade entre os genitores, o que já está estampado nos diversos recursos apreciados por este Colegiado, não se recomenda o deferimento da guarda compartilhada. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o

princípio do melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Agravo de Instrumento N° 70064561541, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015). Processo: AI70064561541 RS Relator (a): Luiz Felipe Brasil Santos Julgamento: 16/07/2015 Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. RECURSO DESPROVIDO.

A guarda compartilhada pressupõe respeito e boa convivência entre os pais e, quando inexistentes tais condições, a guarda de forma unilateral melhor preserva os interesses do menor. O legislador definiu a guarda compartilhada como regra, em atenção ao princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, pois reflete uma maior participação dos pais no processo de crescimento e desenvolvimento dos filhos e a pluralização das responsabilidades. No entanto, o modelo não deve ser imposto como solução para todos os casos. Na hipótese, os Magistrados observaram que ainda existe muita animosidade entre os pais, razão pela qual o compartilhamento da guarda, que deveria pressupor um compromisso de cooperação e negociação entre os genitores, com a finalidade de satisfazer prioritariamente as necessidades da criança, revela-se inadequado. Dessa forma, a fim de preservar o melhor interesse do menor, deferiu-se o guarda à mãe, assegurado o direito de visitas ao pai. Acórdão N.º 776120, 20110112281094APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisora: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2014, Publicado no DJE: 07/04/2014. Pág.: 479.

APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIÁLOGO E CONSENSO. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

I - A produção da prova testemunhal para o fim pretendido era inservível para o julgamento da lide. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

II - A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado. No entanto, a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança.

III – Julgado improcedente o pedido de guarda compartilhada formulado pelo pai, visto que demonstrada nos autos a dificuldade dos genitores em dialogar e estabelecer, em consenso, a rotina do menor.

IV – Apelação desprovida

Processo: APC20120910242430 Relator (a): VERA ANDRIGHI Julgamento: 05/08/2015 Órgão Julgador: 6ª Turma Cível Publicação: Publicado no DJE: 18/08/2015. Pág.: 209

Na mesma esteira, temos o Projeto de Lei n. 2.285/2007, mais conhecido como “Estatuto das Famílias”, pressupondo a mesma linha de raciocínio, cuidou de preservar o melhor interesse existencial dos filhos, como se verifica através da leitura dos artigos abaixo:

Art. 96. Não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não guardião.

Parágrafo único. Antes de decidir pela guarda compartilhada, sempre que possível, deve ser ouvida equipe multidisciplinar e utilizada mediação familiar.

[...]

Art. 103. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deve deferir a guarda a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afetividade.

Parágrafo único. Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, salvo se não atender ao melhor interesse existencial da criança.

Além disso, em termos atuais, a redação do artigo 1.583, § 1º, Código Civil, dado pela Lei nº 11.698/2008, define a guarda compartilhada como “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”.

Para Dias (2009, p.01), o modelo de responsabilidade conjunta dos pais, intitulado guarda compartilhada, “é um avanço, porquanto favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse”.

Dessa forma, podemos concluir que a guarda compartilhada requer, dos genitores, o diálogo e o espírito de compreensão, pois, do contrário, ao invés de contribuir para a melhor orientação dos filhos, será para estes uma fonte de conflitos.

CAPÍTULO 4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA JURÍDICA DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO.

Para que se possa falar em um histórico evolutivo do instituto da guarda dos filhos e suas modificações quanto ao exercício, modalidades aspectos atinentes à guarda, é necessário fazer um retrocesso ao desenvolvimento da família brasileira e conseqüentemente seu comportamento e suas alterações além dos séculos.

Assim, temos que a família brasileira tem peculiaridades ligadas a sua formação original sociocultural terem sido regidas pelas Ordenações Portuguesas, até a conquista do Código Civil de 1916, o que representou uma codificação para que fossem ordenadas as leis familiares até então embasadas no Código de Napoleão.

Diante de toda a complexidade pelo qual perpassa o Direito de Família, em especial o instituto da guarda e seus desdobramentos, Marques (2002, p.29-30) afirma que:

O Direito de Família vive hoje um renascimento científico. Dos ramos do Direito Civil era um dos mais unidos à prática e, ao mesmo tempo, um dos menos estudados. Da concentração de estudos romanos, canônicos e do século XIX, a família no século XX parecia não mais representar um desafio científico para o Direito. O motivo era simples, sua prática era agora considerada humana ou fácil demais para os “juristas”. Hoje sua prática continua unida aos sentimentos, à vida, e ao complexo comportamento privado social do homem de nosso tempo, mas os costumes mudaram, novos sujeitos de direito apareceram juridicamente, a tecnologia mudou, a família internacionalizou-se, e esta mistura passou a chamar a atenção dos juristas nova e profundamente. O que antes era um *minus* científico (sua proximidade sentimental e cultural com as diferentes pessoas), desperta hoje uma nova atenção científica: um direito de nossos tempos (pós-moderno).

Na perspectiva da evolução na qual se insere a família e as constantes transformações pelo qual o papel da mulher também foi diversificando-se do ambiente impregnado de religiosidade, sendo que neste a mulher e os filhos eram severamente discriminados.

Levy (2009, p.7), aduz que no Código de Manu, na vida familiar da época, a mulher era mantida em estado de submisso ao pai, depois ao marido e na falta deste ao filho, não sendo possível, portanto, o exercício de nenhuma tutela sobre a prole, ou seja, apenas o poder patriarcal atuava ante a este instituto filial.

Por conseguinte, na Grécia a relação paterno-familiar, por mais que fosse hierarquizada, era limitada a submissão paternal, na qual pouco tempo depois foi cedendo espaço para a afeição como base das relações familiares.

Já em solo brasileiro, por volta do século XX, a família brasileira adquire nova estrutura. A educação adquire um papel fundamental e passa a ser responsabilidade escolar, na qual, as crianças passam a maior parte do tempo. Com essas transformações a mulher adquire os mesmos direitos do marido, equiparados assim, os cônjuges, agora, ocupam o mesmo patamar dentro da família e perante a sociedade.

Com efeito, o casamento vai perdendo a vínculo anterior, surge, então na década de 60, a tendência à ruptura do vínculo conjugal, o divórcio.

O contínuo desaparecimento do antigo modelo patriarcal foi substituído por outro mais democrático tendo por base aquele em que o número de filhos foi sendo reduzido diante de fatores como: urbanização, a modificação da condição da mulher que passa a ingressar no mercado de trabalho e aliada a independência econômica, e o desaparecimento das divisões de funções e tarefas conjugais, tudo isso, colaborou para que pais e filhos vivessem num regime de companheirismo, solidariedade e colaboração. Sobre este fato, Rolf Madaleno (2004) assevera:

A família sociológica se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação, na amizade, na cumplicidade. O afeto está presente nas relações familiares, tanto na convivência entre o homem e a mulher, como nas relações entre pais e filhos, (...).

No entanto, a família do presente século organiza-se de configurações diferentes, a partir de então, quando há o rompimento da convivência conjugal entre os genitores, um dos pais deteria a guarda dos filhos, o outro condicionava-se a uma convivência que não preservava os laços afetivos com os filhos. Pelo fato de se manter tais laços e um real e efetivo convívio entre pais e filhos separados pela ruptura conjugal, decorreu-se a necessidade de estabelecer amparos aos interesses da criança, e do genitor não guardião, com intuito de se preservar a instituição da família, embora houvesse a ruptura dos laços conjugais. Neste novo formato, após a implementação da Lei nº 6.515 de 1997, mais conhecida como lei do divórcio, propiciou situações que até então não eram prevalentes, tais como a guarda monoparental materna, da qual falaremos a seguir.

4.1 Da Predominância da Guarda Monoparental Materna

Primeiramente para se fazer análise deste tópico é necessário entender que após os casos de dissolução da sociedade conjugal deve levar em consideração de que apenas fora desfeita a conjugalidade entre os cônjuges, e nunca à parentalidade, conforme disposto no art.1632 do Código Civil: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito,que aos primeiros cabe,de terem em sua companhia os segundos”

Não obstante, conforme o preceituado artigo acima permanece os cuidados e responsabilidades dos genitores sobre os filhos, ou seja, ocorrendo o fim da vigência do casamento ou dissolução da união estável, em nada se eximem os pais em garantirem aos filhos tidos durante este período, devendo colaborar com as obrigações paterno-filiais para continuidade da criação e desenvolvimento destes.

Historicamente, ocorre que, como regra a nossa legislação previa como regra, na redação original do art. 1583 do Código Civil que ao casal separando, a estes era dada a incumbência de acordarem sobre a guarda dos filhos. Todavia com o advento da Lei 11.698 de 2008 trouxe nova redação a este artigo e seguintes dispondo que a guarda seria unilateral ou compartilhada, e que caso houvesse lide entre os ex-cônjuges quando não houvesse comum acordo entre os genitores, o Poder Judiciário atribuiria a guarda unilateral a um dos genitores, àquele que mais tivesse condições para exercê-la, nos moldes do art.1583, §2º e seus incisos.

Muitas são as discussões acerca dos termos “melhores condições para exercê-la”, entretanto, foi neste período histórico em que surgiu o famoso ditado popular “mãe é mãe”, instinto materno, alusão, a melhor capacidade de exercer a guarda diante da ideologia de que a mulher sempre teve uma superioridade em relação ao tratamento dos filhos.

Deste modo, ao invés de perquirir os casos concretamente, levando em consideração o Princípio do Melhor Interesse do Menor, e outros aspectos como: disponibilidade de tempo, personalidade do genitor, condições de moradia, capacidade de estabelecer limites e outros fatores do ambiente familiar, a guarda, independentemente destes, era atribuída à mãe, pois se presumia que esta era mais apta a exercer tal função.

Contudo, diante da intenção de mudar este cenário, embasado na “superioridade da mãe” para o exercício efetivo da guarda, muitas mudanças foram impostas, aliadas a mudança de pensamento e de pais mais presentes conscientes dispostos a criarem seus filhos, ainda estes nas condições de recém nascidos, colocando assim os genitores no mesmo patamar para propiciarem condições da guarda da prole, assim Chaves, em pesquisa pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM (2010) constata:

(...) é de se mencionar que ainda persiste no nosso sistema judicial um certo ranço, no sentido de haver certa preferência, se é que se pode dizer assim, pela guarda materna. Embora o Primeiro Grau de Jurisdição seja bastante inovador e venha, muitas vezes, acolhendo pleitos de pais em litígio, deferindo aos homens a guarda dos filhos menores, tem-se que o Segundo Grau ainda se mostra conservador, dificilmente optando pela guarda paterna. Infelizmente, ainda há um entendimento, até mesmo entre a população leiga, de que o lugar dos filhos é com a mãe, cabendo ao pai apenas pagar a conta, ou seja, alcançar os alimentos a prole.

Para alguns doutrinadores, a guarda materna era uma teoria até aceitável para época, pois levavam em consideração dois princípios; primeiramente pelo fato da cultura e ideia do instinto materno ser algo específico apenas da mulher, segundo porque a mulher era um ser destinado ao sacrifício, pois possuía uma maior capacidade de renúncia em relação ao homem, e ter maior aproximação dos vínculos com os filhos, pois passava maior período de tempo na companhia destes.

Por tais construções sociais, tornou-se como a ideia de que um pai, mesmo estando divorciado, e que se realmente amasse seus filhos deveria abdicá-los em favor da mulher, pois esta cuidaria melhor deles. Tais inverdades precederam as motivações para que os juristas de nosso país desaconselhassem os pais a ficar com a guarda dos filhos, independente qual fosse a modalidade.

Tanto é o este fato que durante tais processos judiciais os pais levavam desvantagens em relação à capacidade de exercerem a guarda sobre os filhos, pois implicitamente havia a presunção de que os genitores masculinos eram menos capazes e aptos para cuidar dos filhos em relação à mãe, restando nesta perspectiva ao pai somente provar a impossibilidade da mãe permanecer com a prole, e posteriormente suas reais condições em obter a guarda dos filhos.

4.2 Da Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho e Colaboração Familiar.

Na atualidade, a família brasileira configurou-se de tal forma que se modela em diversos arranjos. Por conta disso, as funções outrora atribuídas aos papéis familiares tipicamente consagrados sofreram modificações.

Neste cenário situar o homem como sendo detentor de autoridade, como único provedor do lar e a mulher como exclusiva educadora dos filhos e cuidadora, requer cautela. A partir da década de 70, cada vez mais o aumento e participação da mulher, especialmente as mulheres da classe média, foi aumentando gradativamente, impulsionadas pelas demandas do mercado de trabalho, questões financeiras e econômicas, ocasionando a redução do número de filhos, investimento em educação e capacitação para que houvesse tal inserção na carreira profissional e conseqüentemente obter satisfação e realização pessoal, que outrora pelos costumes e condições impostas pela sociedade não eram possíveis.

Diante desta nova demanda da entrada das mulheres no mercado de trabalho abre-se espaço para que a figura paterna participasse mais da esfera doméstica e também se desdobrasse sobre os cuidados dos filhos.

Neste viés, Akel (2009), assevera que "a igualdade constitucional de direitos e obrigações entre marido e mulher, bem como do companheiro e da companheira, não mais justificam a predominância feminina da guarda quando da ruptura da relação".

Paralelamente a esta conquista feminina, tal igualdade proporcionou aos homens o legítimo espaço na educação e criação dos filhos, cessando a figura histórica do pai provedor do lar e que pouco atuava na convivência com os filhos. Todavia, ante esta transição e igualdade entre os papéis familiares, há ainda nas famílias da atualidade há valores parentais que necessitam de novas configurações entre os familiares.

4.3 Guarda Unilateral: De Regra à Exceção

Como era notório no art.1584 do Código Civil, antes de qualquer alteração, este preconizava que a guarda seria unilateral ou compartilhada entre os pais. Para o exercício havia a hipótese de dois meios. O primeiro relacionado ao consenso entre

os genitores e o pleno acordo a ser homologado entre as partes. A segunda hipótese diz respeito à fixação da guarda decretada pelo juiz atendendo caso a caso.

Complementando a redação do presente tema, o § 2º do art. 1.584 estabelecia que, não havendo acordo entre os genitores à guarda dos filhos, a estes seria aplicada a possibilidade da guarda compartilhada.

Foi então que, em 2008 sobre a Lei 11.698 que este tipo de guarda passou a ser priorizada, enfocando anos depois para uma possível alteração com o Projeto de Lei da Câmara 117/13. Passemos a falar do referido projeto em especial.

4.3.1 Projeto de Lei da Câmara nº 117/13

Foi aprovado no dia 02 de setembro de 2014 pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ), o Projeto de Lei da Câmara 117/13, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP). Tornando obrigatória a guarda compartilhada de filhos nos casos em que os genitores não detenham um possível acordo.

Contudo, insta salientar que a regra se aplica apenas se ambos os pais estiverem aptos a exercer o poder familiar.

A alteração se deu na obrigatoriedade da guarda compartilhada, com o “tempo de custódia física dos filhos dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai”.

O projeto visou retirar do Código Civil a expressão “sempre que possível” para a aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais, incluindo a expressão “será aplicada a guarda compartilhada”.

O referido projeto ganhou força e contou com o apoio de grupos ligados ao Direito de Família. De acordo com a Associação de Pais e Mães Separados (Apase) (2014), em 80% (oitenta por cento) dos casos de separação há dificuldades de relação entre os genitores que acabam refletindo na criação dos filhos. Boa parte desses grupos acreditam que com a implementação a guarda compartilhada terá uma grande queda nos problemas relativos à alienação parental.

Concernente a presente tese, Costa Júnior (2014) professor do departamento de psicologia clínica da Universidade de Brasília (UnB), explica que a criança e o adolescente precisam de pais presentes para que tenham modelos de desenvolvimento. Entretanto, faz um alerta: “Pais presentes que brigam constantemente ou que não apresentam pontos mínimos necessários ao desenvolvimento da criança podem produzir mais danos que pais ausentes”.

Nessa mesma linha de pensamento, o advogado de família Maurício Lindoso (2014) membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em entrevista para a matéria: “De certa forma, virou moda. As pessoas achavam interessante o aspecto do compartilhamento da guarda, mas entendem essa guarda como se fosse alternada. Não tem nada a ver com passar uma semana com o pai e outra com a mãe. É criar os filhos como se estivessem casados”.

Sendo assim, nota-se que é imprescindível à finalidade da guarda compartilhada o relacionamento saudável dos genitores, detentores do instituto.

4.4 Da Guarda Compartilhada como Regra para os Filhos

A lei 13.058/14 alterou a forma de exercício dos pais em relação aos filhos, dispondo atualmente que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Isto posto, a alusiva norma é que a guarda compartilhada passa ter caráter obrigatório. Tal obrigatoriedade é evidente pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada deve ser motivada pelo genitor, cabendo autoridade judicial analisar o fato sob a égide do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente. Isso porque, para que seja possível a inserção no âmbito da criação dos filhos dessa modalidade de guarda, acredita-se ser necessária harmonia entre os cônjuges, convivência pacífica mínima.

Nessa linha evolutiva, e antes mesmo das alterações na legislação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, traz à colação a seguinte ementa:

Guarda compartilhada. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores.
(TJ/RS, processo 70008775827, 12.08.2004, 8.^a câmara Cível, rel. Juiz Rui Portanova, origem Porto Alegre).

Ausentes o consenso, a convivência pacífica e a maturidade dos genitores, fica ao encargo do Poder Judiciário impor a guarda tendo por prospecto o superior interesse dispensado aos filhos.

Por fim, não se pode afirmar que a guarda compartilhada será o remédio para sanar todos os conflitos entre os genitores no Direito de Família, mas torna-se um ponto de partida para dar continuidade ao um novo processo com intuito de manter a relação afetiva entre os pais e filhos, independente do vínculo afetivo entre os pais.

O instituto da guarda compartilhada foi uma conquista dos filhos, sobretudo se a olharmos com o enfoque voltado ao que é mais conveniente para os filhos.

Neste sentido, a lei visou preservação da relação anterior entre pais e filhos, o bem maior social a ser preservado na atualidade.

De Paula, (2010), ao tecer seus comentários sobre o tema apresenta comentários sobre o histórico evolutivo das guardas:

O modelo tradicional de guarda, imposto bem mais culturalmente do que em prol dos filhos, está falido. A igualdade constitucional de direitos e obrigações entre marido e mulher, bem como do companheiro e da companheira, não mais justificam a predominância feminina da guarda quando da ruptura da relação.

A elaboração do novo formato de exercício de guarda vem se desdobrando no ordenamento jurídico brasileiro na contemporaneidade enfatizando a necessidade de uma reconstrução da posição dos pais para que eles possam assumir seus papéis livre de estereótipos, exercendo uma a guarda com afetividade e cumprimento das devidas obrigações dos genitores ante a prole. Para encerrar Nancy apud Levy (2008, p.120) diz que:

Em conflito de família deve-se primar pela diluição do conflito e não pela solução dele. O solucionar se opera com a prolação de sentença que é imposta às partes, da qual, sempre, advirá um vencedor e um vencido. O diluir pressupõe que as próprias partes encontrem o caminho da convivência respeitosa, subjazendo aí a continuidade da relação pós-separação. Dessa forma só poderá priorizar a relação pai-mãe em lugar da relação marido e mulher, o que permite colocar, acima de tudo, o bem-estar dos filhos, garantindo-lhes o direito de uma convivência tranquila com ambos.

E assim, percebe-se que a família deve estar alicerçada em sua forma nuclear, ou seja, quando ocorre a dissolução desta, e restando assim o enfoque voltado os filhos para que pensando desta forma, não prejudique o exercício do instituto da guarda.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou demonstrar a relevância do tema, guarda dos filhos, com enfoque no Princípio do Superior Interesse do Menor. Procurou-se demonstrar que o superior interesse da criança sempre deve nortear todas as decisões referentes à definição do exercício do poder familiar. Foram apresentados os modelos e formas de exercícios da guarda e suas alterações ao longo das transformações históricas e evolutivas da sociedade.

No primeiro capítulo foi estudado o Poder Familiar, desde sua formação na antiguidade, bem como tais povos entendiam a entidade familiar. Posteriormente foi analisado o Poder Familiar no ordenamento jurídico brasileiro demonstrando-se sua evolução até a contemporaneidade.

No segundo capítulo a pretensão foi demonstrar os Princípios Constitucionais que amparam e regulam o Direito de Família, no tocante ao instituto da guarda dos filhos, como exemplo, o Princípio da Igualdade, no qual foi exposto que a Constituição Federal garante a igualdade entre os genitores para o exercício e criação dos filhos mesmo após a ruptura da conjugalidade. Neste capítulo foi dado destaque para o Princípio do Melhor Interesse do Menor, pois se tratando avaliar qual a melhor forma de exercer a guarda dos filhos, este princípio é norteador.

No terceiro capítulo é apresentado o tema central deste trabalho: a guarda dos filhos e seus desdobramentos. Percebeu-se que não há uma definição padrão para conceituar esta difícil tarefa que é criar e dar continuidade ao poder familiar dos pais.

Foram apresentadas ainda argumentos quanto às modalidades de guarda, os formatos nas quais elas podem ser exercidas e suas características e peculiaridades, além das demandas que cada uma delas exige dos genitores. Teve-se ainda a intenção de apresentá-las uma a uma com suas vantagens e desvantagens para a prole e os possíveis conflitos se não respeitados o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Por fim no quarto capítulo a intenção foi demonstrar a evolução da guarda dos filhos no ordenamento jurídico brasileiro através das influências históricas, sociais e culturais que foram ao longo do tempo aperfeiçoando tal poder sobre os filhos.

Para isso, observou-se que durante muito tempo o homem era o grande chefe do poder familiar e a mulher estava atrelada somente aos deveres domésticos, restando-lhe a submissão àquele. Posteriormente a religião também fazia com que os aspectos

religiosos influenciassem na construção familiar e na criação dos filhos. Com o passar dos séculos houve uma maior flexibilidade e a sociedade passou a considerar o divórcio como algo aceito, desde então, a mulher passa a ter mais liberdade e diante deste fato, começa a se inserir no mercado de trabalho, tornando-se muitas vezes chefe de família que detêm a guarda dos filhos.

Após a criação e possibilidade entendeu-se por muito tempo que a mulher pelo instinto maternal, e por condições peculiares era mais propícia a criação dos filhos, e que o bom pai abriria mão dos filhos para a mulher.

Tal cenário mudou conforme foi demonstrado, após a inserção da mulher no mercado de trabalho e quando a Constituição Federal colocou em igualdade homem e mulher e que ambos eram responsáveis no mesmo teor na guarda dos filhos, deixando de lado a guarda monoparental materna, dividindo o genitor masculino nos mesmos atributos da genitora.

Por derradeiro, após as devidas transformações sociais, a guarda configurou-se no modelo unilateral e perdurou desde a reforma do Código Civil atual, quando foi posta em questionamento pelos projetos de lei apresentados para que o melhor modelo de guarda, a guarda compartilhada, fosse colocada como regra em nosso ordenamento.

Após sua aprovação em 2014, a guarda compartilhada passa a ser a regra para aqueles que desfazem o vínculo conjugal e mantêm filhos sobre sua tutela, o que se pretendeu ressaltar neste modelo foi a Proteção e Interesse do menor em estar amparado por ambos os pais.

Ainda neste sentido, ficou evidente que a intenção de se estabelecer o modelo de guarda compartilhada é exatamente este: propiciar aos filhos a convivência mínima entre os pais não conflitantes, e desde que estes entendam que devem tolerar-se para que em nada afete a relação paterno-filial e manter a família contemporânea com todas as suas particularidades no formato de familiar nuclear; aquela que concentra todos seus melhores interesses nos filhos.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada** - Um avanço para a família moderna. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso: 21 set 2015.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder Familiar nas Famílias Recompuestas**. 2004, p.171

BITTENCOURT, E. de M. *Guarda de filhos*, 3ª ed., São Paulo: Universitária de Direito, 1985.

BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos**. 2005. Disponível em<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335> >. Acesso em 28 set 2015

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva: 1999

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e das outras providências. Condeca, São Paulo, 1996.

BRASIL. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRUNO, Denise Duarte. **Guarda Compartilhada**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.12, p.30. 2002

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A Guarda dos Filhos na Separação**. 2010.

Disponível em:

<<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20A%20Guarda%20dos%20Filhos%20na%20Separa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>

Acesso em: 18/09/2015.

COELHO, Rômulo. **Direito de Família**. Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1990, p.205.

COULANGES, Fuestel de. **A cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.30.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Alimentos e Paternidade Responsável**. 2008. p.355. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/25__alimentos_e_paternidade_responsavel.pdf Acesso em: 10/05/2015.

_____ **Guarda Compartilhada:** uma solução para os novos tempos. Revista Jurídica Consulex, n. 275, 30 jun. 2008.

_____ **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.p.381.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família. In: Direito Civil Brasileiro.** V. 5, 7ªed. São Paulo: Saraiva 2002. p.301.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. A guarda dos filhos na família em litígio. 2012, p.202

ENGELS, Fredrich. **A origem da Família, da propriedade provada e do Estado.** 15ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. **Os filhos e o divórcio.** In: **Revista IOB de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.9, n.47, abril-maio, 2008, p.80.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional.** Vol. VI. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 98 – 101.

_____ **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 128.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** 1ª ed. São Paulo: Atlas: 2008, p. 80.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed. rev. Atual e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.185.

GUIMARÃES, M. S.; GUIMARÃES, A.C.S. **Guarda. Um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos,** p. 456 "In" CALTRO, A.C.M. e colaboradores. **Aspectos psicológicos da atividade jurídica.** Campinas: Editora Millennium, 2002.
Disponível em:<<http://www.soartigos.com/articles/230/1/Artigo-A-importancia-da-guarda-compartilhada/Invalid-Language-Variable1.html>> Acesso em 12. Out. 2015.

ISQUIERDO, Renato Scalco. **A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral.** In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar.** São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Atlas, 2003, p.214.

MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre: Síntese, n. 23, ano 6, out-nov-dez 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro.**2002,p.29-30.

MELO Edson Teixeira de. **Princípios constitucionais do Direito de Família.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>> Acesso em: 13 mar.2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: 10056092087396002 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Julgamento: 19/12/2013.

____Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: nº1. 0000.00.328063-3/000, Relator: Des. Lamberto Sant´anna, Julgamento: 11/09/2003

____Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: 10056092087396002 TJMG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Julgamento: 19/12/2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37ªed.V. 2. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 348.

____**Curso de Direito Civil.** V.2. São Paulo: Saraiva 1992.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada – Novas soluções para novos tempos.** “in” **Direito de Família e ciência humana.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000. Cadernos de estudos n. 3, p. 86.

_____**Mães Abandonadas:** a entrega de um filho em adoção. 2ª Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. **Vade Mecum do Direito de Família e sucessões.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000, p.863.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

_____**Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **O direito do pai de concorrer em igualdade com a mãe pela guarda dos filhos.** 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18487/o-direito-do-pai-de-concorrer-em-igualdade-com-a-mae-pela-guarda-dos-filhos/4#ixzz3pR152jup>>. Acesso em: 02 out.2015.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 14ªed. Volume 5, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.18.

QUINTAS Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro, 2010, p.29.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo. **Desagregação Familiar e Delinquência Infante-Juvenil: Uma Reflexão Acerca das Implicações da Ausência Paterna no Comportamento dos Filhos Menores.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1325, 16 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9502>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJRS. Agravo de Instrumento: AI70064561541 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgamento: 16/07/2015.

_____Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJRS. Apelação, 20110112281094APC, Relator: Alfeu Machado, Revisora: Leila Arlanch, Julgamento: 26/03/2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família. Lei nº 10.406, de 01.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.601.

_____ **Direito de Família.** 2006, p.602.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família.** In: Direito Civil V6, 28ªEd. 2004, p.397

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. TJSC. Agravo de Instrumento: N.00.000236-4, da Capital, Relator: Des. Alcides Aguiar, Julgamento: 26/06/2000.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada.** 4ªEd. J H Muzino: 2015.p.24.

SILVA, Cláudia Maria. **Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** In: Revista de Direito de Família, Porto Alegre, v.6, n.25, ago.-set. 2004 p.124.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade?** O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SQUIERDO, Renato Scalco. **A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral.** In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos de personalidade.** Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Sergipe, n.3, p.23-44, 2002.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 180

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família.** 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____ **Direito de Família.** V.6,3ªEd. São Paulo: Atlas, 2003, p. 35.

_____ **Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir?** São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: www.pailegal.com.br. Acesso: 13 ago 2015.