

**Curso de Direito**

**GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO**

Dayana Nunes Beviláqua

Sobral - CE

2014

Dayana Nunes Beviláqua

**GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do(a) professor(a) Diego Petterson e orientação metodológica do(a) professor(a)\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.

Sobral - CE

2014



**Dayana Nunes Beviláqua**

**GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do(a) professor(a) Diego Petterson e orientação metodológica do(a) professor(a)\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.

Apresentada em 17/ 12/ 2014

Banca Examinadora:

Diego Petterson Brandão Cedro

Titulação

Orientador(a)

Aécio Flávio Palmeira Fernandes

Titulação

1º Examinador(a)

Diego Sabóia e Silva\_\_\_\_

Titulação

2º Examinador(a)

Dedico este trabalho a aqueles que fazem a diferença em minha vida e que de uma maneira especial me ajudaram na vitória de minha formação profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela sua constante presença em minha vida renovando-me a cada dia.

Aos professores e orientadores pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização deste trabalho. Aos demais mestres do curso de direito pelos ensinamentos disponibilizados durante aulas e estágios.

A toda minha família, que sempre prestaram apoio em tudo, enchendo-me de palavras positivas durante o transcorrer deste árduo caminho, contribuindo decisivamente para o alcance de tão almejado objetivo.

“Procure ser um homem de valor em vez de ser um homem de sucesso.”

*Albert Einstein*

RESUMO

Trata de análise acerca da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos na preservação da integridade do menor. Parte-se de uma abordagem prática, considerando o poder familiar e seus desdobramentos, como seus traços históricos, sua titularidade, seu conteúdo, bem como as alterações que seu desempenho poderá sofrer. A partir desta verificação dá-se foco a guarda e seus delineamentos gerais, enfatizando os tipos de guarda existentes, quais sejam: guarda de fato, guarda como medida protetiva ou estatutária, guarda em favor de terceiros na vara de família, guarda subsidiada ou por incentivo: medida de acolhimento familiar, guarda legal do dirigente da entidade de acolhimento institucional, guarda de criança ou adolescente estrangeiro no Brasil. Dirigindo-se em seguida ao exame acerca da guarda compartilhada, enfatizando suas consequências, a base psicológica do modelo, bem como suas vantagens e desvantagens. A metodologia empregada nesta pesquisa fundou-se na revisão doutrinária acerca da temática. Como produto final, conclui-se que a opção pela implementação da guarda compartilhada quando da separação permite a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, além de salvaguardar a integridade psíquica, emocional e social do menor, relevando sempre seu interesse, independente da situação contestada.

**Palavras-chave:** Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT

This analysis about shared custody in the Brazilian legal system and its effects on preservation of the child's integrity. It starts with a practical approach , considering the family power and its consequences, as his historical features , its ownership, its content, and the changes that their performance may suffer. From this verification occurs focus guard and its general outlines , emphasizing the types of custody , namely: guard actually guard as protective or statutory measure guard in favor of third parties in family court , subsidized guard or incentive : foster care measure, legal custody of the director of residential care entity, child custody or adolescent abroad in Brazil. Addressing then examined about shared custody , emphasizing its consequences, the psychological basis of the model as well as its advantages and disadvantages . The methodology used in this research it was founded in the doctrinal review of the matter. As a final product, it is concluded that the option of implementing the joint custody upon separation allows the maintenance of emotional bonds between parents and children , as well as safeguard the mental, emotional and social integrity of the minor , always emphasizing their interest, regardless of the situation contested.

**Keywords :** Family Power. Shared custody . Brazilian legal system .

SUMÁRIO

[INTRODUÇÃO](#_Toc315357611) 10

[1 PODER FAMILIAR](#_Toc315357612) 12

1.1 Do pátrio poder ao poder familiar.................................................................................12

1.2 A titularidade do poder familiar: a figura dos pais.......................................................15

1.3 Conteúdo do poder familiar..........................................................................................17

1.4 Suspensão, perda e extinção do poder familiar.............................................................20

[2 GUARDA](#_Toc315357614) 25

2.1 Tipos de guarda.............................................................................................................26

[2.1.1 Guarda de fato 2](#_Toc315357614)8

2.1.2 [Guarda como medida protetiva ou estatutária](#_Toc315357615) 29

2.1.3 Guarda em favor de terceiros na vara de família.................................................30

2.1.4 Guarda subsidiada ou por inventivo: medida de acolhimento familiar................31

2.1.5 Guarda legal do dirigente da entidade de acolhimento institucional...................33

2.1.6 Guarda de criança ou adolescente estrangeiro no Brasil......................................34

[3 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO](#_Toc315357618) 35

[3.1 Resultado da guarda compartilhada](#_Toc315357619) 38

[3.2 Base psicológica da guarda compartilhada](#_Toc315357620) 40

[3.3 Vantagens e desvantagens do modelo](#_Toc315357621) 42

[3.3.1 Vantagens](#_Toc315357622) 42

3.3.2 Desvantagens........................................................................................................44

CONCLUSÃO..........................................................................................................................46

[REFERÊNCIAS](#_Toc315357632) 48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico consiste num estudo sobre a guarda compartilhada no direito brasileiro e seus reflexos na manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, pontuando especificamente o aspecto manutenção da integridade da criança ou do adolescente.

O tema mostra-se como de relevância ímpar, tendo em vista que envolve questões que permeiam o próprio sistema familiar, que se mostra como uma das principais garantias ao crescimento digno dos filhos e um desenvolvimento social coerente. O ponto principal dirige-se a influência que a dissolução da sociedade conjugal causa ao relacionamento familiar.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e documental, que, quanto aos fins, é descritiva e exploratória, porque classifica, explica e interpreta os fatos assumindo as formas bibliográfica e documental, sem interferência do pesquisador, procurando aprimorar ideias; segundo a utilização dos resultados, consiste em ser pura, porque o objetivo desta pesquisa não é querer transformar a realidade, mas buscar conhecimento que leve a uma maior visibilidade da questão; é ainda uma pesquisa de natureza qualitativa, pois, embora não se atenha a levantar critérios de representatividade numérica, busca uma maior compreensão das ações e relações humanas e uma observação dos fenômenos sociais.

Este trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, fez-se uma apresentação sucinta acerca dos aspectos gerais que envolvem o poder familiar, onde se procedeu ao estabelecimento de seus delineamentos gerais, por meio da análise de sua evolução, de sua titularidade, de seu conteúdo, e de como ocorre sua alteração.

Na segunda parte abordou-se a guarda, onde se procedeu ao exame de seus tipos, como a guarda de fato; a guarda como medida protetiva ou estatutária; a guarda em favor de terceiros na vara de família; a guarda subsidiada ou por incentivo, caracterizando-se como medida de acolhimento familiar; a guarda legal do dirigente da entidade de acolhimento institucional; e a guarda de criança ou adolescente estrangeiro no Brasil.

Na terceira parte foi apresentado estudo da guarda compartilhada no direito brasileiro, por meio da análise de seu resultado, de sua base principiológica, bem como das vantagens e desvantagens do modelo.

O presente trabalho intentou trazer uma visão geral acerca da guarda compartilhada no direito brasileiro, considerando sua relevância para garantir a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, principalmente aos que estão ainda na primeira infância. Considera-se ainda a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos mesmo com a dissolução da sociedade conjugal, pontuando que as obrigações concernentes ao exercício do poder parental permanecem mesmo com o advento daquele episódio.

1. PODER FAMILIAR

A primeira abordagem proposta no presente trabalho vai de encontro ao instituto do poder familiar, considerando sua atual conotação e fundamento, a partir, principalmente, da mudança conceitual que enfrentou, de suas peculiaridades e de sua atuação numa tentativa de se fazer compreender de forma mais aprofundada o conteúdo trazido pelos direitos e deveres direcionados pela legislação aos pais justamente pela condição de serem seus detentores e mais ainda para acercar-se do fiel cumprimento dos mesmos para que seus filhos alcancem uma completude plena.

Assim, o poder familiar que se apresenta como um arcabouço de direitos e deveres a serem desempenhados pelos pais e voltados à manutenção do desenvolvimento dos filhos encontra definição ímpar nas palavras de José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 55), leia-se:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio desse filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Com isso, o presente capítulo tem por objeto a analise referente ao poder familiar e suas peculiaridades, considerando que o instituto mostra-se essencial para o estudo da temática proposta por este trabalho.

* 1. **Do pátrio poder ao poder familiar**

O poder familiar apresenta-se como sendo o instrumento pelo qual os pais exercitam sua autoridade perante os filhos considerando, no entanto, o interesse destes. Ressalte-se aqui que este exercício esbarra em limites temporais como o alcance da maioridade ou mesmo a emancipação dos filhos.

Deste modo, a partir do desenvolvimento das relações familiares, que se deu no transcorrer do Século XX, o instituto sofreu substanciais alterações, abandonando a visão paternalista dominante, concebida a partir do interesse do chefe familiar e da demonstração de poder, propriamente, dos pais frente aos filhos para atribuir um rol de deveres.

O panorama que hoje se apresenta revela que as alterações foram profundas, pois significou não apenas o deslocamento do poder para ambos os pais, mas implicou também no condicionamento a concreção dos interesses dos filhos vistos como seres dignos em pleno desenvolvimento.

Anota-se que não há um consenso quanto à terminologia empregada, pátrio poder ou poder familiar, em virtude de a palavra fazer alusão à denotação física que a mesma carrega. Com isso, legislações estrangeiras atuais tem optado pelo uso da expressão “autoridade parental”. Neste sentido Paulo Lôbo (2011, p. 295-296), anota:

Ainda com relação à terminologia, ressalte-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por “autoridade parental”. A noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro. A França a utilizou desde a lei de 4 de junho de 1970, que introduziu profundas mudanças no Direito de Família, ampliadas pela lei de 4 de março de 2002, que reformou o regime da autoridade parental, principalmente na perspectiva do melhor interesse do filho. O Direito de Família americano tende a preferi-lo [...].

Com isso, percebe-se que a definição autoridade empregada no âmbito das relações privadas ultrapassa da melhor maneira o desempenho delimitado de função, com fundamento no aspecto legítimo e no interesse do próximo, alem de manifestar de forma útil o que se compreende como superioridade de hierarquia congênere com o que se observa em qualquer organização pública ou privada. Já o termo parental, por sua vez, é o que melhor apresenta o aspecto parentesco, propriamente, desenvolvido entre pais e filhos, ou agrupamento familiar de onde deve emergir a legitimidade base para a autoridade, fazendo também justiça, ao lado materno.

O debate terminológico demonstra a profunda alteração ocasionada pelo instituto. Por tudo, apreende-se que a expressão empregada pelo legislador pátrio, qual seja, poder familiar, também deverá ser interpretada com a mesma profundidade. Conceituando o instituo Massimo Bianca (p. 237), apresenta:

O poder familiar (*potestà genitoria*) é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu exclusivo interesse. Compreende precisamente os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda, os poderes de representação do filho e de gestão de seus interesses.

A atual definição do instituto coincide com um sistema que envolve cuidado e prestação para com os filhos. A profunda mudança pela qual o modulo familiar passou teve repercussão direta no objeto do poder familiar. Fatores como hierarquia, desigualdades, restrição de direitos no âmbito do grupo familiar eram diretamente proporcionais ao pátrio poder. Assim, na medida em que os integrantes da família foram adquirindo direitos, os poderes do patriarca foram sendo diminuído, o que gradativamente foi sendo assimilado ou transmudado para características outras que levam a atual concepção.

Neste sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 297) apresenta: “Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir”. Deste modo o poder familiar apresenta-se mais como um dever do que como um poder, convertendo-se em um conjunto de obrigações direcionadas aos pais, das quais não podem se eximir.

O artigo 227 da Constituição Federal traz em sua redação rol mínimo de deveres familiares para com os filhos e em beneficio destes, sendo reforçado pela redação do art. 229, este rol rompe com a ideia de poder tendo em vista que correspondem a direitos cujos titulares são a pessoa dos filhos. Vejamos sua redação:

Art. 227- 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. 229- Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Com isso, evidencia-se que o poder familiar não tem a ver com vínculo por tipo de filiação e sim com a extensão do traço parental. Os pais têm como principal desempenho a defesa legal e a proteção dos filhos por designação tanto do Estado quanto da própria sociedade. Observe-se, no entanto, que o Estado não deixa de ter poder sobre o mesmo. O cientista social Anthony Giddens (*apud* LÔBO, p. 298), em contribuição para o entendimento do tema aborda:

Pode ser democrático um relacionamento entre pai/mãe e uma criança pequena? Pode, e deve exatamente no mesmo sentido que em uma ordem política democrática. Em outras palavras, é direito da criança ser tratada como um suposto igual do adulto. As ações que não podem ser negociadas diretamente com uma criança, porque ela é pequena demais para aprender o que está envolvido, devem ser capazes de uma justificativa contrafactual.

Outro dispositivo legal que aborda a autoridade parental, atestando sua compatibilidade, concerne ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, onde em seus respectivos dispositivos, artigos 21 a 24 e 155 a 163, disciplina de forma específica aspectos do instituto. Aqui observamos regras específicas, considerando que as regras processuais são supletivas, assim o ECA funciona como complemento ao Código Civil.

* 1. **A titularidade do poder familiar: a figura dos pais**

A abordagem feita pelo Código Civil quanto ao poder familiar não limita a titularidade, seja referente ao polo ativo, seja referente ao polo passivo. Assim, verifica-se uma reciprocidade de direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente ao abordar o instituto do poder familiar no que diz respeito ao seu exercício traz na redação de seu artigo 21 os seguintes dizeres: “Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

O texto civil aborda a titularidade do exercício apenas no modelo tradicional, sendo casamento e união estável, não abordando as demais modalidades tuteladas pelo texto constitucional. No entanto, o princípio da interpretação conforme o texto da Constituição nos traz que a norma deve ser interpretada de forma abrangente englobando todas as formas de família hoje concebidas, com isso, não havendo a forma tradicional, um parente, por exemplo, que seja responsável pelo ambiente familiar, estará imiscuído do poder.

Denota-se com isso que a convivência entre os pais não é fator determinante para a titularidade do poder familiar, que pode ser perdido ou suspenso por determinação do juiz em casos legalmente postos. O máximo que pode ser verificado é variação referente ao grau do poder, diga-se exercício e não titularidade.

O poder familiar é exercido por ambos os pais em concomitância seja na constância do casamento ou da união estável, formas tradicionais de entidade familiar, salvaguardadas pelo artigo 227 da Constituição Federal. Como o poder familiar deve ser exercido de forma a proporcionar o desenvolvimento sadio dos filhos pensa-se que deva haver uma convivência harmônica e pacífica para a tomada de decisões. Pontua-se que o constante dissenso entre os pais inviabiliza o exercício pleno do poder familiar.

Quando os dissensos tomam proporções insustentáveis dirige-se ao juiz que resolvera a situação. O que não se aconselha considerando que uma decisão judicial poderia ampliar os embates entre os detentores do poder familiar, de onde o juiz devera instigar uma resolução pacífica, por meio de um acordo de vontades limpo que em seguida será judicialmente homologado.

Dentro desta perspectiva três princípios devem ser usados como fundamento desta conciliação de vontades sendo eles: o princípio da autonomia, o princípio da responsabilidade e o princípio da autodeterminação de forma a atender necessidades pontuais referentes ao implemento do diálogo entre as partes, instigar o caráter solidário da família e conservar os direitos inerentes a cada indivíduo, principalmente no que diz respeito aos infantes. Tem-se que os conflitos travados entre adultos deságuam desdobramentos negativos sobre os filhos menores, dificultando a conciliação de necessidades de afeto, relativas ao psicológico, bem como ao traço econômico de cada um.

O exercício do poder familiar pode se da de forma separada do outro cônjuge, sem que este seja sucumbido, quando envolver aspectos referentes à guarda e a administração. No entanto, este também pode ser exercido com a sucumbência do outro, por ordem judicial nos casos elencados nos artigos 1637 e 1638 do Código Civil.

No que diz respeito ao titular do poder quando os pais encontram-se separados temos que mesmo não havendo uma união, e a criança esteja sob a guarda de apenas um deles o poder familiar não será suprimido frente ao outro genitor, permanecendo em sua totalidade, não se restringindo apenas a visitas periódicas, mas englobando uma participação efetiva. Aqui também cabe a tutela ao juiz quando da ocorrência de dissensos. Pontua-se que o filho deve ser visto como ser humano dotado de direitos que devem ser considerados na definição do exercício do poder familiar.

Com isso tem-se que dissolvido o casamento ou a união estável o poder familiar permanece, como enuncia a redação do artigo 1.579 do Código Civil: “Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

O direito da criança relativo à companhia de ambos os pais relativiza-se e não poderá se dar ao revés do filho. Assim este tem o direito de ter os dois em sua companhia, no entanto, no que diz respeito à guarda compartilhada esta regra não se aplica em função da reciprocidade de direitos e deveres estabelecida entre ambos os pais.

Como o poder familiar é concebido como um bloco de deveres e direitos voltados a criança e ao adolescente, seu exercício deve ter esta concepção. Aqui não cumpre falar em caráter privado de poder, mas sim em deveres que se ligam a direitos e os efetivam em função dos filhos que são seus possuidores de fato.

Assim, ao passo em que os pais têm direito de dirigir a vida dos filhos em suas diversas searas também tem o dever de assegurar o suprimento de suas necessidades. O poder familiar é inversamente proporcional ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, assim sendo, na medida em que esta se desenvolve, aquele é gradativamente reduzido ate findar-se em definitivo.

O Código Civil traz em seu arcabouço as formas de competência vinculadas aos pais, sem abordar, contudo, a seara dos deveres inerentes à caracterização do instituto, principalmente os tutelados pela Constituição Federal em seus artigos 227 e 229, como assegurar a criança o direito à vida, por exemplo.

* 1. **Conteúdo do poder familiar**

Em sendo o poder familiar mecanismo de proteção direcionado a pessoa do menor, que em função de sua idade não tem como dirigir a si e a seus bens, o aparato legal vem disciplinar por meio de regras o desempenho dos pais frente ao trato pessoal para com os filhos e na administração de seus bens.

Embora estas regras estejam positivadas, anota-se que o fundamento das mesmas é muito mais moral e ético, considerando os laços afetivos de trato interpessoal e contínuo. Cumpre ressaltar aqui a redação do Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança propugnada pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF:

Princípio VI – A criança precisa de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas. (BRASIL, 1959, *online*).

Observa-se que muitas vezes apenas a positivação da norma não se mostra com a eficiência necessária a sua execução, fazendo com que o sentimento, leia-se aqui laço afetivo, seja crucial nesta eficaz efetivação, mostrando-se ímpar para a conjunção familiar.

Com efeito, a partir da adoção da doutrina da proteção integral e com ela o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente o Estado passa a intervir com mais vigor nas relações familiares com o fim de assegurar os direitos a eles conferidos atuando de forma complementar na concretização das funções familiares conferidas pelo poder familiar que hoje assume a posição de verdadeira função social.

Pontua-se que nesse compartilhamento, um não usurpa a função do outro, cada um possui sua área de atuação, visto que a criança tem o direito de desenvolver-se junto de sua família. Assim, os pais deverão desempenhar o poder familiar de forma lícita e responsável e o Estado irá desenvolver política de atendimento a estes indivíduos em parceria com o meio social, além de aplicar medidas necessárias à correção de abusos.

Deste modo, conclui-se que o conteúdo do poder familiar, que se apresenta como instrumento de proteção insubstituível, dividido entre pessoal e patrimonial tem como possuidor a pessoa dos pais de forma exclusiva e discricionária, cuidando tanto do aspecto concernente à pessoa quanto da administração de seus bens.

A regulamentação legal do conteúdo pessoal esta disposta nos artigos 229 da Constituição Federal, 1.634 do Código Civil e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vejamos, respectivamente, suas redações:

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

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo 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.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Em suma, as funções relativas ao conteúdo pessoal são basicamente: o dever de criar, englobando o dever de sustento; o dever de educar, englobando o dever de corrigir; o dever de ter em companhia e guarda, englobando o dever de reclamar de detenção ilegal; o dever de representação e assistência, englobando o consentimento para casamento e nomeação de tutor; o dever de exigir obediência, respeito e colaboração; e o dever de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais.

O mais importante destes deveres encontra-se no de dirigir a vida e a educação dos filhos menores, visto que aqui entra em cena não só a questão do sustento, mas também a formação, dando estabilidade a si, a sua família e ao meio social. Neste ponto a ocorrência do fato se dá tanto pelo aspecto material quanto pelo aspecto moral, físico e educacional.

O abuso no desempenho das funções inerentes ao conteúdo pessoal poderá dar ensejo a penalidades de cunho penal, como o crime de abandono material positivado no artigo 244 do Código Penal; de cunho civil, como a suspensão do poder familiar positivada no artigo 1.637 do Código Civil; e de cunho administrativo, por meio do arbitramento de multa, como a positivada no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A regulamentação legal do conteúdo patrimonial encontra-se disposta no Código Civil em seu Capítulo VI – Do Regime de Separação de Bens, Subtítulo II – Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores, artigos 1.689 a 1693, vejamos sua redação:

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo: I - os filhos; II - os herdeiros; III - o representante legal.

Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Em suma, as funções relativas ao conteúdo patrimonial são basicamente: contribuição com encargos familiares, envolvendo o usufruto dos bens dos filhos; o dever de administração dos bens dos filhos, considerando suas restrições e a respectiva prestação de contas; além destas, devem ser considerados ainda os bens excluídos da administração e do usufruto dos pais, e sua faculdade para nomear curador especial.

* 1. **Suspensão, perda e extinção do poder familiar**

O poder familiar pode sofrer alterações por meio de três ocasiões, sendo elas: a suspensão, a perda e a extinção. Abaixo serão traçadas considerações pontuais acerca de cada modalidade de modificação do poder familiar.

A extinção do poder familiar é a forma mais brusca de modificação do mesmo, considerando que apresenta caráter definitivo. O artigo 1.635 do Código Civil enumera essas hipóteses, vejamos: “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º[, parágrafo único](#art5); III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do [artigo 1.638](#art1638).

O rol apresentado acima pelo artigo 1635 tem natureza taxativa, isto é, apenas nas situações ali elencadas ocorrerá a extinção do poder familiar. Observa-se que faz referência a direitos fundamentais, como a maioridade, por exemplo. Assim, a concretização destas hipóteses extingue de imediato o poder familiar.

Com isso, não há que se confundir extinção, seja com suspensão, por onde o exercício é limitado em certo interstício temporal, ou mesmo com perda, por onde embora também leve a extinção do poder familiar, esta ocorre por causas diversas as que dão ensejo à extinção propriamente dita.

Dirige-se a analise de cada inciso, senão vejamos. No que diz respeito à morte esta só terá efeito extintivo se a mesma recair sobre ambos os pais, assim, falecendo o pai o poder permanece nas mãos da mãe e vice-versa, ou mesmo quando ela recair sobre o filho, onde se dará pela perca do objeto do instituto.

Ressalte-se que a emancipação também é causa extintiva do poder familiar, mas deve ocorrer via vontade recíproca dos pais sem a necessidade de acionar a justiça, assim sem o consentimento de um a mesma não irá ocorrer. Pontua-se que a emancipação também poderá ocorrer pela via judicial.

No que diz respeito ao aspecto maioridade, a mesma deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, não deve se considerar maioridade apenas o atingir dos 18 anos, mas como também todas as formas que levem a ela, assim entendidas as elencadas no artigo 5º do Código Civil, cuja redação segue:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Ressalte-se que ao contrair novas núpcias o pai ou mesmo a mãe não perde o poder familiar, visto que este não se altera, o que se observa é a convivência de poderes da primeira e da segunda relação, ou seja, passará a ter poder familiar sobre o filho da relação anterior em concomitância com o poder familiar sobre o filho da nova relação.

Quanto à suspensão do poder familiar, esta encontra regulamentação no artigo 1.637 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

O rol de causas suspensivas enumeradas acima tem caráter meramente exemplificativo, sendo possível a incidência de outras que também possam dar ensejo à suspensão. Aclara-se que não há necessidade de permanência do fato que levou a suspensão ou mesmo a necessidade da incidência de mais de uma, a incidência de uma por si perfaz a causa.

A suspensão poderá ocorrer na totalidade do poder ou mesmo de forma parcial, pontuando alguns aspectos por ele compreendidos. A determinação da suspensão sempre deverá considerar a pessoa do filho, visto que o poder existe para que sua integridade seja garantida.

Pontua-se que a determinação de suspensão em face de um dos pais transfere de imediato sua parcela de poder ao outro, salvo na sua impossibilidade, em casos como incapacidade, onde deverá ser nomeado um tutor para a criança.

A suspensão poderá ser revista a qualquer tempo, de onde verificada a eliminação de sua causa, o juiz determinara seu restabelecimento. Observa-se que o uso da suspensão como forma de preservar a criança ou o adolescente deve ser feito em último caso, de modo que se conserve a convivência familiar, tutelada pelo texto constitucional.

O poder familiar poderá ser restabelecido em sua totalidade, mas também com restrições. Aqui Pontes de Miranda (*apud* COMEL, p. 284), ainda sob a égide do Código Civil de 1916, anota as seguintes considerações:

É possível tirar-se ao pai qualquer direito, inclusive o de representação legal ou de assistência legal do filho (art. 384, V), sem que isso signifique perda do pátrio poder. Perda somente se dá quando nenhum direito, elemento do pátrio poder (não oriundo apenas da qualidade de pai), resta ao que foi destituído; e de modo definitivo.

Além de punições cíveis, o abuso no exercício do poder familiar também poderá acarretar consequências de natureza penal, como enuncia a redação do artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos”.

Por fim, temos a última modalidade de modificação do poder familiar concernente a perda, que se acha disciplinada pela redação do artigo 1.638 do Código Civil: “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 à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

Ressalte-se, contudo, que esta modalidade deverá ser empregada apenas em última instância, assim sendo, quando nenhum outro meio possa ser empregado para surtir efeitos congêneres, ou seja, em situações em que a gravidade do risco ofertado seja de caráter permanente.

No que diz respeito ao castigo imoderado vê-se certa abertura ao castigo moderado, entendido como limitação de direitos ou castigos de caráter físico ou psíquico. No entanto, os ditames constitucionais e a alteração profunda do poder familiar não permitem mais essa abertura, devendo a integridade do filho ser vivenciada em todas as situações, como exemplo dessa não aceitação temos a Lei da Palmada, que proíbe o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

O abandono, por sua vez, hoje é visto não mais como perda imediata, tendo em vista as circunstâncias que podem levar ao mesmo, como as de caráter econômico, aspectos que envolvem saúde dos pais, entre outros, assim, como o intuito é o de conservar sempre que possível à convivência familiar, apenas casos pontuais devem ser considerados aqui.

No que diz respeito a moral e aos bons costumes, esta analise ponderativa deve ser feita de forma objetiva, acompanhando os valores sociais do espaço e do período em que se esta vivenciando o fato, sempre considerando o interesse do menor, não há que haver juízo subjetivo, pois iria contra aos ditames legislativos.

Outro ponto a ressaltar é quando se tem condenação na qualidade de autor, coautor ou mesmo cúmplice, por crime cometido contra o próprio filho onde também haverá a perda do poder familiar de acordo com a redação do artigo 93 do Código Penal:

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta em seu texto a competência concernente ao conhecimento de ações que envolvam a perda do poder familiar, pontualmente em seu artigo 93, vejamos seu enunciado:

Art. 93.  As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade. Parágrafo único.  Recebida a comunicação, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público e se necessário com o apoio do Conselho Tutelar local, tomará as medidas necessárias para promover a imediata reintegração familiar da criança ou do adolescente ou, se por qualquer razão não for isso possível ou recomendável, para seu encaminhamento a programa de acolhimento familiar, institucional ou a família substituta, observado o disposto no § 2º do art. 101 desta Lei.

O ECA, também regulamenta em seu texto os procedimentos que devem ser seguidos para a perda do poder familiar, pontualmente do artigo 155 ao artigo 163, vejamos os aspectos mais relevantes:

Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Art. 158. O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos.

Art. 161. Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo.

Art. 162. Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento.

Art. 163.  O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias. Parágrafo único.  A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

Finalizada a abordagem acerca do poder familiar, onde se procedeu ao estabelecimento de seus delineamentos gerais, por meio da análise de sua evolução, de sua titularidade, de seu conteúdo, e de como ocorre sua alteração, parte-se para estudo pertinente a guarda e seus desdobramentos.

1. GUARDA

O trabalho gira em torno da guarda compartilhada pautada no ordenamento jurídico brasileiro, se iniciando abordagem por meio da análise do instituto da guarda em sentido amplo. O principal intuito do instituto consiste na regularização da posse do infante após a ruptura dos laços conjugais, ficando seu guardião na obrigação de prestar a assistência necessária ao desenvolvimento da criança ou adolescente sob sua guarda.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, prevê a guarda nos artigos 33 a 53, onde os requisitos e efeitos da mesma restam regulamentados pela redação do Art. 33, abaixo transcrito:

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

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

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

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

§ 4º  Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (BRASIL, 1990, *online*).

A guarda poderá ser deferida tanto pelos Juízos da Infância e da Juventude quanto pelos Juízos de Família a depender da matéria levada ao crivo do judiciário. Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 342), quanto ao deferimento da guarda, expõe:

Quando é discutida matéria atinente ao pátrio poder e guarda dos filhos, divórcio, separação judicial, regulamentação de visitas etc., competente será o juiz de família para determinar a guarda dos filhos, atendendo ao que mais lhe for conveniente. Quando é discutida matéria que importe em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, competente será o juizado especial.

O principal efeito da guarda é por o infante na condição de dependente direto do guardião definitivo. Esta dependência abrange desde o aspecto material, passando, pelo moral, intelectual, e até mesmo previdenciário.

* 1. **Tipos de guarda**

Antes de adentrar ao estudo dos tipos de guarda propriamente, cumpre estabelecer a definição do termo guarda. Nesta vertente, José Carlos Teixeira Gioris (*apud* FERREIRA, 2012), ao dissertar sobre o instituto, a define como:

A guarda, como direito, compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto de si, de reger sua conduta nas relações com terceiro; reclamá-lo de quem o detenha ilegitimamente; proibir-lhe a convivência com determinadas pessoas, impedir que frequente determinados lugares ou pratique certos atos, e até que mantenha correspondência que julgue inconveniente a seus interesses; significa também a vigilância para que, por meio de atuação constante, se efetive a criação moral; como dever, abrange a instrução e a educação do filho, preparando-o para a vida.

Silvana Maria Carbonera (2000, p. 47-48), por sua vez, em sua obra “Guarda de filhos na família constitucionalizada”, define guarda, como o meio jurídico mediante o qual se atribui a uma pessoa “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 sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”.

Apostas as considerações acerca da definição de guarda, dirige-se a análise de seus tipos propriamente. Desta forma, pela redação contida no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, apreende-se que as modalidades de guarda são duas, a saber: provisória e definitiva. Estas espécies serão estudadas com mais detalhes a seguir.

Assim, entende-se como guarda provisória a deferida por tempo determinado no curso de um processo de guarda, aqui, pelo meio que leva a sua concessão, a guarda assume caráter definitivo; bem como, a deferida no curso de um processo de tutela ou de adoção, aqui, pelas mesmas razões, a guarda assume caráter liminar ou incidental.

Do acima posto apreende-se que a guarda provisória tem prazo certo de duração, em outras palavras, tem um interstício previamente determinado, arbitrado geralmente como sendo de 30 a 90 dias, podendo, no entanto, ser prorrogado ao longo do processo. Com isso, expõe à vista, ser sempre necessário que o Juiz determine o tempo de duração da guarda provisória, evitando atitudes contrárias à reinserção da criança em sua família de origem.

Deste modo, quando ocorre a acomodação por parte do guardião, cumpre ao Juiz buscar um casal realmente interessado em exercer a função de guardião desta criança em sua completude, garantindo seu direito de conviver em uma família, além da efetivação do mandamento constitucional do dever de guarda. Quanto a este, Antônio Carlos Gomes da Costa (2004), ressalta:

Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

No que diz respeito ao processo de adoção propriamente, a guarda é deferida no intuito de possibilitar o estágio de convivência familiar entre a criança ou adolescente em fase de adoção e a família guardiã, que poderá ser, a depender do caminhar dos acontecimentos, sua nova família.

O foco principal da guarda provisória é o de justamente dar tempo à criança de se adaptar no cerne da nova família. Deste modo, sua inserção se dará com a menor quantidade de traumas possíveis, em virtude de seu desligamento definitivo de sua família originária. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2010, p. 157), em abordagem ao tema, anota: “Em processo de adoção, confere-se ao detentor da guarda fática ou à pessoa (ou casal) habilitada(o) o termo de guarda provisória para início do estágio de convivência com o adotando (Art. 46 do ECA)”.

Quanto à guarda definitiva, esta diz respeito àquela concedida por sentença definitiva com resolução de mérito, onde se acolhe o pedido do autor, em processos cujo pleito seja expressamente a guarda. No entanto, a concessão de ambas, seja provisória ou definitiva, prescinde da expedição de termo que irá oficializá-la.

No que diz respeito à origem, esta pode advir em decorrência de um processo de tutela, recebendo a denominação de guarda derivada, desdobrando-se esta em satisfatória ou excepcional. Esta supre a falta eventual dos pais ou responsável, atendendo a situações peculiares, e não prescinde do termo próprio.

* + 1. Guarda de fato

Identifica-se esta forma de guarda quando o infante recebe assistência de uma pessoa que não detém sua guarda, seja na modalidade provisória ou definitiva, em outras palavras, não tem a atribuição para seu exercício. Desse modo, a guarda fática ou informal apresenta-se viciada, carecendo de regulamentação.

Com isso, o guardião de fato não terá responsabilidade pelo infante, enquanto não passar pelo crivo do judiciário, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreveu em seu texto a diretriz base, de onde estabelece que a finalidade precípua do instituto seja a de regularizar a posse de fato, constatando ser esvaziada de efeitos jurídicos. Corroborando com esta posição Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva e Janaína Marques Corrêa (apud MACIEL, 2010, p. 159), argumentam:

[...] Ora, se a guarda somente será concedida, fora dos casos de tutela e adoção (art. 33, §1º), para suprir a falta eventual dos pais ou responsável, a conclusão que se extrai é a de que quem detém a posse fática do menor, guardião não é. Não sendo guardião, porque não detém a guarda legal ou, como prefere o Prof. CAHALI, a guarda jurídica, também não será o responsável pela criança ou adolescente e nem tampouco exercerá por eles qualquer ato da vida civil. Tanto é assim que, no art. 32, estabeleceu o legislador o momento em que o guardião torna-se responsável, obrigando-se à prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, vale dizer, quando assume, por termo nos autos, sua função. Antes disso, não poderá ser considerado como responsável.

O Conselho Tutelar, por sua vez, não pode conferir guarda a quem a possua apenas faticamente, visto que esta concessão foge as suas atribuições enunciadas no Art. 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcrito:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII - expedir notificações;

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3.º, inciso II, da Constituição Federal;

XI - representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder. (BRASIL, 1990, *online*).

Como se vê sua função é a de identificar a situação de risco, adotar as medidas necessárias para que esta cesse e encaminhar para o judiciário, para que tome as providências cabíveis, para sanar em definitivo a situação de risco.

Com relação a adolescente trazido para o cerne de uma família para desempenhar as funções atinentes aos serviços domésticos do lar, sua guarda deve ser regularizada, levando-se em consideração sua idade e concordância da família originária. Vejamos o que dispõe a redação do Art. 248 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso. (BRASIL, 1990, *online*).

Desta forma a regularização da situação deverá ser efetivada pelo Juizado da Infância e da Juventude do domicílio do empregador. Assim, este também funcionará como guardião do jovem, devendo seguir no seu trato diário com o adolescente os requisitos e princípios enunciados no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a garantir-lhe a devida assistência, material e intelectual.

* + 1. Guarda como medida protetiva ou estatutária

A guarda como medida de proteção visa tutelar a criança ou adolescente quando estes estejam em situação de risco, verificada a partir do enquadramento desta em uma das hipóteses elencadas pelo Art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcrito:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990, *online*).

José de Farias Tavares (*apud* MACIEL, 2010, p. 160), define a guarda estatutária como sendo a “situação jurídica supletiva do pátrio-poder estabelecida por decisão judicial em procedimento regular perante o Juizado da Infância e da Juventude”.

Constitui-se como medida de proteção relacionada no bojo do Art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se lê: “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] IX - colocação em família substituta”. No entanto, embora a previsão da medida esteja expressa no próprio Estatuto, ressalta-se que sua adoção só deve se dá apenas com o esgotamento de todas tentativas de manter a criança junto de sua família originária.

O objetivo é o de conceder guardião à criança, quando a guarda não possa ou não deva ser exercida por seus pais, em virtude de diversas variáveis, como em casos de serem os pais usuários de drogas, usarem os filhos para a mendicância, entre outros. Evidencia-se que a guarda apresenta-se como sendo uma simples medida de amparo a ser adotada em casos específicos, como, por exemplo, na ocorrência de abuso por parte dos pais.

Por fim, salienta-se que embora a guarda afete apenas parcialmente o poder familiar, em caso de estrita necessidade, para preservação da integridade do infante em seus aspectos físicos e morais, o guardião poderá se afastar dos pais biológicos da mesma.

* + 1. Guarda em favor de terceiros na vara de família

Quando falamos na figura de terceiro no âmbito do instituto da guarda deve-se ter redobrada cautela, em vista de que a regra do Estatuto da Criança e do Adolescente é a de que a criança deve permanecer no seio da família de origem. Esta diretriz está posta tanto no *caput* do Art. 19, quanto no §3º do Art. 28, cuja redação orienta:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. [...]

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

§ 3º  Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (BRASIL, 1990, *online*).

A regra é a de que a guarda quando deferida em Juízo de Família seja destinada a outro familiar da criança. Como se vê, o deferimento de guarda a um terceiro não familiar constitui exceção, sendo permitida esta modalidade de deferimento, apenas com a concordância dos pais biológicos, no exercício de seu poder familiar, e se a criança não estiver em situação de abandono, além da exigência de pedido expresso por parte do terceiro guardião.

A transferência da guarda para terceiro constitui inovação no âmbito do Código Civil, sendo regulamentada em seu Art. 1584, §5º, vejamos:

Art. 1.584. [...]

§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. (BRASIL, 2002, *online*).

Assim, em casos de afastamento da criança de sua família de origem para inserção em família substituta, a regulamentação será dada pela legislação concernente ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rolf Madaleno (2011, p. 653), em comentários acerca da possibilidade de concessão de guarda a terceiros, ensina:

Deve o Magistrado sobrelevar os interesses dos filhos acima de qualquer importância que pudesse sobressair dos objetivos paternos na disputa da custódia da sua descendência, sem descartar de deferir a guarda para terceiro, se possível parentes; mas acima dos vínculos de parentesco estão os vínculos de afetividade [...].

Por fim, cumpre ressaltar que deve prevalecer o bem-estar do menor, onde segundo redação do Art. 1.586 do Código Civil: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Daqui, se apreende que em toda e qualquer decisão o juiz deve levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo encontrar o meio que melhor atenda aos desígnios de referido princípio.

* + 1. Guarda subsidiada ou por incentivo: medida de acolhimento familiar

Algumas situações que são observadas no cotidiano das famílias fazem com que crianças e adolescentes inseridos em sua formação não possam ou não devam nelas permanecer, procedendo-se a busca por outros guardiões para assumirem o dever de guarda no contexto da própria família, em não havendo ou se estes não possuírem condições para avocar a guarda do infante, pode entrar em cena o instituto da guarda subsidiada ou por incentivo.

Não se pretende forçar que outro parente ou mesmo terceiro exerça o dever de guarda, visto que o quesito afetividade e proximidade do menor com o guardião estaria sendo desconsiderado. Assim, na impossibilidade de exercício da guarda pelos pais ou parentes, se devem buscar programas assistenciais, possibilitando o acolhimento do infante por pessoas ou famílias constantes de cadastros previamente realizados, que se responsabilizarão em termo próprio pelos cuidados para com o infante, até que seja possível seu retorno a sua família de origem.

Fawer de Melo (*apud* MACIEL, 2010, p. 162-163), quanto à conveniência desta modalidade de inserção em família substituta subsidiada, ressalta:

Deve preceder à colocação rigorosa seleção da família, de modo que esta ofereça as condições necessárias ao atendimento das necessidades básicas do menor. Deve ser preparada para recebê-lo e esclarecida quanto à sua função de colaboradora na solução do problema que exigiu o afastamento do menor da família de origem. O caráter de transitoriedade da colocação deve ser ressaltado desde o início, bem como o seguimento do caso, a fim de que tanto o menor como a família substituta participem do plano de atendimento estabelecido.

Esta modalidade de guarda esta prevista no Art. 34 e no Art. 260, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, além do Art. 227, §3º, VI da Constituição Federal, transcritos, respectivamente, abaixo:

Art. 34.  O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. [...]

Art. 260.  Os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda, obedecidos os seguintes limites: [...]

§ 2º Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonado, na forma do disposto no [art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art227§3vi). (BRASIL, 1990, *online*).

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

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...]

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; (BRASIL, 1988, *online*).

Ressalta-se, por fim, que com o advento da Lei nº 12.010/2009, esta modalidade de guarda passa a ter a natureza jurídica de medida de proteção, definindo-se como medida provisória e excepcional.

* + 1. Guarda legal do dirigente da entidade de acolhimento institucional

A depender da situação em que se encontre a criança ou adolescente, medidas excepcionais devem ser adotadas para garantir sua proteção, dentre estas medidas extremas encontra-se o acolhimento institucional em entidades criadas para tal fim.

Estas entidades possuem um dirigente, que será o responsável pelo infante enquanto este estiver sob sua custódia, em outras palavras, enquanto estiver acolhido junto à entidade. Desta forma, o dirigente exercerá o papel de guardião, devendo garantir assistência integral ao infante.

O acolhimento institucional trata-se de previsão legal, com isso, não há necessidade de que o dirigente formalize junto ao judiciário o pedido de guarda, estando implícito na sua atribuição. Apesar da dispensa quanto à formalização da guarda, a regularização da entidade é necessária, devendo ser registrada, além de cumprir as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente e as orientações do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, e comunicar as autoridades competentes que realiza este tipo de atividade.

O acolhimento não é modalidade de guarda, apenas seu dirigente será equiparado à figura do guardião, estando em constante observação, pelo judiciário, pelo Ministério Público e pelo Conselho Tutelar. Na hipótese de receber a criança sem determinação judicial deverá regularizar a situação do menor em até 24 horas. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2010, p. 165-166), quanto ao ingresso do infante na instituição, ensina:

[...] quando a criança ou o adolescente ingressar na entidade de acolhimento, o dirigente-guardião deverá: a) recolher todos os dados disponíveis acerca do menor a ser acolhido, tais como nomes completos e endereço dos pais, o local e data de nascimento do menor (caso não possua RCN) para a regularização da certidão de nascimento do infante; b) verificar a existência de doença infectocontagiosa do menor, para evitar o contágio de outros abrigados; c) esclarecer aos pais do abrigado que a medida de acolhimento institucional é provisória e excepcional (art. 101, §1º, da Lei nº 8.069/90) e que devem visitá-lo frequentemente; d) realizar estudo social e, quando possível, visita domiciliar, encaminhando relatório ao Juízo.

Outro ponto trata de que demonstrada a intenção da família em entregar o filho para adoção, o dirigente da instituição deverá providenciar o estudo social com a família, na tentativa de esgotar as medidas para reintegrar a criança. Se mesmo assim, estiverem decididos a prosseguir com a entrega do filho para adoção, devem ser orientados a procurar a Vara da Infância e da Juventude do domicílio da instituição e formalizar, junto ao Juiz e ao Ministério Público, o consentimento de inserção da criança em família substituta.

Por último, ressalta-se que quando a criança ou adolescente inserido na instituição for portador de alguma deficiência, o que limita a assistência que a instituição poderá ofertar, a depender da especialidade da situação, o dirigente, comprovada a insuficiência de recursos do infante, poderá pleitear junto ao Instituto Nacional do Seguro Social benefício assistencial em favor do jovem.

* + 1. Guarda de criança ou adolescente estrangeiro no Brasil

No que concerne à guarda de criança ou adolescente estrangeiro no Brasil, esta diz respeito ao pedido de guarda direcionado a menor de 18 anos estrangeiro, refugiado ou não, cujos pais estão na mesma situação, com a permanência indefinida no Brasil ou estão mortos, objetivando a regularização da condição jurídica daqueles (MACIEL, 2010).

Nestes casos, quem se habilita, normalmente, são pessoas de igual nacionalidade ou mesmo parentes do menor. Tenta-se, com isso, amenizar o sofrimento do infante pelo duplo trauma sofrido.

Nesta hipótese deixa-se aberta a possibilidade de guarda a pessoas de igual nacionalidade, visto que compreenderá sua língua de origem, além de possuir afetividade para com o menor, pelos laços naturais comuns a ambos. Aqui, também há de ter um pedido expresso, devendo ser fundado, essencialmente no quesito afetividade.

Concluída abordagem acerca da guarda, onde se procedeu ao exame de seus tipos, como a guarda de fato; a guarda como medida protetiva ou estatutária; a guarda em favor de terceiros na vara de família; a guarda subsidiada ou por incentivo, caracterizando-se como medida de acolhimento familiar; a guarda legal do dirigente da entidade de acolhimento institucional; e a guarda de criança ou adolescente estrangeiro no Brasil, parte-se para estudo voltado a guarda compartilhada propriamente dita.

1. GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A especialidade atribuída ao instituo da guarda são decorrentes das consequências que a ruptura conjugal traz para o interior da família, sendo objeto de debates entre operadores do direito, por permear a seara do Direito Familiar e seus desdobramentos.

Pensando que a dissolução do vínculo conjugal, regra geral, não se mostra como episódio simplificado, passível de solução facilitada por meio do Poder Judiciário, tem-se que estimular todo o auxílio que o Estado possa a ela disponibilizar nesta fase é sumamente importante, e mais ainda que este auxílio englobe aspectos sociais e psicológicos em soma aos aspectos jurídicos, nesta vertente Ana Carolina Silveira Akel (2009, p. 9), posiciona:

[...] sempre envolvido por cadente discussão, seja na doutrina, como na jurisprudência, especialmente por conta das diversas circunstâncias advindas da separação ou do divórcio dos pais e no âmbito das quais, muitas vezes acaba a criança por se tornar alvo ou razão utilizada pelos genitores, como forma de manifestação, consciente ou não, da mágoa resultante do fato de o casamento não ter atingido o fim pretendido quando de sua celebração, acabando por afastar-se o que deveria ser o motivo maior de sua preocupação, e que é justamente a prole, no exercício de proteção [...].

A guarda regida pelo Código Civil advém da dissolução conjugal dos pais, possuindo Capítulo específico - Da Proteção da Pessoa dos Filhos -, pontualmente os artigos 1.583 a 1.590. A regulamentação aqui concerne ao deferimento a um dos genitores, configurando a guarda unilateral, ou ambos os genitores, configurando a guarda compartilhada. Observa-se que a dissolução que da margem a guarda poderá ser tanto de um casamento propriamente dito quanto de uma união estável, ou qualquer outro modelo familiar.

Pontua-se, mais uma vez, que a nova situação estabelecida entre pais e filhos não modifica em forma ou mesmo substância o desempenho do poder familiar, visto configurar-se como intrínseco aos pais, o que poderá se verificar é uma maior responsabilidade de um dos pais, por receber a guarda direta. Quanto à abordagem Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 376) anota:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela de desse poder que fica com um deles (CC, art. 1.632), assegurando-se ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro.

A guarda unilateral apresenta-se como sendo a modalidade de guarda desempenhada por apenas um dos genitores, seja em função de acordo entre os pais ou mesmo por meio judicial, quando não há um consenso, onde o juiz realiza o arbítrio e confere a quem considera possuir maior aptidão para desempenhá-la.

O princípio da prioridade absoluta limita excepcionalidades na concessão da guarda, como a conferência da mesma a um terceiro, hipótese cogitada e concretizada quando ambos os pais não possuam aptidão suficiente para desempenhar a guarda de forma coerente e sem por em risco a integridade de seus próprios filhos.

Pela redação do artigo 227 da Constituição Federal o direito de visitas necessário à manutenção da harmonia familiar é conferido a ambos os cônjuges mesmo que separados, salvo quando a criança assim não o quer, ou seja, considerando o princípio da reciprocidade e o princípio do melhor interesse da criança, impedindo imposições desta natureza.

Com relação aos conflitos familiares, que acabam por desencadear o fim da relação conjugal, o deferimento da guarda a um dos genitores abre brechas para situações como as listadas por Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, *online*):

[...] se utilize dos seus próprios filhos como ‘arma’, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca do mesmo [...], proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade [...]

Nesta hipótese, possivelmente haverá necessidade de intervenção por parte do Estado, pois episódios assim poderão afetar diretamente o desenvolvimento de crianças e adolescentes dentro de sua própria família. O modelo concernente à guarda compartilhada adota a responsabilidade de ambos os genitores frente aos filhos. Aqui Ana Carolina Silveira Akel (2009, p. 103-104), dispõe:

Certo é que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento [...]. Na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, esse novo modelo de exercício de guarda assume relevada importância, pois ”mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”, ou seja, a guarda em conjunta não se limita apenas à noção de guarda, mas a um conjunto de prerrogativas que são exercidas pelos pais em relação aos filhos. [...] Diante disso, independente da situação existente entre os progenitores, a relação entre pais e filhos deverá ser contínua e perpétua, não se admitindo qualquer tipo de limitação em virtude de problemas puramente conjugais.

Este modelo de guarda inova e permite o compartilhamento de direitos e deveres entre os genitores para com seus filhos, além de adentrar mais afundo na seara do poder familiar pós-dissolução conjugal, tocando em pontos como a manutenção dos laços afetivos, na continuidade do convívio. Aqui Terezinha Féres-Carneiro (*apud* SILVA, 2008, p. 63), dispõe:

A guarda conjunta, em que a criança divide seu tempo entre as casas do pai e da mãe em períodos curtos, parece-me a mais adequada para promover a saúde psíquica da criança. Entretanto, para que os pais possam compartilhar a guarda dos filhos é importante que tenham maturidade emocional, que possam separar suas questões conjugais de suas funções parentais, colocando o bem-estar psíquico da criança acima de seus interesses pessoais.

Este modelo de guarda traz o genitor não guardião de volta a família, passando de visitante, de mero expectador da vida do filho, a pai regresso, fato sumariamente importante para o alimento dos laços afetivos na relação entre pais e filhos. Neste diapasão, Ana Carolina Silveira Akel (2009, p. 108), escreve:

Através da evolução histórica da família e da entidade familiar vislumbra-se que há, no instituto do poder parental, um interesse social, que reclama do Estado sua assistência. Por se tratar de um *múnus* público, poderá e, em determinados casos, deverá haver a intervenção estatal no seu exercício. Essa vinculação se explica em razão de o Poder Público não poder, em nenhum momento, ser indiferente à sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens. Encontram-se, portanto, no pólo ativo do poder familiar os pais que, em igualdade de condições, têm a responsabilidade pelo cumprimento de todas as atribuições que lhes são inerentes em relação aos filhos em desenvolvimento.

No que concerne às restrições que se apresentam as possíveis intervenções por parte do Estado na família, Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 26), anota:

O organismo familiar passa por constantes mutações e é evidente que o legislador deve estar atento às necessidades de alterações legislativas que devem ser feitas no curso deste século. Não pode também o estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como célula *mater*, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí por que a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada.

Com a valorização do caráter psicológico, considerando o aspecto afetivo, o Direito de Família traz uma nova perspectiva para o meio jurídico. Neste sentido Maria Berenice Dias (*apud* SILVA, 2008, p. 11), propõe:

O primado da afetividade na identificação das estruturas familiares levou à valorização do que se chama filiação afetiva. Graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio paterno-filial.

Delineamentos gerais acerca do instituto da guarda postos, vejamos quais os desdobramentos provenientes do modelo guarda compartilhada.

* 1. **Resultado da guarda compartilhada**

O fim do casamento gera para filhos e genitores uma nova situação, um novo parâmetro, que será resolvido em comum acordo ou pela via jurídica. Compreender com clareza a decisão tomada dirigindo a guarda beneficiará todos os interessados, ou seja, pais e filhos, evitando com isso a negligência em qualquer seara de dever, como a educação dos infantes.

Esta nova situação esta baseada na direção interna que cada família possui, e que tomou caminhos diversos ao longo do tempo, ora preferindo o pai, ora preferindo a mãe, este foi o meio que o legislador encontrou para não causar conflitos entre os genitores. No entanto, a guarda, em qualquer caso, ficava a cargo de apenas um dos pais, concebido como guardião unitário.

Esse modelo, a partir de diálogos envolvendo alterações contextualizadas e pontuais na seara cultural, econômica e política afeta diretamente a entidade familiar, não é mais concebido como ideal, tendo em vista que, é indispensável para o desenvolvimento do menor que o pai e a mãe estejam presentes em sua rotina.

Assim sendo, a decisão sobre a guarda deve considerar todos os envolvidos para que o resultado beneficie a família e não o meio social. Pontua-se que nossa legislação adota este segmento de paridade entre genitores e, por conseguinte no desempenho da guarda, protegendo o afeto entre pais e filhos.

Esse novo ponto de vista favorece os pais em desempenhar seus deveres como ser uno. Esta é a ideia da guarda compartilhada, resgatar ou mesmo restabelecer a ordem interna da família, outrora rompida, propugnando responsabilidades maiores e garantia de relacionamento sadio e coeso.

Deixa-se de centralizar no adulto e se passa a enxergar a criança que é retirada de forma abrupta de seu pai ou de sua mãe. Os pais separam, mas os filhos nada tem que ver com isso, as obrigações continuam sobretudo as afetivas.

Veja que a autoridade parental passa a ser revista com o olhar da psicologia, da pediatria, da psiquiatria, da sociologia, da assistência social, no intuito de rebater que a autoridade pertence a ambos, os dois devem desempenhá-la.

A guarda compartilhada proporciona o aperfeiçoamento dos meios que protegem o menor, dirimindo o traço negativo do contexto além de diminuir patologias, temos a perseguição do convívio entre os pais e os filhos.

A família unida, temos o exercício da guarda na sua forma comum. Aqui se presume que o genitor exercerá nos padrões sociais aceitáveis, e tomadas de decisões, com base no interesse do menor, no entanto, rompido este vínculo, as funções são distribuídas e afetam diretamente o cotidiano das crianças.

Aqui entra a guarda compartilhada, que propugna a continuidade do aspecto parental, da relação do menor com ambos os pais concedendo afeto e assumindo seus direitos e obrigações. Neste modelo alguns pontos devem ser relevados, como: moradia, educação, alimentos, visita e responsabilidade.

No que diz respeito à residência do menor, este devera sempre ter uma residência fixa, próxima aos lugares que mantém seus hábitos, evitando o maior número de alterações possíveis em seu cotidiano, à palavra aqui é estabilidade. A decisão de com quem o menor fixará residência sempre irá considerar seus interesses, determina-se a residência habitual do menor neste modelo pode-se passar tempo com um e com outro sem fixação.

O segundo ponto diz respeito à educação, aqui o objeto é mais amplo, pois além da simples instrução, aqui temos o desenvolvimento físico e moral, onde as visitas passam a funcionar como fiscalização.

O terceiro ponto são os alimentos que englobam não apenas o aspecto alimentar propriamente dito, mas tudo aquilo que for indispensável às necessidades do menor, como vestuário e lazer. Neste sentido temos as palavras de Pontes de Miranda (apud GRISARD FILHO, 2000, p. 150):

É bem conhecida a advertência de Pontes de Miranda, reproduzida em quase toda parte, de que a palavra alimento, conforme a melhor acepção técnica, e, conseguintemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e às despesas de criação e educação. Ensinamento análogo se encontra nas fontes do direito luso-brasileiro. Hoje em dia, ao catálogo mencionado se acrescenta o lazer, fator essencial ao desenvolvimento equilibrado e à sobrevivência sadia da pessoa humana.

Os alimentos tem o intuito de garantir o aspecto assistencial. A obrigação, contudo, recairá sobre ambos na medida de suas posses. O quarto ponto refere-se às visitas, que ao mesmo tempo em que é um direito também é um dever, considerando-se aqui a manutenção das necessidades do filho. Neste sentido Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 221-223), atesta:

O direito de visita não é um ‘direito’ dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.

O quinto ponto trata da responsabilidade na guarda compartilhada. Neste quesito observa-se que haverá uma solidariedade de ambos os pais, ou seja, na ocorrência de qualquer dano oriundo de ato do filho, os dois serão responsáveis por repará-lo.

* 1. **Base psicológica da guarda compartilhada**

A problemática que envolve a guarda de menores, quando resolvida de forma desconexa acaba por trazer a tona problemas psicológicos e emocionais no cotidiano de crianças e pais envolvidos. Esta etapa, precedida de um fracasso no íntimo familiar, acaba por excluir um de seus integrantes do convívio contínuo e direto.

O que se tem evidenciado é que os filhos passam a ser vistos como marionetes nesta fase, sendo usados como objetos de disputa entre os cônjuges. Aqui vêm à tona as questões psicológicas que o trauma provoca, necessitando da ajuda de outra searas de expertises proporcionando uma reconexão entre o casal de fato e o casal responsável pelo desempenho da autoridade parental.

Os processos cujo objeto é a família e seus desdobramentos há que ter um conhecimento mais apurado e um trato diferente, considerando que se trata de pessoas, com seus aspectos intrínsecos e extrínsecos, devendo ser compreendido como funciona a mentalidade dos indivíduos que compõem a lide, seja usando como parâmetro uma atitude dentro da família, fora dela ou ambos.

Com isso, o direito faz uso de aliados para que a melhor solução seja alcançada usando-se de outras ciências como a psicologia. O intuito é o de trazer equilíbrio as relações rompidas e mais ainda as relações para com os filhos. Assim sendo, partindo da posição dos filhos é que se analisam os desdobramentos da guarda, vista a quebra da rotina da família. Neste ponto Waldyr Grisard Filho (2000, p. 157-158), anota:

A complexa situação dos filhos que, de repente (normalmente sem pré-aviso), são privados do relacionamento com seus dois pais exigiu que se pensasse rapidamente na questão da guarda e suas consequências. Logo ouviram-se as manifestações de diversos profissionais, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, todos preocupados em minimizar os nefastos efeitos da saída de um dos pais da vida diária dos filhos, uma vez que a paternidade e a maternidade são, indiscutivelmente, realidades biopsicossocial.

Vê-se que a separação traz dor para pais e filhos. Os pais por não terem sido capazes de ultrapassar as querelas internas do lar, os filhos por não compreenderem as razões e agirem de forma tola e sem razão. Os motivos são vários como os conflitos internos, quando o amor não se mostra mais suficiente, quando há o desequilíbrio da sociedade afetiva, verificando o fim do núcleo familiar, entre outros.

Note-se que para os filhos este rompimento apresenta-se hora como algo positivo, hora como algo negativo. Positivo pelo fim das discussões, negativo pelo fato de um dos genitores não mais ser a ele tão acessível, fazendo com que a criança se sinta rejeitada, por exemplo.

Quando temos o compartilhamento da guarda e com ela suas responsabilidades, fazendo com que os pais em conjunto haja como pais, os resultados serão positivos para todos. O que se tem aclarado é que a harmonia deve ser perseguida sempre, pela minimização dos danos psicológicos e emocionais. Aqui entra em cena o estudo social que avalia as relações estabelecidas entre os integrantes do grupo familiar interna e externamente, de modo a apurar o que foi alterado após o divorcio.

Este levantamento realizado por uma equipe multidisciplinar embasa a decisão do juiz sobre quem ficara com a guarda, sobrelevando sempre o melhor interesse do menor e a garantia do suprimento de suas necessidades quem assim o melhor fizer ou estiver apto a ela se encarregará.

Aqui não se fala em perdas, mas em ganhos por parte da criança. Assim, a base psicológica deste modelo de guarda funda-se na minimização das perdas sofridas pelo menor. Os filhos precisam se sentir inseridos na vida de um e de outro genitor, precisam da garantia de que os laços irão continuar. Neste sentido Waldyr Grisard Filho (2000, p. 160), reforça:

É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divorcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divorcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divorcio.

Com isso, tem-se que os pais devem desvencilhar seus conflitos do exercício da autoridade parental, sendo que esta permanece, ressaltando, contudo que a guarda compartilhada não funciona para todas as famílias. Partindo deste ponto de vista dirige-se a abordagem concernente às vantagens e desvantagens inerentes ao modelo.

* 1. **Vantagens e desvantagens do modelo**

A guarda compartilhada assim como os demais modelos de guarda apresenta vantagens e desvantagens que serão analisadas neste tópico, vejamos as considerações acerca de cada vertente na ordem da redação.

* + 1. Vantagens

A guarda compartilhada rompe com a certeza de conhecimento que se tinha sobre os modelos anteriores privilegiando a perseguição da relação entre pais e filhos mesmo após o fim da sociedade conjugal, onde ambos permanecem no dever de garantir educação e criação dos filhos.

O pai não guardião e que passa a ter um horário regrado e agendado corre o risco de evadir-se pouco a apouco de sua função tornando-se, por conseguinte um completo estranho para a pessoa do filho. O modelo familiar de hoje e o contexto em que ele é inserido não mais condiz com a rigidez desta temática, ela zela e centraliza o afeto entre os integrantes do grupo familiar, isto é, entre pais e filho e quem mais integre o convívio interno.

Em muitos locais a guarda em sua modalidade compartilhada é erigida como regra geral, tendo como objetivo específico restabelecer o equilíbrio relacional entre os familiares, considerando aqui o princípio da isonomia conjugal, ligado ao exercício do poder parental.

Neste sentido vejamos a redação contida na terceira parte do artigo nono da Convenção brasileira sobre os Direitos da Criança: “Artigo 9 - 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

No âmbito doutrinário temos a valorização da guarda compartilhada para a conservação das relações afetivas. No âmbito da jurisprudência que tem assegurada a conservação dos laços parentais vem para a definição da guarda, feito no melhor interesse do menor.

No modelo de guarda compartilhada a guarda em seu aspecto jurídico é atribuída para ambos os pais, que passam a exercerem, como já o faziam de forma simultânea, direitos e deveres. Parte-se do pressuposto que haverá colaboração mútua, tomando qualquer decisão relativa à vida do filho de forma conjunta.

Quando após a separação os pais mantém um clima de cooperação e não envolvem seus filhos em seus conflitos íntimos estes terão menos problemas de caráter emocional e social, considerando que filhos de lares desfeitos podem ter mais problemas, ainda mais quando vítimas de seus próprios pais.

A adoção da guarda compartilhada propicia a manutenção das relações entre pais e filhos e seu não envolvimento nos conflitos internos, e ainda permite por meio da criação e educação conjuntas um maior acesso na vida das crianças por parte dos genitores e com isso essa minimização dos desgostos emocionais, por denotações referentes à perda e rejeição.

Este entrosamento contínuo e assíduo entre os pais afasta a guarda unilateral, o que poderia acarretar um avivamento de fracasso no genitor não guardião, acabando por desencadear o não cumprimento de suas obrigações mínimas como alimentos e visitas, levando a um distanciamento profundo e insatisfatório para ambos, acarretando sérios problemas psicológicos e emocionais.

A guarda compartilhada elimina conflitos relativos à escolha que desapareceu e amplia a ética entre os genitores pela cooperação e aclaramento de que ambos são importantes para o filho, acabando por reforçar a não necessidade de escolha. Com isso apresentamos as vantagens elencadas por Ricardo Oppenhein e Suzana Szylowicki (*apud* GRISARD FILHO, 2000, p. 172):

Pais - a) Ambos os pais se mantêm guardadores; b) qualificação na aptidão de cada um deles; c) equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional; d) compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho; e) maior cooperação.

Filhos – a) Convivência igualitária com cada um dos pais; b) inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais; c) não há pais periféricos; d) maior comunicação; e) menos problemas de lealdade; f) bom modelo de relações parentais.

Assim, a guarda compartilhada traz vantagens tanto para os filhos quanto para os pais, por permitir que ambos estejam presentes em suas vidas por meio do compartilhamento de decisões e responsabilidades, fazendo com que se sintam menos culpados e obstinados em alcançar os interesses do menor, temos a ampliação do compromisso dos pais para com seus filhos.

A guarda compartilhada concretiza os valores perquiridos pela Constituição Federal, por propugnar a isonomia parental e considerar sempre o interesse do menor, muito embora nenhum modelo seja perfeito, estado próprio a colateralidade de qualquer sistema.

* + 1. Desvantagens

Assim como nos demais modelos à guarda compartilhada também possui desvantagens, considerando que nenhum se encontra totalmente perfeito, visto que o que serve para uma família pode não ser coerente e favorável para outra. A base para o sucesso da guarda compartilhada é o diálogo concreto entre os pais independente de sua condição de separados de fato, relevando sempre o melhor interesse do menor. Neste intento Edward Teyber (1995, p. 119), comenta:

[...] a guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos. Porém, adverte: “Esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente”.

Senão vejamos, os casais que permanecem em conflito após a separação, mantém uma postura de não diálogo, não cooperativa e exportam conflitos de forma corriqueira o que refletirá diretamente na pessoa dos filhos. Com isso a guarda compartilhada não se aplica, considerando que poderá ampliar animosidades outras. Neste caso o melhor método será a guarda unilateral delegada ao genitor menos aberto aos conflitos.

O que se observa é que a decisão pela guarda compartilhada de fato e de direito requer a garantia da manutenção afetiva entre pais e filhos sem estes presenciarem os conflitos entre aqueles. Outro ponto que poderá por em risco a eficácia do modelo é o estabelecimento de interstício temporal de convivência britânica, pelas mudanças profundas, o que acabaria por tirar dos filhos a estabilidade de que necessitam principalmente na primeira infância. Aqui, Eliana Riberti Nazareth (apud GRISARD FILHO, 2000, p. 175), descreve:

Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

Verifica-se do acima do posto um desvio de entendimento da essência do modelo, considerando que o mesmo exige residência única, justamente para proporcionar a estabilidade física e psíquica que o menor necessita.

Percebe-se que a principal crítica gira em torno da estabilidade, o que não procede, considerando que se terá essa residência fixa inalterável, onde suas necessidades serão supridas, independente de passar tempo com o pai e tempo com a mãe, pois não se verifica a rigidez residencial.

De todo modo, essa alternância mostra-se importante para o próprio desenvolvimento do menor, que passa a aprender a lidar com a vida de forma mais preparada. Com isso apresentamos as desvantagens apontadas por Ricardo Oppenhein e Suzana Szylowicki (*apud* GRISARD FILHO, 2000, p. 177):

Pais – a) Maiores custos (moradias apropriadas); b) permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar; c) constante adaptação; d) necessidade de um emprego flexível.

Filhos – a) Adaptação a duas moradias; b) problemas práticos ou logísticos.

O arcabouço doutrinário não deve influenciar o juiz considerando que este deverá analisar o caso concreto e relevar sempre o melhor interesse do menor. Pelo exposto, conclui-se que a manutenção sadia das relações paterno filiais mostra-se como de suma importância para os aspectos: físico, moral, psicológico e social, das crianças e adolescentes em desenvolvimento e vítimas de lares desfeitos.

CONCLUSÃO

As novas formações familiares têm apresentado inúmeros desafios seja para as pessoas que estão dentro desses novos modelos, seja para as entidades que buscam estabelecer os papéis e delimitar as responsabilidades civis e legais de cada parte. As situações que apresentam as maiores dificuldades são aquelas em que as famílias se desintegram, com a separação dos cônjuges, e tudo aquilo que antes era compartilhado agora precisa ser dividido, distribuído e renegociado, inclusive a guarda dos filhos.

É nesse contexto de conflito que surge a guarda compartilhada como instrumento legal para tentar minimizar os efeitos do divórcio, facilitar a reestruturação ou manutenção das funções paternas e proporcionar um ambiente mais favorável ao crescimento e formação dos filhos.

Quando colocamos em foco o desenvolvimento psicológico de crianças e adolescentes que passam a viver sob os cuidados compartilhados de pais separados tudo se complica por inúmeras razões. Considerando, principalmente a análise de personalidades e identificação de um processo de formação defeituoso que é um empreendimento extremamente difícil, carecendo das contribuições e trabalhos conjuntos com as diversas ciências.

É bem possível prever as consequências, positivas e negativas, da guarda compartilhada com base na análise das condições a que os membros da família rompida serão submetidos, mas não se pode estabelecer isso com precisão, uma vez que as estruturas familiares, formatos educacionais, culturais e personalidades são excessivamente fluidos.

Pontua-se que a ruptura de uma sociedade ou vínculo conjugal, com a separação e o divórcio não implica nenhuma alteração nos deveres e direitos que os pais têm em relação aos filhos. Isso é firmado na lei de modo explícito relativamente ao divórcio (Código Civil, art. 1.579), mas também em outros casos de dissolução da sociedade conjugal — assim a viuvez e a invalidação do casamento, ou mesmo a união estável — onde a regra é igual.

Da mesma forma o novo casamento do pai ou da mãe não pode interferir nos deveres e direitos que têm em relação à filiação. Inclusive quem casa com alguém que tem filho deve recebê-lo e tratá-lo como se fosse seu. E quem tem filhos de casamento anterior, ao contrair novas núpcias, pode exigir do consorte que devote a eles a mesma atenção e cuidados esperados de um pai ou de uma mãe.

Em suma, a guarda compartilhada persegue a manutenção dos laços entre pais e filhos, mesmo após a dissolução do casamento, conservando, sobretudo, os laços afetivos, que irão determinar aspectos comportamentais e de desenvolvimento da criança ou adolescente envolvido no episódio, afastando de seus olhos qualquer disputa de caráter íntimo, ou seja, que diga respeito ao relacionamento estabelecido entre um e outro cônjuge, considerando, sempre, o melhor interesse da criança e do adolescente, assegurando sua ampla integridade.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada:** um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei n. 11.698/08**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\_id=&categoria=>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituiçao\_Compilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **DOU** de 16/07/1990. In: CIESPI – Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base\_legis/baselegis\_view.php?id=235>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU** de 11/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_\_. [Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%2099.710-1990?OpenDocument) Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **DOU** de 21/11/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_\_. [Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%202.848-1940?OpenDocument) Código Penal. DOU de 31/12/1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: RT, 2003.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Os Regimes de Atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente** – Perspectivas e Desafios. Brasília: Presidência da República/SDH/Subsecretaria dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2004.

Declaração Universal dos Direitos das Crianças - UNICEF de20 de Novembro de 1959. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>>. Acesso em: 23 out. 2014.

FERREIRA, Cristina Sanchez Gomes. A Síndrome da alienação parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores. **Revista jurídica,** v. 60, n. 417, p. 9-32, jul. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. In: **Direito civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 6.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: RT, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais.** São Paulo: RT, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil** – Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

­­­­­­MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: RT, 1994.

SILVA, Evandro Luiz et al. **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio.** São Paulo: Nobel, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de família. In: **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.