



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS / UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE DIREITO

DANIELA CANTON TOBIAS

A GUARDA COMPARTILHADA

BARBACENA

2011

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS / UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE DIREITO

DANIELA CANTON TOBIAS

A GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora Professora Dr^a Maria Aline
Araújo de Oliveira Geoffroy

BARBACENA

2011

DANIELA CANTON TOBIAS

A GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito .

BANCA EXAMINADORA

Dr^a Maria Aline Araújo de Oliveira Geoffroy
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ____/____/2011

Dedico este trabalho ao meu filho Felipe, que com seu carinho tornou-se fonte de inspiração para o meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

A DEUS pela vida;

Aos meus pais pelo incentivo;

Ao meu noivo Rodrigo por todo amor e dedicação;

A todos os professores em especial à minha orientadora Doutora Maria Aline, por ter sanado todas as minhas dúvidas para a elaboração do TCC.

RESUMO

Este presente trabalho visa esclarecer o instituto da Guarda Compartilhada que deve ser considerada um tipo de guarda aplicável e cabível em nosso direito, servindo como garantia de igualdade entre os pais na condução da educação, convívio e participação ativa na vida de seus filhos. Tratar-se-á de focalizar os interesses do menor, em especial no campo afetivo, baseando-se nos elementos da convivência e da responsabilidade parental compartilhada entre os pais. O número cada vez maior de rompimento de relações conjugais tornou necessária a busca de um novo modelo de guarda, que cuidasse dos interesses de filhos e pais que não mais convivem. A guarda compartilhada dos filhos, vista como modalidade mais desejada em nossa atualidade, apresenta suas peculiaridades por assim dizer, características próprias e necessárias para a sua escolha. É um tema atual e de grande relevância social, pois os modelos atuais de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apenas privilegiam um dos genitores em detrimento do outro. Assim, o instituto da guarda compartilhada vem para auxiliar as carências que outros modelos de guarda possuem.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda. Guarda Compartilhada. Poder Familiar.

ABSTRACT

The present study aims to clarify the Office of Shared Guard that should be considered a custody type applicable and appropriate in our law, serving as a guarantee of equality between parents in the conduct of education, interaction and active participation in their children's lives. Treat will be to focus the child's interests, particularly in the emotional field, based on the elements of coexistence and shared parental responsibility between parents. The increasing number of marital relationships fragmented became necessary to seek a new guard category to look after the interests of children and parents who no longer live. The shared custody of the children seen as more desirable modality in present time has its peculiarities so to speak and their choice the necessary characteristics. It is a current topic of great social importance, since current models of existing stores in Brazilian law, only favor one parent over the other. Thus, the custody institute is to assist the necessities that other custody models.

KEYWORDS: Guard. Custody. Parenting Power.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O INSTITUTO DA GUARDA.....	10
3	O PODER FAMILIAR.....	18
4	A GUARDA COMPARTILHADA.....	22
5	CONCLUSÃO.....	28
	REFERÊNCIAS	29

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

É nesse contexto que a guarda compartilhada assume grande importância, na medida em que prima pelo convívio do menor com ambos os genitores, mantendo o exercício

conjunto da autoridade parental, bem como reserva aos dois o direito de participar das decisões que se referem à criança.

No primeiro capítulo tratamos do instituto da guarda, fazendo uma análise sob a ótica do Código Civil, Lei do Divórcio e Estatuto da Criança e do Adolescente. No segundo capítulo falamos sobre o poder familiar para justificar a guarda compartilhada. Uma vez que a família se dissolve, o poder familiar não é retirado, via de regra, de ambos os pais, sendo assim, a guarda, como dever do poder familiar, seria melhor deferida se a ambos o genitores. Por fim, no terceiro capítulo, foi feita uma análise acerca do instituto da guarda compartilhada, demonstrando a sua importância no campo teórico e prático e, os efeitos da mesma em relação aos filhos, após a separação conjugal.

O presente estudo tem por objetivo demonstrar tais mudanças trazidas com a instituição da Guarda Compartilhada, além das consequências e vantagens que o seu deferimento poderá acarretar àqueles indivíduos envolvidos no rompimento da relação conjugal, buscando provocar inúmeras reflexões sobre um tema que merece muita atenção, devido sua importância em razão da expressa admissão como modelo de responsabilidade parental dos filhos de pais que não mais convivem. Para tanto, utilizou-se o tipo de pesquisa bibliográfica descritiva e documental, não havendo interferência do pesquisador que procura descobrir a frequência de ocorrência do tema, sua natureza, características, causas, relações e conexões com as demais áreas do Direito. Portanto, buscar adquirir conhecimentos a partir do emprego predominante de informações advindas do material bibliográfico e documental pesquisado.

Foram utilizados trabalhos publicados em datas recentes, em livros, periódicos, teses e dissertações, além dos recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

2 O INSTITUTO DA GUARDA

O conceito de guarda é derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, sem sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

Guarda quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confinadas, bem assim manter em vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção.

Em outro sentido, é palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo. (LEITE, 2011).

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

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

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

São inúmeras as conceituações para a guarda no direito brasileiro, dentre elas, podem-se citar a descrita por Plácido e Silva (1997, p.336) em seu vocabulário jurídico, definindo que se trata de:

Locução indicativa seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nem sempre pais e filhos têm o privilégio da convivência recíproca, sucedendo, por vezes, a morte de um dos pais ou distúrbios no relacionamento dos mesmos, que impedem o

prosseguimento da mútua convivência. Dessa forma, o domicílio familiar uno deixa de existir e, em seu lugar, passa a existir duas residências, ocasionando, na maioria dos casos concretos, a definição da custódia dos filhos para apenas um dos genitores, ou excepcionalmente na repartição dessa guarda.

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

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

Em 1916, com o Código Civil, passou-se a distinguir as hipóteses de dissolução amigável e judicial da sociedade conjugal. Estabeleceu que, na dissolução amigável deveria ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (artigo 325). E na dissolução judicial, a guarda dos filhos seria atribuída de acordo com a existência de culpa de um ou de ambos os cônjuges, e pelo sexo e idade dos filhos, dando da seguinte maneira: os filhos ficariam com o cônjuge inocente; se ambos culpados ficariam com as mães as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, sendo entregue a guarda ao pai após completar essa idade; por fim, havendo motivo grave o juiz poderia dispor de maneira diversa (artigo 326).

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

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

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

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

Os dispositivos que previam a guarda dos filhos no Código Civil de 1916, sendo eles do art. 325 ao art. 329, foram contrariados com o advento da Lei 6.515/1977, a chamada Lei do Divórcio. Pois, a citada lei contradizia-se ao código em vigor naquela época, e por ser lei especial revogou os dispositivos do código que tratavam o assunto de forma diferente, subsistindo apenas o art. 329 que disciplinava a possibilidade da mãe ter em sua guarda os filhos do casamento anterior, só cabendo decisão diversa se o juiz percebesse que ela ou o padrasto não se comportavam de maneira conveniente. (SAMPAIO, 2010).

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

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

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

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

Para todas as formas de colocação em família substituta, independe a situação jurídica em que se encontre a criança ou o adolescente. Assim, tanto faz se está numa família ou numa entidade, se tem condições materiais ou não. Aliás, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, onde se inclui também a guarda (RTJ 48/427; RT 406/274), segundo jurisprudência, mesmo que para que a concessão desta inexistia a condição obrigatória de perda ou suspensão da guarda (ECA, art. 23), que é condição indispensável tanto para a tutela como para a adoção (ECA, arts. 36, parágrafo único, 41 e 169).

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

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

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

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

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

Ainda, conforme Waldyr Grisard Filho (2002, p. 56), são previstas duas modalidades de guarda pelo ECA, quais sejam, definitiva e provisória. A primeira regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiro, onde é juridicamente impossível, de acordo com o artigo 33, §1º do ECA. É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção, e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses, segundo o artigo 33, §2º do ECA.

A definitividade da guarda é relativa, pois pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado, conforme o artigo 35 do ECA, tendo em vista que sua concessão não faz coisa julgada. A coisa julgada, nestas questões, está subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, vale ressaltar que a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC. Pelo contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevivendo modificação no estado de fato ou de direito pode o juiz reverter a situação anterior.

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

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

sendo adotado com o menor, ou até mesmo determinar que preste informações periodicamente sobre o exercício da guarda.

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

A guarda provisória é aquela conferida a título precário, nas hipóteses de criança ou adolescente que se ache abandonado ou sob a guarda de fato de pessoa que, não sendo detentora do poder parental e sem a intervenção judicial, toma a seu cargo a criação e a educação de menor com que, a princípio, não tinha qualquer vínculo legal que lhe impusesse tal encargo. Ela perdura até que a situação da criança/adolescente, por intermédio de decisão judicial, seja definida. (GESSE, 2009, p. 20).

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

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

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

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

As decisões de guarda não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, daí poder-se afirmar serem passíveis de reexame, através de ação própria. É bom ressaltar que em matéria de direito de família, principalmente no que tange à guarda e o direito de visitação,

não existe caducidade ou ineficácia da liminar concedida quando não proposta a ação principal no prazo de trinta dias.

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

3 O PODER FAMILIAR

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

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

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

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

A Constituição Federal 1988 estabelece igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres. O pátrio poder, no qual o homem detinha o posto de chefe da família, portanto, senhor das decisões familiares, é coisa do passado. A Constituição Federal e o novo Código

Civil de 2002 estabelecem que os pais, sem distinção, são titulares do Poder Familiar. Dessa forma, cabe ao casal, entre outras coisas, a responsabilidade de criar, educar, guardar, manter e representar os filhos. Havendo divergência entre o casal quanto às decisões relativas aos filhos, deve a parte interessada recorrer à Justiça.

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

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

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

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

Quanto ao direito material, há convergência entre o novo Código 2002 e o ECA (1990) sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o novo Código, repetindo o anterior, opta pelas dimensões do exercício dos poderes, como será demonstrado abaixo. No ECA há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no novo Código, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (arts. 22 e 24). Em suma, não se vislumbra antinomia (cronológica ou de especialidade) entre os dois textos legais, não se podendo propor a derrogação da lei anterior

(ECA), salvo quanto à denominação pátrio poder substituída por poder familiar. Como a menoridade, no novo Código, foi reduzida para até os 18 anos, deixou de haver divergência com o que o ECA denomina de criança (até 12 anos) e adolescente (até 18 anos) para fins do poder familiar, passa a ser a denominação comum aos campos de aplicação de ambas as leis. (LÔBO, 2006).

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

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

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade.

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

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz

respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurarem aos filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (LÔBO, 2006).

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

Destacam-se alguns dispositivos legais que demonstram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada antes da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico. O texto constitucional, prevendo a absoluta igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher (artigo 226, § 5º), reclama uma paternidade responsável (artigo 226, § 7º). O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre a proteção integral do menor (artigo 1º), impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento. Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar (artigo 16, V) e de ser criado e educado no seio de sua família (artigo 19), submetendo-se ao poder familiar do pai e da mãe, exercido em igualdade de condições (artigo 21), a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação (artigo 22).

4 A GUARDA COMPARTILHADA

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

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

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

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

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

O Código Civil Francês estabeleceu com a inovação trazida pela lei *Malhuret*¹, de 1977, que, após ouvir os filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão

¹ A jurisprudência francesa mostrou-se favorável à nova modalidade de guarda, o que resultou na Lei 87.570, de 22 de julho de 1987, denominada lei *Malhuret*, que modificou o Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental. (LEITE, 1997, p.268).

que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o magistrado, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda (LEITE, 1997).

No sistema português, apenas existia a codificação do regime da guarda única. Com advento da lei nº 84, de 31 de agosto de 1995, foi alterada a parte do art.1906 do Código Civil Português, cujo nº 2 estabelece que os pais possam acordar sobre o exercício em comum do poder parental, decidindo as questões relativas à prole em condições idênticas as que vigoravam na constância do matrimônio. Assim, Portugal introduziu em sua legislação um breve conceito de guarda compartilhada, que possibilita a informação da existência de tal instituto por todos (DIÁRIO DA REPÚBLICA, 1995 *apud* COMEL, 2003).

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

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

De acordo com Gobbi (2003) o Estado de Connecticut se destacou no ano 2000 entre os norte-americanos, ao conceder a Guarda conjunta em torno de 41,2% para os casais que se separaram. Em 2001, novamente fez jus a novas honrarias em consequência de ter implementando programas de apoio interdisciplinar de mediação familiar na educação dos

pais que estão por se separar, a qual inclui severas advertências sobre o impacto do divórcio na família, sua repercussão sobre os filhos, e programas de reestruturação das mesmas sem romper os laços parentais com seus filhos. Trata-se de um programa obrigatório de mediação interdisciplinar, ministrada por advogados, psicólogos e assistentes sociais, que prevê a possibilidade de serem aplicadas sanções coercitivas pelo juiz, àqueles que forem negligentes com suas responsabilidades em relação aos filhos e o fornecimento de guias a serem seguidos para o bom gerenciamento da guarda conjunta por ambos os genitores, entres outras coisas. Tudo isso para reduzir o efeito maléfico da separação sobre os filhos menores.

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

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

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

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

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

As consequências da separação conjugal, na vida dos filhos, diminuem, pois a “guarda conjunta preservaria o relacionamento pais-filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Os aplicadores do direito devem ter em mente que os direitos da criança devem ser protegidos, tendo em vista sua condição de hipossuficiência, a guarda compartilhada deverá ser deferida toda vez que representar maior benefício aos menores envolvidos. Assim fica bem claro que a guarda compartilhada tem o objetivo de privilegiar o melhor interesse da criança, já que a responsabilidade parental tem impacto decisivo no desenvolvimento social, emocional e afetivo do menor. A natureza do poder familiar tem como embasamento o respeito aos princípios da dignidade humana, da liberdade de exercício das funções de pai e mãe e do melhor interesse dos filhos, assim como nos deveres inerentes à condição de pais, elencados pelo artigo 227 da CF/88, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

convivência familiar, direitos estes cujo titular é o filho. A criança que vivencia uma sobrevivência com seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, tem sua autoestima fortalecida e este fato, frente ao contexto da separação dos seus pais, irá lhe trazer maior segurança, evitando o sentimento de que suas necessidades foram negligenciadas após a ruptura conjugal de seus pais. (SUZARTE, *et al*, 2011).

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

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

5 CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

BERNARDI, Maria Grazielle. **Poder Familiar**. Ago. 2009. Disponível em:<<http://www.artigonal.com/carreira-artigos/poder-familiar-1176495.html>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

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

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2011.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Presidência da República. Brasília, DF. 2008.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 31 jan. 2011.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

_____. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Estatuto da Mulher Casada. Disponível em:<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 29 jan.2011.

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

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

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

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COUTO, Lindajara Ostjen. **A Separação do Casal e a Guarda Compartilhada dos Filhos**. Ago. 2007. Disponível em:< http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/a_separacao_do_casal_e_a_guarda_compartilhada_dos_filhos.pdf >. Acesso em: 31 jan. 2011.

FREITAS, Paulo Roberto Gomes de. A guarda à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente: Reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. n. 29. Disponível em:< <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id126.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

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

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

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

LAUX, Maria Aparecida Bernart; RODI, Claudia. Compartilhamento da guarda e a proteção integral do infante. **Revista Jurídica**, v. 7, n.14, p. 175-193, ago/dez. 2003.

LEITE, Gisele. **Pátrio Poder**. Disponível em:< <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=735085244>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Jus Navigandi**. Teresina. a. 11. n. 1057. Maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8371>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

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

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

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

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

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

OLIVEIRA, João Flávio. **Poder Familiar**. Maio. 2010. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/articles/39276/1/PODER-FAMILIAR/pagina1.html>>. Acesso em: 29 jan. 2011

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

RIBEIRO, Leonardo. **O Instituto da Guarda**. Nov. 2007. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-Da-Guarda/pagina1.html>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

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

ROMERA, Mario. O Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e Adolescente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Disponível em:< <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

SAMPAIO, Daiane Silva. **O instituto da Guarda dos Filhos**. Set. 2010. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29141>>. Acesso em: 30 jan. 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997,

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SUZARTE, Eliane; SOUZA, Jeferson; DIAS, Josemilita; PINHEIRO, Noé. **Guarda Compartilhada**: Dialogar para compartilhar. Faculdade de Tecnologia e Ciências de Itabuna. Disponível em:< <http://www.ilheus.org.br/eca/Artigos/Artigo030.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

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