



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

PALOMA DE MEDEIROS DANTAS

ANÁLISE JURÍDICA DOS ASPECTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

SOUSA

2015

PALOMA DE MEDEIROS DANTAS

ANALÍSE JURÍDICA DOS ASPECTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Rubasmate Santos de Sousa

SOUSA

2015

PALOMA DE MEDEIROS DANTAS

ANÁLISE JURÍDICA DOS ASPECTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Rubasmate Santos de Sousa

BANCA EXAMINADORA: DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

Orientador: Prof. Rubasmate Santos de Sousa

Examinador Interno

Examinador Externo

Dedico a Deus, que se mostrou criador, que foi criativo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte inesgotável de amor, luz, força e misericórdia, por ter me concedido o dom da vida, por ter me guiado e me amparado sempre durante minha caminhada. A Ele devo tudo!

Aos meus amados e dedicados pais, Vânia Lúcia e Sebastião Hugo, meus anjos da guarda, meus espelhos e minha fortaleza. Que sempre quiseram o melhor para mim e que de fato me deram o melhor que podiam, até bem mais do que eu merecia. Que sofreram junto comigo cada lágrima que eu derramei na vida e que tornaram meus sonhos, os seus sonhos, muitas vezes abdicando dos seus próprios. Particularmente quero agradecer a minha mãe pelo amor mais incondicional que a mim foi transmitido e por todas as noites que passou em claro rezando por mim. E a meu pai quero agradecer meus primeiros e todos os meus passos e por sempre me escutar, compreender e me apoiar.

As minhas queridas irmãs e minhas melhores amigas Pâmela e Tatiany, quero agradecer por cada risada que eu dei na minha infância, pela amizade na adolescência e pelo amor de toda uma vida. Tenho certeza que mesmo distantes, sempre estamos presentes nos corações umas das outras.

Ao meu namorado e amigo Manoel Neto, quero agradecer o amor, o companheirismo, a amizade, o cuidado constante, por me fazer rir quando estou triste, por muitas vezes ser minha família e por simplesmente ser quem ele é.

A minha orientadora Rubasmate Sousa, quero agradecer a atenção e apoio que a mim foi dedicado para realização deste trabalho.

Quero agradecer a todos os meus amigos, que me ajudam e torcem por mim.

Por fim, quero agradecer a todos os professores que permitem que todas as pessoas sejam iguais através da educação.

"[...] a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo [...]"

José de Sousa Saramago

RESUMO

Este presente trabalho possui a finalidade de analisar os principais aspectos jurídicos da guarda compartilhada e demonstrar que decorrente da atual evolução social é a modalidade que mais atende aos interesses do menor, uma vez que enseja dar continuidade a autoridade parental de forma igualitária, preservando as relações entre pais e filhos mesmo após a dissolução da sociedade conjugal e conseqüentemente diminuindo os efeitos dolorosos que a separação provoca. Analisei as características e a evolução do poder familiar, no Direito Brasileiro e comparado, pois a guarda está vinculada diretamente ao respectivo instituto. Analisei as principais modalidades de guarda, com o objetivo de comparar e atestar que na maioria dos casos a aplicação da guarda compartilhada é a melhor solução. Foram utilizadas como referências bibliográficas para composição e enriquecimento desse trabalho, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Estatuto da Criança e Adolescente, como também diversas doutrinas especializadas.

Palavras-chave: Guarda Compartilha, Princípio do Melhor Interesse do Menor, Poder Familiar.

ABSTRACT

This present work has the purpose to explain the main aspects of shared custody and show that due to the current social evolution is the mode that best meets the child's interests, since it entails continuing parental authority equally, preserving the relationships between parents and children even after the dissolution of marriage and consequently decreasing the painful effects of separation. It is examined the characteristics and evolution of the familiar power, under Brazilian and in comparative law, because the guard is linked directly to the respective institute. It was studied the main guard modalities, with the goal to compare and attest that in most cases the application of shared custody is the best solution. Were used as references for composition and enrichment of this work, the Federal Constitution of 1988, the Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents, as well as various specialized doctrines.

Keywords: Shared Guard, Principle of the Best Interests of the Minor, Familiar Power.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. PODER FAMILIAR.....	11
2.1. Noção Histórica e Denominação	11
2.2. Conceito e Natureza Jurídica.....	14
2.4. Conteúdos do Poder Familiar.....	18
2.5. Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar	21
3. GUARDA	27
3.2. Cisão da Guarda	30
3.4. MODALIDADES DA GUARDA	36
3.4.1. Guarda Comum, Desmembrada e Delegada	37
3.4.2. Guarda Originária e Derivada	37
3.4.3. Guarda de Fato	38
3.4.4. Guarda Provisória e Definitiva. Guarda Única. Guarda Peculiar	38
3.4.5. Guarda por Terceiros, Instituições e Guarda Para Fins Previdenciários.....	39
3.4.6. Guarda Jurídica e Guarda Material.....	39
3.4.7. Guarda Alternada e Aninhamento.....	40
4. GUARDA COMPARTILHADA.....	42
4.1. Evolução da Guarda Compartilhada.....	42
4.2. Consequências Jurídicas da Guarda Compartilhada	46
5. CONCLUSÃO	53
6. REFERÊNCIAS:.....	55

1. INTRODUÇÃO

O estudo do presente trabalho tem o objetivo de investigar em caráter acadêmico científico o instituto da Guarda Compartilhada desde sua origem até os dias atuais.

Com a evolução da sociedade brasileira ocorreu o surgimento de diversas entidades familiares, as quais foram inseridas na Constituição Federativa Brasileira de 1988, em conformidade com o princípio da igualdade, com o objetivo de regulamentar o instituto do poder familiar.

O poder familiar, anteriormente chamado de pátrio poder, constituído e definido na Lei Maior, suscitou a criação do principal dispositivo de defesa do menor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e logo mais determinou a alteração do Código Civil de 2002, evoluindo assim conforme a nova realidade jurídica e social brasileira.

Neste contexto, o poder familiar passou a ser exercido por ambos os genitores de maneira igualitária, deixando de priorizar a figura do pai como chefe absoluto da família e abrindo espaço para mãe, que obteve os mesmos direitos e deveres do marido. Além do mais, com a inovação do referido instituto, os filhos passaram a serem priorizados e cuidados, de maneira que ambos os pais deveriam agir em benefício do melhor interesse do menor.

Em virtude disso, a guarda também foi alterada na legislação brasileira, pois está intimamente ligada ao poder familiar nascendo no seio do instituto, que é um direito e dever natural dos pais para com seus filhos.

A legislação provocou modificações na guarda para que todas as modalidades atendessem o princípio do melhor interesse do menor, sendo excluído qualquer tipo de situação que fosse prejudicial ao desenvolvimento físico e mental dos mesmos.

Na presença do novo panorama jurídico e social brasileiro, relativos às relações familiares, nasce uma nova modalidade de guarda, a guarda compartilhada, tema central do nosso trabalho.

Em um primeiro momento foi conhecido seus precedentes internacionais, no contexto de diversos sistemas estrangeiros e assim estabelecida sua possibilidade jurídica no sistema nacional e suas consequências, por meio do exame da lei atual, da doutrina e da jurisprudência.

Diante do fato que a figura feminina passou a ganhar espaço no mercado de trabalho e com o aumento de rupturas conjugais, a guarda exclusiva que priorizava a mãe acabou perdendo a preferência, visto que não atendia os princípios constitucionais da igualdade e do melhor interesse do menor, surgindo assim à necessidade de reequilibrar os papéis parentais, característica primordial da guarda compartilhada.

Em razão disso a legislação brasileira homologou a Lei 11.698/2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, implementando assim a guarda compartilhada.

Porém esse novo paradigma não foi vitorioso, em decorrência de uma enorme confusão equivocada e atribuída ao paralelo existente entre a guarda alternada, os juízes evitavam ao máximo sua aplicação uma vez que a alternância da guarda é totalmente prejudicial ao desenvolvimento do menor, mesmo com a posição do Supremo Tribunal Federal que garantia a guarda compartilhada como a modalidade mais benéfica.

Porém com o surgimento da lei 13.058/14, chamada de Lei de Igualdade Parental, a guarda compartilhada virou regra até mesmo nos casos litigiosos, alterando assim os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil.

Perante essas alterações contidas na legislação brasileira, a guarda compartilhada passou a ser a modalidade mais benéfica, pois garante a igualdade entre pais e principalmente o direito que o menor possui de conviver com ambos, fato que diminui os efeitos gerados pela ruptura da sociedade conjugal.

2. PODER FAMILIAR

2.1. Noção Histórica e Denominação

De acordo com legislação civil de 1916, o poder familiar era chamado de pátrio poder. Isso porque, os filhos encontravam-se sobre o poder do chefe de família, o pai, que possuía domínio sobre a pessoa e os bens de seus filhos, chegando a dispor até da própria vida do infante, podendo usa-lá para pagamento de dívidas (*ius noxae dandi*) ou cede-lá a terceiro por *mancipium*, além de comandar sua família. Portanto, dispunha o artigo 233 que “o marido é o chefe da sociedade conjugal” (COMEL, 2003, p. 26). Conferindo-lhe o cargo de líder do casal. Como afirma, Pereira (1997,p.31):

O pater, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (ius vitae ac necis), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida.

Na realidade, apura-se que no Código Civil de 1916, existem resíduos da antiga legislação romana, onde o poder do chefe da família era inquestionável e soberano. Neste tempo, os filhos não possuíam bens próprios, pois eram considerados *alieni júris*, isto é, não possuíam capacidade de direito, somente o pai, era tido como *sui iuris*, isto é, possuía plena capacidade de realizar atos jurídicos. Vale lembrar que o mencionado instituto foi introduzido no nosso país por intermédio da Lei de 20 de outubro de 1823 devido às Ordenações do Reino que portavam consigo modelos da legislação romana. Como ressalta Pereira (1910, p.234):

Entre nós prevalece ainda acerca deste grave assunto na antiga legislação portuguesa que não é senão a reprodução do Direito Romano, no estado em que o deixará o imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costumes lhe foram fazendo.

Sucedo que, com o decorrer do tempo, ocorreram modificações na sociedade, aparecendo novos conceitos de família, que ocasionaram uma evolução no poder familiar para acolher a necessidade das novas famílias brasileiras.

O primeiro progresso do instituto aparece com o Estatuto da Mulher Casada, que modificou o artigo 380 do Código Civil de 1916, conferindo à mulher uma atribuição de colaboradora no exercício do pátrio poder.

Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único: divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Outrossim, a mulher que desposasse outra vez teria os direitos do pátrio poder conservados, em relação aos filhos do casamento anterior, com fundamento no artigo 393 do Código Civil de 1916, pois previamente ao Estatuto da Mulher Casada, a viúva não poderia contrair núpcias novamente, para que fossem preservados os direitos do pátrio poder em relação aos descendentes do casamento antecedente. Como esclarece o referido artigo; “A mãe que contraí novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido”.

O segundo progresso do instituto ocorre com o surgimento da Lei do Divórcio, que por meio da aceitação do desquite supriu as lacunas em que Código Civil de 1916 era defeituoso, bem como a guarda dos filhos e o provimento alimentar.

Entretanto o maior progresso ocorreu com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, por intermédio do artigo 5º, inciso I, que diz, “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. E do artigo 226, § 5º, que ressalta, “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Consagrando assim o Princípio da Igualdade na Sociedade Conjugal. Nessa situação as relações entre os conjugues se diversificam, trazendo novos efeitos, desfavorecendo a sociedade consagrada pelo patriarcalismo e machismo, pois a mulher deixa de ser submissa ao marido, podendo trabalhar para conseguir sua própria renda e independência, sendo vista como um ser pensante e inteligente, ao invés de ser apenas esposa, mãe e filha.

Esse novo paradigma social não é mais disciplinado pela propensão do pai ou pelas composições financeiras das famílias. Pois, o casamento passa a ter um

aspecto mais sentimental, graças à inovação do poder de escolha da mulher em relação ao seu parceiro. Diante disso a brilhante autora, Diniz (2008, p.19) comenta que:

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.

Além disso, a Constituição Federal Brasileira de 1988, também consagrou o Princípio Da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos, equiparando os direitos dos filhos adotivos, ilegítimos e legítimos, sem que houvesse qualquer ato discriminatório conforme o que foi estabelecido no artigo 227, § 6º, do referido instituto. “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Hoje todos são somente filhos, uns concebidos na constância do casamento e outros fora, uns biológicos e outros adotados, porém com direitos e qualificações iguais.

Mais uma vez a autora Diniz (2004) ensina-nos que “a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só de poderá falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido”.

E para fortalecer a igualdade na família nasce o Estatuto da Criança e do Adolescente possuindo a finalidade de proteger os menores de 18 anos, possibilitando aos mesmos um desenvolvimento físico, moral, social e mental referentes com os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, preparando os para a vida adulta em meio à sociedade.

O ECA determinada o direito à vida, à saúde, à dignidade, à cultura, ao lazer, à educação, à profissionalização, à alimentação, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária para meninos e meninas, e também abrange questões de políticas de atendimento, medidas protetivas e socioeducativas, entre

outras providências. A partir da criação do referido estatuto as crianças e os adolescentes passaram a ser sujeitos reconhecidos com direitos e deveres, valorizados como prioridades absolutas do Estado.

Diante deste quadro evolutivo na legislação brasileira, o Código Civil foi revogado em 2002 para adicionar as mudanças jurídicas e sociais que aconteciam na sociedade. No tocante, o Direito da Família elabora uma nova denominação ao pátrio poder, passando a ser poder familiar, para que houvesse uma correlação com a Constituição Federal que preconiza direitos iguais entre homens e mulheres dentro de todas as esferas, inclusive da sociedade conjugal, conseqüentemente ocorrendo assim um abandono da antiga legislação que elogia a figura paterna como chefe soberano da família. Assim os filhos estão sujeitos ao poder familiar deferido a ambos os pais, enquanto menores.

Por fim, Rizzardo (2006) conclui que mesmo com toda essa evolução na formação de novas gerações, não se desvincula o poder dos pais para a condução dos filhos.

2.2. Conceito e Natureza Jurídica

A legislação brasileira não apresenta uma definição específica sobre o instituto do poder familiar, pois o direito positivo apenas regulamenta, ficando a critério da doutrina sua definição e suplementação das lacunas da legislação.

De acordo com a doutrina nacional, algumas produzidas ainda sobre a óptica do Código de 1916, se referindo ainda sobre o pátrio poder, de modo geral “optava por definições relativamente lineares” (COMEL, 2003). Porém existem definições peculiares e diferentes, como será comentado adiante.

Segundo Pereira, “O pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias” (1910).

Usando a mesma lógica, Bevilaqua, afirma: “O pátrio poder é o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos” (1960).

E por fim, pátrio poder é definido nas palavras do autor Santos Neto (1994, p.55);

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 patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar

Diante dessas três definições, observa-se perfeitamente que a figura do pai prevalece em relação aos outros membros da família, deixando evidente mais uma vez a influência do direito romano, patriarcal, na doutrina brasileira.

Em decorrência da evolução do instituto a doutrina se atualiza, surgindo assim, principalmente após a Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, diversos conceitos sobre o poder familiar, anteriormente chamado de pátrio poder. Rodrigues (2003) conceitua o poder familiar como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.”

Seguindo uma linha de raciocínio parecida, Pereira (2014) define o instituto como um “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226, § 5º da Constituição”

Os referidos autores destacam o duplo aspecto do direito e do dever, incluindo a circunstância de ser voltado ao interesse do menor e da família.

Entendendo os diferentes conceitos citados anteriormente, observa-se uma evolução histórica em relação ao poder familiar, que era devidamente voltado para figura do pai, chefe de família e que atualmente passou a ter uma visão “filhocentrista”, ou seja, mais voltada para o filho, que passar a ser uma figura de direitos próprios, quais são: desenvolvimento, a filiação, ao respeito, a diferença, a ser ouvido, à intimidade e principalmente à vida. Pois, a natureza jurídica da família, se baseia no direito natural onde para a sobrevivência e bem estar dos filhos, os

pais devem garantir-lhes a segurança, educação, saúde e o sustento, sendo os responsáveis pela vida do menor.

Interpretação esta, não formulada antigamente no século II, pelos romanos, pois acreditavam que como criadores da vida de sua prole, possuíam total controle dos seus filhos, inclusive o direito de matá-los. Nos dias de hoje, esse entendimento foi destruído, visto que no âmbito mundial a criança e o adolescente são vistos como indivíduos em fase de formação que necessitam de cuidados e devem ter seus direitos preservados. Com base nesses direitos, a legislação mundial se adaptou para garantir que sejam cumpridos.

A ONU, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e a Convenção Europeia, conservam a proteção dos direitos da criança e do adolescente. Como afirma a Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento."

Acompanhando a atualização dos moldes internacionais, a Constituição Federativa Brasileira também defende os direitos da criança e do adolescente, tendo como base o artigo 227, caput, o qual estabelece o que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, os direitos inerentes à pessoa humana, os quais ali vão elencados, como também aqueles que lhes são reconhecidos levando em consideração o desenvolvimento.

Art. 277. 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.

Perante essas exposições jurídicas, nasce à figura da paternidade consciente e protetora, como bem define Silva, para ele, "a paternidade deve ser consciente, não animalesca, como outrora" (2002).

Tendo em vista que os pais devem cumprir seus deveres para com seus filhos e usar da autoridade de uma forma madura, visando à proteção do mesmo.

Em face do exposto Gomes esclarece, “os poderes outorgados aos pais têm como medida o cumprimento dos deveres de proteção do filho menor” (1987). Portanto, entende-se que a natureza jurídica do poder familiar é uma função, como ressalta Comel o poder familiar é uma função não só familiar como também uma função social, uma vez que tal função tem por finalidade proteger o filho bem como promover seu desenvolvimento e sua capacitação. (2003).

2.3. Características do Poder Familiar

O poder familiar possui características, quais são: irrenunciabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e de incompatibilidade com a tutela. Irrenunciável, pois os pais não podem transferir este, não se admitindo desistência de assumir as responsabilidades conferidas a eles, salvo em casos de adoção. Conforme destaca Pérez (1982), “O poder familiar é irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular”.

Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, “o pátrio poder é irrenunciável ou indelegável, por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores (...) Em outras palavras, por se tratar de ônus, o pátrio poder não pode ser objeto de renúncia”. (Resp. 158920 – SP – 4º T – J. 23.03.1999 – DJU 24.05.1999 – RT. 768/188).

Por fim, para complementação, esclarece Venosa (2008), “no caso da adoção, os pais renunciam o poder familiar, e nos casos em que os pais praticam atos incompatíveis com o instituto, eles também indiretamente renunciam ao poder familiar”

É Indisponível, ou seja, não pode ser transferido pelos pais a terceiros, nem gratuitamente ou onerosamente, salvo por delegação, única opção permitida em nosso ordenamento jurídico, que consiste na necessidade dos pais ou dos responsáveis de prevenir a situação irregular do menor.

É Imprescritível, pelo fato de não se extinguir com o desuso, mesmo que o titular não exerça o papel outorgado pelo poder familiar, ele não perde o seu direito de exercê-lo a qualquer tempo.

E é Incompatível com a tutela, pois não pode ocorrer nomeação de tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

2.4. Conteúdos do Poder Familiar

O poder familiar engloba um conjunto de normas relativas aos direitos e deveres dos pais no que concerne à pessoa e aos bens dos filhos menores.

I- Dirigir-lhes a criação e educação

Compete aos genitores dirigirem a criação e a educação dos filhos, sendo, inclusive, tal dever expressamente categórico na redação do artigo 229 da Constituição Federal e no inciso I do artigo 1.634 do Código Civil. Diante do exposto, os pais deverão fornecer os meios materiais para o sustento de seus filhos, em harmonia com os recursos disponíveis pela família, orientando-os para a vida e futuro em meio à sociedade, protegendo todos os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana. Nesta senda, como comenta Diniz (2010), “cabe-lhes ainda dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa.”

Da mesma maneira os genitores devem se encarregar de preparar os filhos fisicamente, psicologicamente, espiritualmente, moralmente, socialmente e intelectualmente, sendo orientados pelo bom senso e pelos laços afetivos que envolvem o seio familiar, usando métodos moderados de castigos devendo serem feitos com intuito de corrigi-los e educá-los, sempre em busca do bem estar da família.

II- Tê-los em sua companhia e guarda

Compete, igualmente aos genitores ter a prole sob sua companhia e guarda, existindo um poder-dever entre os titulares do poder familiar. De acordo com o exposto comenta Diniz (2010): “Dever porque aos pais, a quem cabe criar,

incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si.”

Se os pais conferirem a guarda de seus filhos a pessoas que pretendem prejudica-los, fisicamente ou psicologicamente, os genitores praticarão conduta delituosa. Por fim, novamente a autora Diniz (2010, p. 571) esclarece:

Além do mais, como os pais têm o direito de ter a prole em sua companhia, com eles vivendo, fixando o domicílio dos filhos menores. Se os pais estiverem separados de fato, os direitos de ter os filhos em sua companhia e guarda cabem tanto ao pai como à mãe. Se os filhos menores confiados a guarda da mãe, não há ofensa ao poder familiar, porque o direito de guarda é da natureza, e não da essência, do poder familiar, podendo ser confiado a outrem.

III-Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar

No caso de negativa dos genitores ao casamento, o magistrado após uma explanação completa, poderá fornecer o consentimento, bem como esclarece o art. 1.519 do Código Civil. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz. De outro modo, se comprovado um motivo justo e real para a negativa dos genitores, o juiz não suprirá o consentimento.

IV- Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar

Visto que, a melhor pessoa para indicar um tutor em que confie a tutela dos seus filhos menores, seria o próprio genitor. Diniz (2010, p. 571);

Trata-se da tutela testamentária cabível, ante o fato de que a um consorte não é lícito privar o outro do poder familiar, apenas quando o outro cônjuge já tiver falecido ou for incapaz de exercer o poder paternal ou maternal, sob pena de nulidade.

V- Representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Tal fato se dá, pois, os menores de 16 anos são tidos como absolutamente incapazes no nosso ordenamento jurídico para os atos da vida civil, portanto não possuem discernimento para exprimir, legalmente, sua vontade.

VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha

Por intermédio da ação de busca e apreensão, o magistrado averiguará as informações presentes no processo, observando a existência de elementos que indiquem a ilegalidade da detenção do menor feita pela parte ex adversa, sendo uma medida radical que só deve ser aplicada diante de uma situação de risco a que o menor se encontrar submetido. Entretanto Monteiro (2007) ensina-nos que não poderá exercer o direito de reclamar o filho o pai ou a mãe que se descuida inteiramente dele ou que mantém em local prejudicial a sua saúde.

VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

Os pais devem e tem o direito de serem respeitados e obedecidos pelos seus filhos e os mesmos devem ajudar com serviços harmonicamente com sua condição, com a manutenção do núcleo familiar, o que servirá como preparo para a própria da vida adulta. Com finalidade de proteger o menor, a lei proíbe que trabalhe fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos [...] e à noite até os 18 anos.

VIII- Administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados

Trata-se de desempenho de atos adequados que visem à conservação e o desenvolvimento desse acervo patrimonial sendo permitido aos pais à celebração de contratos, como, por exemplo, o de locação de imóveis, efetivar o adimplemento de imposto, providenciar a defesa judicial, perceber juros ou quaisquer rendimentos, obter bens e promover sua alienação, se móveis. Porém os genitores não deveram dispor sobre os bens imóveis pertencentes à prole, como também obter obrigações que extrapolem os limites da administração, eis que tais atos provoquem em minoração do patrimônio, exceto quando necessário, em proveito dos filhos e mediante de autorização judicial. Como estabelece o Código Civil:

Art. 1961. 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.”

IX- Usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder

Segundo Diniz (2010), o usufruto é inerente ao exercício do poder familiar, cessando com a inibição do poder paternal ou maternal, maioridade, emancipação ou morte do filho.

Visto que, constitui-se um direito irrenunciável dos pais, onde os mesmos não precisam prestar contas, podendo, inclusive, consumir as rendas provenientes, pois o arcabouço normativo autoriza-os a fazê-lo.

Mais uma vez a autora Diniz (2010) comenta que: O direito do usufruto, em regra, está associado ao de administração, pois o genitor que detém o poder familiar percebe os frutos do patrimônio administrado, embora seja possível existir um sem o outro.

Entretanto existem bens excluídos do usufruto e da administração dos genitores, devendo ser dirigidos por um curador especial nomeado pelo juiz. Que são elencados no seguinte artigo.

Art. 1693. 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.

2.5. Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar

Sendo o poder familiar um munus público, o Estado tem o dever de regular e fiscalizar a relação paterno filial. Ademais, sempre que for comprovado feito ou situação que não esteja adequada com as responsabilidades dos genitores, poderá acontecer a possibilidade de suspensão, destituição e extinção do poder familiar.

Por mais que essas medidas importem punições aos genitores, o principal o objetivo que elas possuem é de proteger o menor.

A suspensão é o um impedimento temporário, que se dá através de decisão judicial e perdura enquanto necessária. Encerrada a causa que a motivou, volta o pai, ou a mãe, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua suspensão deixa ileso o direito como tal, excluindo apenas o exercício.

A suspensão do poder familiar está elencada no artigo 1.637 do Código Civi que determina que um ou ambos os genitores, fiquem suspensos do exercício do poder familiar, por ato judicial, se ocorrer abuso de poder, carecer aos seus deveres ou arruíno dos bens do filho. A possibilidade de suspensão do poder familiar, se pai ou mãe fosse condenado por sentença irrecorrível, foi revogada por intermédio da Lei 12.962/14.

Art. 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente ou por Ministério Público adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo Único: suspendesse igualmente o poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A finalidade da suspensão é proteger os interesses do filho e sancionar os pais por infração ao dever de exercer o poder familiar de acordo as normas legais. O artigo 24 do ECA aludi de maneira específica as modalidades de descumprimento dos deveres e obrigações dos pais para com os filhos.

Entre as causas de suspensão encontra-se o abuso de autoridade, que está prescrito no caput do artigo 1.637 do CC, cometido pelo detentor do poder familiar e mediante a prática de ação comissa ou omissiva sobre o filho.

A segunda hipótese de suspensão estava elencada no parágrafo único, do artigo 1.637, do CC, que se trata à suspensão do poder familiar em virtude de sentença criminal condenatória transitada em julgado, com pena privativa de liberdade superior a dois anos. Porém, como já foi observado tal dispositivo foi revogado pela lei 12.962/14, que garante a convivência dos filhos com os pais que possuem pena privativa de liberdade, através da alteração dos artigos 19 §4º, 23 § 1º e § 2º, 158 § 1º e § 2º, 159, parágrafo único, 161, § 5º, todos do ECA.

Hipótese essa que não cumpre com o objetivo da suspensão, que é de fato acolher os interesses do menor, pois não é só privado ao genitor, como também o filho, sendo o parágrafo único do art.1637 do CC, contraditório em relação ao direito do mesmo.

Nesse sentido é o entendimento dos Tribunais: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA MENOR VISITAR PAI RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL - DIREITO DE VISITA COMO FORMA DE GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 41, X, DA LEI Nº 7.210/84 - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE CARACTERIZAR O ALEGADO RISCO À SEGURANÇA E À INTEGRIDADE FÍSICA DOS MENORES - MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1 - O direito de visitas previsto no art. 41, X, da Lei nº 7.210/84 configura importante instrumento para garantir a convivência familiar e o processo de ressocialização do reeducando, somente podendo ser restringido em hipóteses excepcionais, devidamente fundamentadas em fatos capazes de indicar a inconveniência do exercício da faculdade legal e que evidenciem riscos à integridade física e moral do visitante. 2 - Para deferimento da autorização judicial para os filhos menores visitar o pai recolhido em estabelecimento prisional deve-se levar em conta o princípio constitucional do melhor interesse da criança, que decorre do princípio da dignidade humana, centro do nosso ordenamento jurídico atual. 3 - Não evidenciado, em concreto, motivo suficiente a caracterizar risco à segurança e à integridade física dos menores, a autorização para os filhos visitarem seu genitor no estabelecimento prisional deve ser concedida, em razão da proteção constitucional da entidade familiar através do afeto e da garantia de convivência, ainda que no ambiente carcerário. (TJMG. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 10521130036549001. Relator (a): Sandra Fonseca, julgado em 17/09/2013)

Entretanto, se for para o melhor interesse do menor, mesmo com a inovação da lei 12.962/14, os pais reclusos podem perder o poder familiar.

Neste modo observa-se a ementa de decisão proferida em sede de apelação Nº 5000920-76.2011.827.0000, da Comarca de Araguaína/TO, em ação de destituição do poder familiar, onde a mãe encontra-se em local desconhecido e o pai, apesar de exposta vontade de ficar com o filho, cumpre pena em regime semiaberto pelo crime de homicídio qualificado, não dispondo de nenhum familiar que possa adquirir a guarda do menor, de acordo com o exposto abaixo:

Neste sentido o Tribunal tomou sua decisão levando em consideração os interesses dos menores que devem ser protegidos acima de todos os demais, em respeito à doutrina da proteção integral. Houve a destituição do poder familiar, pois a mãe não foi encontrada para responder a ação, apesar de devidamente citada via edital e o pai encontrar-se recluso em regime fechado, mesmo que tenha o genitor manifesto desejo de ficar com o filho, não pode fazê-lo e nem tem com quem deixar a guarda da criança. Por outra vertente, também deve ser levado em consideração o direito dos

pais em manter a guarda do filho, mesmo que privados de sua liberdade, desde que tenham alguém para delegar a guarda do menor. Neste sentido, reza a jurisprudência: EMENTA: ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. Impõe-se a destituição do poder familiar quando o genitor, cuja prisão possui término previsto em 2007, deixa de tomar providências para manter os filhos protegidos e acompanhados no período de cumprimento da pena, revelando total descaso com a prole. Injusto pretender que as crianças, cuja guarda se encontra com casal que pretende a adoção, vivam na mera expectativa de um dia vir a estar na companhia do pai, deixando de criar vínculos familiares em etapa importante na formação da personalidade. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008106213, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 2004) (NLPM)

Portanto, no caso julgado o pai foi privado do direito de dispor da guarda do filho não por está preso, mas sim porque não possuía nenhum parente que pudesse deter a guarda do menor, ferindo assim o direito da criança de ser cuidada e de ter uma família. Entretanto, vale de destacar que a suspensão não possui caráter definitivo, não atingindo assim a titularidade paterna e materna, apenas abrange o exercício do poder familiar temporariamente.

A destituição do poder familiar é uma punição mais grave que a suspensão, pois é uma sanção permanente e possui caráter urgente, que abrange a guarda de todos os filhos, em razão da gravidade da causa. Sendo imposta aos pais que faltarem com seus deveres em relação a sua prole. Porém não é definitiva, os pais através de procedimento judicial poderão recuperar a guarda, desde que cessada a causa que ensejou a perda.

As hipóteses de destituição estão elencadas no art. 1.638 do CC, onde será destitido do poder familiar, por ato judicial, pai ou mãe que:

I- Castigar imoderadamente o filho;

Segundo esse inciso era permitido apenas o castigo moderado, porém foi revogado por intermédio da lei 13.010/14, mais conhecida como a Lei da Palmada ou Lei do menino Bernardo, cuja finalidade é de descartar qualquer tipo de violência gerada contra a criança e adolescente, garantindo-os o direito de uma educação sem o uso de castigo físico ou psicológico.

Ou seja, haverá destituição do poder familiar aos pais que utilizarem da força física, caracterizando castigo físico e de condutas que humilhem, ameacem e ridicularizem, caracterizando tratamento cruel e degradante.

I- Deixar o filho em abandono;

Fato que evidencia o relaxamento dos pais com sua prole, situação que coloca em perigo a própria vida dos filhos, privando-o da convivência familiar postura que fere o art. 227 da Constituição Federal. Nesse sentido, Comel (2003) conceitua o abandono;

Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. É o pai que tem desleixo para com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência, e mantendo o filho em estado de indigência.

Dessa maneira, a destituição do poder familiar será caracterizada quando os pais deixarem a mercê seus filhos, faltando com seus deveres de proteção, amparo, cuidado e criação.

II- Praticar atos contrários á moral e os bons costumes;

Situações que deixem o menor em perigo de dano moral e que não geram benefícios ao mesmo, exemplos: habitação em ambiente promíscuo inapropriado onde exista consumo de drogas e bebidas alcoólicas, prática de atos ilícitos, atos que sejam contrários a moral e os bons costumes e trabalho de menor em locais perigosos, insalubres ou prejudiciais à sua moralidade. Pois prejudicam diretamente a fase de formação, visto que os pais são os maiores exemplos que os filhos possuem. Conforme enfatiza Gonçalves (2011);

O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem à prostituição.

Dessa forma, a destituição é aplicada com o intuito de proteger o desenvolvimento moral no menor.

III- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Quais são abuso de autoridade, falta dos deveres paternos e maternos e dilapidação dos bens da prole.

A extinção do poder familiar é a medida mais simples, pois é decorrente de fatos naturais, que independem na vontade dos pais.

Na ocasião de extinção do poder familiar, acontece uma interrupção definitiva do instituto. Podendo suceder de maneira absoluta, quando acontece a morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade e adoção da prole e relativa nos casos referentes à decisão judicial que diz respeito à perda do poder familiar. Elencados no art. 1635 do CC. Extingue-se o poder familiar:

I- Morte dos pais ou do filho

Devendo acontecer o falecimento de ambos os genitores, pois no caso da morte de apenas um, o outro continuará com o exercício do poder familiar. E com a morte do filho extingue-se a relação jurídica.

II- Pela emancipação do filho, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III- Pela maioridade;

Aquisição da capacidade civil, onde cessa a dependência dos pais, uma vez que completados os 18 anos, encerra a necessidade de proteção.

IV- Pela adoção;

Nesse caso o parentesco entre pais biológicos e o menor é totalmente extinto, pois o poder familiar é passado para o adotante, através de sentença judicial.

V- Por decisão judicial, na forma do art. 1638 do CC

Devendo ser anotada junto ao registro de nascimento da criança e do adolescente.

3. GUARDA

3.1. Conceito e Evolução

O vocábulo guarda possui origem etimológica no latim *guardare* e no germânico *wardem*, cujos significados estão traduzidos nas palavras proteger, conservar, olhar e vigiar. De acordo com De Plácido e Silva (1990) a guarda dos filhos,

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

Porém a guarda é um instituto muito difícil de ser conceituado, pois existem diversos elementos que são importantes para os autores, gerando assim diferentes tipos de conceitos sobre o instituto. Conforme afirma Grisard Filho (2002);

A guarda não se definiria por si mesma, senão através dos elementos que a assegurariam, reconhecendo ser tarefa difícil conceituar tal instituto dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja.

Diante do exposto segue o Santos Neto conceitua guarda com “o direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta o dever de vigilância em ampla assistência em relação a este” (1994). E Strenger, conceitua assim: “A guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar” (2002).

Perante as afirmações, entende-se que a guarda não pode ser definida por si só, mas sim pelos aspectos que a garantem, visto que nasce em conjunto com o poder familiar, possuindo origem no mesmo direito-dever natural entre relações de paterno-filial. Portanto, compreende-se que o poder da guarda é relacionado com os direitos e deveres concedidos aos genitores ou a terceiro que se encontre na incumbência de prestar assistência material e moral ao menor, visando a garantia do seu desenvolvimento, assegurando sua educação e formação moral, como também um ambiente de harmonia onde possa ser formada uma família.

Em função do melhor interesse do menor a guarda acabou sofrendo várias modificações na legislação brasileira. A primeira regulamentação se deu através do artigo 90 do Decreto nº 181, de 1.890, que determinava:

A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e ficará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre (1890).

Que no momento, recebeu a denominação de divórcio na sua acepção canônica, pois era motivado por crueldade, injúria grave ou pelo abandono do lar por mais de dois anos consecutivos.

Já no Código Civil de 1916, a entidade foi regulada a partir do capítulo que regimentava a dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, fazendo uma diferenciação entre a dissolução amigável e litigiosa. O artigo 325, trazia uma análise sobre a dissolução amigável, onde os pais entrariam em um acordo sobre a guarda de seus filhos, já o artigo 326 tratava-se da dissolução litigiosa, onde seria levada em consideração a culpa de um ou de ambos os conjuges em relação a ruptura da sociedade conjugal e também a idade e o sexo do menor. Sendo assim estabelecido pelo mesmo artigo;

- a) Existindo cônjuge inocente, com ele permaneceriam os filhos menores;
- b) Se ambos foram causadores da ruptura conjugal, as filhas e os filhos até os seis anos de idade permaneceriam com a mãe;
- c) Os filhos maiores de seis anos de idade seriam entregues ao pai;
- d) Existindo motivos graves, o magistrado poderia decidir de forma diferente o exercício da guarda, em prol do interesse do menor.

Subsequentemente, o artigo 16 do Decreto-lei n.º 3.200, de 1941, disciplinou a guarda do filho natural, onde estabelecia que ficaria com o genitor reconhecente, porém se os dois fossem, o pai seria o detentor da guarda, salvo por decisão judicial, visando o melhor interesse do menor.

Logo após, em 1946, surgiu o Decreto-lei n.º 9.704, que analisava o desquite legal, onde assegurava os pais o direito de visitar seus filhos, se eles não fossem detentores da guarda, mas a pessoa idônea da família do cônjuge inocente.

A Lei 4.121/1.962, denominada Estatuto da Mulher Casada, fez algumas modificações nas regras que disciplinavam a separação litigiosa, tais como:

- a) Havendo cônjuge inocente, a este seria confiada à guarda;
- b) Sendo ambos os cônjuges culpados, via de regra, os filhos permaneceriam sob a guarda materna, salvo entendimento contrário do juiz, tendo em vista a prevalência do interesse da prole;
- c) Não devendo os filhos menores permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, o juiz poderia conferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos genitores, assegurando o direito de visitas (AKEL, 2008, p. 77).

Em 1970, o artigo 16 do Decreto-Lei 3.200/1.941 já citado, foi alterado em função da lei 5.582/1.970, onde estabelecia que o filho natural, reconhecido por ambos os pais, ficaria sob guarda da mãe, salvo em situações que fossem prejudiciais ao menor. E também indicou que os filhos menores poderiam ficar sob guarda de pessoas idôneas, sendo preferível que estas fossem familiares de um dos genitores, podendo o magistrado modificar sua decisão em favor do menor.

Esse quadro legislativo perdurou até 26 de dezembro de 1.977, com a chegada da Lei 6.515/77, mais conhecida como a Lei do divórcio, que relugamentava a dissolução da sociedade conjugal e a alterava a situação da guarda. Em relação a separação judicial consensual, nada mudou, os genitores continuaram a acordar sobre a guarda, entretanto na separação litigiosa o futuro dos menores estariam relacionados com as peculiaridades de cada tipo de separação: no divórcio-sanção; nessa caso o motivo da separação se dava por conduta desonrosa de um dos consortes, sendo o detentor da guarda o que não gerou a dissolução; no divórcio-remédio, ocorre quando um dos cônjuge possui doença mental, ficando impossibilitado de cumprir com seus deveres matrimoniais, sendo inviável a vida conjunta, o divórcio é tido como remédio para liberar o outro cônjuge do vínculo gerado pelo casamento, do qual não deveria ficar prisioneiro, nesse caso os filhos ficariam com o genitor saudável que tivesse condições de assumir as responsabilidades da guarda; e por fim, sendo o casal responsável conjuntamente pela separação consensual, a mãe seria a detentora da guarda dos filhos, entretanto o magistrado poderia concedê-la a uma pessoa de caráter idôneo da família de um dos genitores, protegendo o melhor interesse dos filhos.

Contudo, o artigo 227, da Constituição Federativa de 1988, foi quem ressaltou a verdadeira importância da guarda, assegurando a criança como dever, primeiramente da família, depois da sociedade e do Estado, estabelecendo o direito do menor a convivência familiar e comunitária.

A mesma influenciou abertamente a promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente, regulado pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, priorizando o direito do menor de ter consigo a família biológica, sendo ordenado família substituta em casos fortuitos. Estabelecendo a guarda única e obrigando à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, proporcionando autoridade ao detentor da guarda de se opor aos genitores e terceiros.

Sendo assim, o Código Civil de 2002, não mais se utiliza da culpa e outros elementos para definir a guarda e sim, busca o melhor interesse dos filhos, conforme afirma em seu Capítulo XI, “Da proteção da pessoa dos filhos”.

3.2. Cisão da Guarda

No decurso da vida conjugal os pais desfrutam dos mesmos direitos, possuindo uma vida harmônica com seus filhos. Porém quando ocorre a ruptura da convivência conjugal, a guarda comum sofre uma cisão (latim *scissio, onis*, racha, fenda, lasca, divisão), onde um dos pais fica encarregado de ser o detentor da guarda, possui o privilégio de ter um vínculo e convivência maior com os filhos, já ao outro genitor é assegurada as relações parteno-filiais, mediante ao dever de visitas e fiscalização, para limitar a guarda do outro e ao dever de alimentos.

A cisão da guarda, em conformidade com a nova redação dos artigos 1.583, 1584, 1.585 e 1.634 do CC devido à Lei 13.058/14, o genitor detentor da guarda e o genitor não detentor, exercem de forma conjunta as seguintes funções: dever de criar e educar, de exercer a guarda dos filhos e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade e condições, outros deveres foram determinados de forma conjunta aos pais e que condizem com o exercício do poder familiar (CC 1.634 III, IV, V, VII): conceder-lhes ou negar-lhes consentimento

para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajar ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, 39 nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Sendo ambos os genitores responsáveis civilmente pelos atos danos que o menor venha a praticar, isso porque a responsabilidade parental é gerada pelo poder familiar que os pais exercem em conjunto. Conforme afirma GRISARD, “desborda da pessoa causadora do dano e alcança outra pessoa, à qual o agente ativo esteja ligado por uma relação jurídica; no caso, a guarda.” (2009, p.109)

O direito brasileiro trata de forma diversa cada hipótese de cisão, conforme veremos adiante. A guarda na vigência da sociedade conjugal dar-se através de falta ou impedimento de um dos genitores, onde o outro passa a ser o único detentor da guarda. Discordando os pais sobre a guarda, qualquer um deles poderá recorrer ao magistrado, com finalidade que a divergência seja resolvida, com base no artigo 1.631 do CC. Entretanto, sendo ambos os pais impossibilitados do exercício, existindo grave prejuízo ao menor, o juiz determinará que terceiro, sendo preferível familiares, seja o detentor da guarda. Com isso, os genitores excluídos do seu direito de ter sua prole, sob sua guarda e companhia.

A guarda na separação de fato caracteriza-se a separação de fato quando marido e mulher ou companheiros, demonstram o desejo de não conviverem mais juntos, finalizando o relacionamento sem a intervenção do Judiciário.

Nessa situação a Lei é omissa em relação destino da guarda dos filhos, pois o casal está separado apenas de fato, quando não ocorre a separação judicial, o vínculo entre pais e filhos continua o mesmo de quando os pais possuíam vida conjugal, conservando-se assim os mesmos direitos e deveres existentes no instituto do poder familiar. Conforme o julgado que ainda prevalece de Bittencourt (1984, p.41):

Estabelecendo a lei que ambos os pais cabe igualmente o direito de ter o filho sob sua guarda e zelar pelo seu bem-estar, cumpre, em fase da separação de fato existente entre os cônjuges, declarar com qual deles deve o menor ficar.

Como os pais possuem direitos iguais, nesse caso mantém-se o *statu quo*, permanecendo os filhos com quem se encontram, até o processo de divórcio. Porém o juiz poderá alterar o *statu quo*, na cautelar de busca e apreensão, em favor dos filhos e se o autor evidenciar a existência de motivos graves.

A guarda no divórcio consensual, o juiz decidirá a guarda com base no acordo dos pais, porém decidirá de forma diversa, se verificar que o acordo não atende o interesse do menor, conforme o artigo 1.583, § 1º do CC.

A princípio essa norma jurídica se materializa, visto que os pais são as pessoas mais indicadas para saber com quem deve ficar a guarda dos filhos, entretanto deve ser levado em conta o momento de delicadeza e fragilidade em que os mesmos encontram-se por isso o juiz deve incentivar a medida de tornar a guarda compartilhada, apresentando suas vantagens. Nessa situação de separação e divórcio, é obrigatório que os pais relatem em petição inicial o acordo estabelecido entre eles, disciplinando sobre os alimentos, a guarda e o direito de visitas.

Antes da Lei 13.058/14, em caso de separações litigiosas, o juiz em regra deveria determinar a guarda unilateral, para o genitor que fosse mais capacitado em atender as necessidades dos filhos e que ocasionalmente seria determinada a guarda compartilhada, fato que acontecia raríssimas vezes, chegando a um índice em 2013 de 6,8% dos casos no Brasil, conforme dados expostos na REVISTA CRESCER em 13 de março de 2015.

Porém com a homologação da Lei 13.058/14, a guarda compartilhada deixou de ser atribuída em casos excepcionais e passou a ser regra em nosso ordenamento jurídico, segunda a nova legislação não mais deve ser relacionada a culpa dos pais, a posse e nem prevalência materna com o procedimento de escolha da guarda, pois existe um compartilhamento da mesma.

Na separação e no divórcio litigiosos, em que a pretensão dos pais não atende aos interesses dos filhos, o juiz deverá instituir a guarda compartilhada, conforme determinação do artigo 1.584, § 2º do CC.

Conforme o artigo 226, parágrafo 3º da CF, o estado reconheceu a união estável como um novo modelo de entidade familiar equiparada ao casamento.

Devendo ser regulamentada por analogia com base nos artigos 1.583 a 1.590 do CC.

Na invalidade do casamento a guarda é atribuída mesmo que os cônjuges usem da má-fé para se casarem, os efeitos civis da união serão aproveitados em relações aos seus filhos, ou seja, a guarda será regulamentada conforme os fundamentos estabelecidos para os filhos de um casamento válido que resultou em separação judicial litigiosa dos seus pais. Nesses casos, por expressa deliberação do artigo 1.587 do CC, a guarda será determinada com base nos artigos 1.584 e 1.586 do mesmo dispositivo.

O regulamento da guarda de filhos extramatrimoniais está disposto nos artigos 1.611, 1.612 e 1.633 do CC e nos artigos 15 e 16 do Decreto-Lei 3.200/1.941. E pode ocorrer sobre duas possibilidades, a primeira quando apenas um dos genitores assume os filhos, nesse caso é óbvio que a lei deverá deferir a guarda ao genitor reconhecente, pois carece de perfilhação por parte do outro, conforme os artigos 1.612, 1.^a parte, e 1.633 do CC, e ainda art. 16, 1.^a parte do Decreto-Lei 3.200/1.941, indicando que; “O filho natural ficar sobre o poder do genitor que reconheceu.” Porém se gerador que reconheceu estiver unido a um casamento, o filho só poderá coabitar o lar deste, se o seu cônjuge o autorizar.

A segunda possibilidade ocorre quando ambos os genitores reconhecem os filhos extrapatrimoniais, nesse caso a guarda será atribuída aquele que melhor atender ao interesse do menor, exceto se ocorrer prejuízo do mesmo, podendo o juiz, a qualquer tempo, optar por outra maneira, de acordo com o artigo 1.612 do CC.

Vale ressaltar que os filhos havidos fora do casamento não poderão sofrer qualquer tipo de discriminação e terão os mesmos direitos que os filhos legítimos, em consonância com o artigo 227, parágrafo 6º da CF/88, se forem reconhecidos como filhos pelo genitor.

3.3. Critérios de Determinação da Guarda

Durante o tempo no qual a família permanece unida, não há o que se falar em questões relativas à guarda, entretanto quando ocorre a dissolução da vida conjugal surge a dúvida de quem será o guardião dos filhos. Sobre o assunto, o brilhante jurista Miranda (1917, p.387) manifesta-se em citação que permanece atual;

A natureza da relação entre os filhos e os pais casados é tal que, no caso de desquite, se põe o problema de se saber qual o destino que se há de dar aos filhos comuns. Enquanto juntos, a lei regula (ou deixa às normas éticas regularem) os direitos, os deveres e os poderes dos cônjuges.

Com a ruptura conjugal o juiz é primordial, pois lhe é incumbido o papel de determinar a guarda dos filhos menores, tanto da dissolução consensual, onde deverá analisar o acordo firmado entre os pais visando o interesse do menor, como na dissolução litigiosa onde deverá impor a guarda compartilhada, podendo também ser nomeada a guarda a terceiros em casos excepcionais, quando for desfavorável ao menor ficar com um dos pais.

É importante destacar que o juiz poderá mudar o tipo de guarda a qualquer tempo, caso as circunstâncias analisadas para concessão de importante decisão sejam alteradas, como exemplo maltrato e abandono dos filhos. Como consolida o artigo 1.586 do CC; “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”.

Deve-se então ser analisado cada caso de maneira particular e cuidadosa, levando em consideração os critérios de determinação da guarda que sempre serão relacionados com o princípio do melhor interesse do menor, decorrendo da excelência da dignidade humana diante de todos os institutos jurídicos e da valorização da criança, em seus mais diversos ambientes. O interesse do menor sempre deve sobressair em relação aos pais, pois no caso o menor é o sujeito que necessita de proteção, assistência e educação, diferente dos seus ascendentes.

O juiz deverá levar em consideração; a idade e o sexo do menor, a possibilidade dos irmãos permanecerem unidos, a opinião do menor e o comportamento dos pais, como critérios de determinação da guarda.

A idade e o sexo, não devem ser um dos fatores que determinam a guarda, pois ambos os genitores possuem condições de cuidar do filho menor em qualquer etapa da sua vida, não podendo haver qualquer tipo de discriminação entre a mãe e o pai. Na realidade o juiz deve analisar o caso concreto para verificar se esses fatores realmente apresentam importância.

No caso da necessidade de amamentação nos primeiros meses de vida, caberá ao juiz determinar a guarda mãe, visto que o vínculo existente entre mãe e filho, é primordial para o desenvolvimento saudável do bebê. Como ressalta o pediatra e psicanalista D. W. Winnicott (1982); "O bebê necessita exatamente daquilo que a mãe faz perfeitamente, se for natural, se estiver à vontade e entregue à sua missão". Em relação ao sexo, o juiz deverá verificar se é necessário o acompanhamento do genitor do mesmo sexo, pois em determinados períodos da vida o menor precisa da presença do seu ascendente de sexo semelhante, para instruí-lo. Como afirma o autor Grisard Filho (2014, p.54);

Seguramente, há momentos especiais nos quais é necessária a presença imediata do genitor do mesmo sexo, pois existem conflitos e problemas que podem afetar o menor nessa etapa da vida. Ai, aparece como mais adequada às filhas a aptidão materna e aos filhos a paterna. Inexistindo limite etário e preferência pelo sexo do menor à determinação da guarda, prevalece a idoneidade dos pais para seu exercício, tomada aqui essa idoneidade como a capacidade de ser pai e mãe, com o fim de promover o desenvolvimento integral dos filhos.

Em relação a irmandade, não é recomendado separar irmãos, pois poderá romper o laço afetivo existente entre eles, além de provocar um rompimento maior no seio familiar, pois o ideal é manter unido o restante da família. Porém, essa tese perde o valor quando existe uma diferença muito grande de idade entre os irmãos, entendendo que cada um deverá possuir suas próprias atividades. Entretanto, se a separação dos irmãos for inevitável, sugere-se um amplo e geral regime de visitas.

No tocante à ouvida do menor, a nossa legislação silenciou nos processos relativos a separação e ao divórcio, entretanto conforme a Convenção dos Direitos da Criança, o menor pode ser ouvido em alguns casos, para que o juiz

possa averiguar se não existe intromissão dos pais sobre a opinião dos filhos, referente a guarda exclusiva. Segundo o artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se evidentemente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Nesse caso Leite (2003, p.206) destaca que; “Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento (maturidade) da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem.”

É importante ressaltar a existência de um momento frágil e doloroso sobre o menor, por isso ele poderá ser ouvido, mas jamais deverá escolher quem será seu guardião, compartilham dessa mesma opinião magistrados, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, visto que é uma escolha muito complexa onde devem ser analisados diversos fatores, que ficará a cabo do juiz. Além do mais é facultativa a utilização da opinião do menor, para formulação da decisão do juízo.

Acerca do comportamento dos pais, o juiz deve analisar as condições que os mesmos apresentam tanto no meio material (profissão, renda mensal, habitação) como no moral (ambiente social, inidoneidade, caráter), para que prevaleça o interesse do menor.

É de extrema importância essa análise para a determinação da guarda, pois existindo uma conduta contrária a moral e os bons costumes ou ilícitas, deve ser restrita ao máximo a convivência dos filhos com esses genitores, do *favor filii*, visto que esses indivíduos ainda encontram-se em fase de desenvolvimento físico e psíquico.

3.4. MODALIDADES DA GUARDA

São elencadas diversas modalidades de guarda da doutrina brasileira, onde cada espécie possui uma origem e um fim particular, dentre as quais destacam-se:

3.4.1. Guarda Comum, Desmembrada e Delegada

A guarda comum nasce juntamente com o casamento, onde os pais compartilham a autoridade sobre o poder familiar, fundamentando-se na convivência diária entre pais e filhos. Possui origem natural, sucedendo-se através da paternidade e maternidade, portanto não é uma modalidade de guarda que precisa ser concedida pelo Estado, este apenas regulamenta o seu funcionamento.

Já a guarda desmembrada possui origem da cisão familiar, onde ocorre uma intercessão do Estado pelo juizado da Infância e da Juventude, atribuindo a guarda a pessoa que não detém o poder familiar, para melhor preservação do menor, geralmente acontece quando existem conflitos e falta convivência entre os pais.

No caso da guarda delegada, é exercida por autoridade oficial em nome do Estado, decorrente de decisão judicial.

3.4.2. Guarda Originária e Derivada

Guarda originária é ligada ao poder familiar, correspondendo aos genitores como um direito-dever e vice-versa. Sendo de origem natural, possibilitando aos pais o exercício de todas as funções parentais, como educação, assistência, vigilância, correção e representação. Nesse caso não é necessária decisão judicial para que os pais a exerçam, visto que é incontestável que estes sejam guardiões dos seus filhos.

A guarda derivada decorre da originária e é manifestada exclusivamente através da Lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor (arts. 1729 a 1734), seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, sendo um organismo oficial, obedecendo ao Estado sua função social, de acordo com o artigo 30 do ECA.

3.4.3. Guarda de Fato

A guarda de fato é constituída por determinação pessoal de alguém que apanha para si o menor e se responsabiliza por ele, sem nenhuma atribuição legal ou judicial. Nesse caso, a pessoa não terá nenhum poder de autoridade sobre o menor, porém terá todas as obrigações pertinentes à guarda desmembrada, tais como assistência e educação.

Este caso sobre a guarda das crianças na separação de fato não está regulamentada no Código Civil, entretanto a jurisprudência baseada na Lei do Divórcio utiliza o critério do artigo 13, correspondente ao artigo 1.586 do CC, para solucionar as ações de busca e apreensão entre os genitores separados apenas de fato.

3.4.4. Guarda Provisória e Definitiva. Guarda Única. Guarda Peculiar

A guarda provisória é proveniente de necessidade de caráter urgente da criança e do adolescente, onde o juiz concede a guarda a um dos genitores por intermédio de uma liminar, podendo se tornar definitiva com a sentença que decreta a dissolução do vínculo conjugal.

Entretanto, a guarda definitiva poderá ser alterada de acordo com a necessidade e interesse do menor, pois a sentença só será definitiva se houver a continuidade da situação fática que a gerou.

Já a guarda única ocorre quando apenas um dos genitores é apto para possui a guarda dos filhos, ou seja, apenas um dos pais será o detentor da guarda. Por fim a guarda peculiar, está prevista no art. 33, § 2º, 2ª parte do ECA e possui a finalidade de reparar uma ocasional falta dos pais, permitindo que em algumas situações um guardião represente o menor, devendo praticar atos em benefício da criança ou adolescente, sob pena de sério prejuízo ao mesmo.

3.4.5. Guarda por Terceiros, Instituições e Guarda Para Fins Previdenciários

Guarda por terceiro é decorrente de quando é verificado um motivo grave que impossibilita os genitores de serem detentores da guarda dos filhos, geralmente, o papel de guardião é dado a algum parente, o que não é obrigatório se não houver.

Conforme estabelece artigo 16, § 1º, do Decreto-lei 3.200/1941: “Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores”.

Nessa modalidade o guardião do menor é obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional à criança. Porém não é extinto o dever dos pais de prestar amparo moral e alimentos. Já a guarda por meio de instituições é concedida quando não existem terceiros ou quando eles estão impossibilitados de exercer a guarda, cabendo a uma instituição governamental assumir importante papel, de acordo com o artigo 30 do ECA.

Em relação a guarda para fins previdenciários, é uma modalidade que visa garantir ao menor assistência securatória, está elencada no artigo 33, § 3º do ECA, segundo o qual a guarda confere ao menor a condição de dependente para todos os fins, inclusive previdenciários e no artigo 227 da CF/88 ordena que a família, a sociedade e o Estado deverão fornecer saúde ao menor.

3.4.6. Guarda Jurídica e Guarda Material

A guarda jurídica é uma exercida a distância por um dos pais, que não seja o guardião dos seus filhos, porém essa modalidade de guarda não interfere que o mesmo não cumpra com seus direitos e deveres.

Diferentemente da guarda jurídica, a guarda material é exercida pelo genitor guardião dos filhos que a detém na sua integralidade, conforme o artigo 33, parágrafo 1º do ECA. A respeito dessas modalidades de guarda comenta Gomes (1981, p.281):

(...)tem-na não apenas a material, mas também a jurídica. A primeira consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.

Concluiu-se então que a guarda jurídica pode ser exercida a distância, fato que não cabe a material, pois está constituída pela presença de um dos genitores no ambiente familiar no qual vivem os filhos.

3.4.7. Guarda Alternada e Aninhamento

Como o próprio termo determina, essa modalidade de guarda indica alternância, ou seja, cada um dos genitores ficará com um espaço de tempo com o filho pré-determinadamente. Enquanto o genitor-guardião possuir o dever de educar e manter os filhos ao outro é transferido o direito de visitas e fiscalização e assim sucessivamente. Desta maneira, esclarece Amaral (1997, p.68);

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No termo do período, os papéis invertem-se

Essa modalidade de guarda é totalmente repelida pela doutrina e jurisprudência, pois representa diversos riscos ao bem estar psicológico do menor, por sua característica maior ser representada pela mudança, se opondo imensamente ao princípio da continuidade que deve ser respeitado quando se visualiza o melhor interesse do menor.

Diante dos fatos a doutrina deixa evidente seu posicionamento sobre a guarda alternada nas palavras de Levy (2008), trata-se “do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.”

Seguindo o mesmo raciocínio a autora Akel discorre sobre a alternância da guarda;

Pode perder o referencial de lar, o que é prejudicial para o seu bom desenvolvimento psicoemocional. Nesse tipo de guarda a criança ou adolescente não tem, a rigor, residência fixa habitual, permanecendo ora com a mãe, ora com o pai, situação que proporciona inevitável instabilidade emocional. A alternância entre as residências materna e paterna pode ser desestabilizadora para a prole, levando à perda da habitualidade, continuidade e rotina seus vínculos e afazeres cotidianos.

Compartilha a jurisprudência do mesmo posicionamento, através de um trecho do voto transcrito abaixo da ministra do STJ em 2001, Nancy Andrichi:

A fórmula é repudiada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois representa verdadeiro retrocesso, mesmo em relação à guarda unilateral, tanto por gerar alto grau de instabilidade nos filhos - ao fixar as referências de autoridade e regras de conduta em lapsos temporais estanques - como também por privar o genitor que não detém a guarda de qualquer controle sobre o processo de criação de seu filho.

O aninhamento é uma modalidade rara de guarda, pois como ponto de partida estabelece três residências fixas, uma para o pai, outra para a mãe e a terceira para os filhos, Possui vantagens sobre a guarda alternada, visto que existe uma residência fixa para a prole, porém sua desvantagem é o alto custo. Não sendo, portanto praticada em nossa cultura.

4. GUARDA COMPARTILHADA

4.1. Evolução da Guarda Compartilhada

No casamento e na união estável os pais possuem os mesmos direitos e deveres a respeito da guarda dos filhos. Porém, quando ocorre a dissolução conjugal, surgem conflitos a respeito da vigia da prole. Naturalmente ambos os genitores deveriam desejar continuar usufruindo da convivência dos filhos, entretanto no Brasil, seja por decisão judicial ou acordo dos pais, os descendentes permanecem com apenas um dos pais, na maior parte dos casos é a mãe, pois geralmente ela já é a detentora da guarda, desde a separação de fato.

Com a evolução da sociedade moderna, a guarda exclusiva acaba se tornando imprópria, visto que com a crescente participação da mulher no mercado de trabalho, ela acaba perdendo a vantagem que possuía sobre o homem da maior convivência com os filhos, sendo assim ambos possuem condições iguais para deter a guarda da prole.

Surge assim com a igualdade entre homens e mulheres e com a tentativa de amenizar o sofrimento dos filhos decorrente da dissolução conjugal, o modelo da guarda compartilhada, que objetiva a continuidade da participação dos pais na criação de seus filhos como se estivessem em uma família intacta.

Nesse sentido, Akel (2008, p 01) esclarece o conceito e a finalidade da guarda compartilhada:

A Guarda Compartilhada de forma admirável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a idéia de posse. Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole. A finalidade principal desta modalidade de guarda é diminuir os possíveis traumas oriundos da ruptura da sociedade conjugal, visando sempre o benefício do menor, mantendo entre a família a presença de duas figuras essenciais, a paterna e materna, que juntas, somando esforços, devem assumir e acompanhar o desenvolvimento mental, físico social da criança.

A guarda compartilhada surgiu primeiramente na Inglaterra no século XIX, como descreve Leite (2003, p. 266):

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1.964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980 a *Court d Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

Esse acontecimento influenciou fortemente, as províncias canadenses da *common law*, como também em futuro próximo os Estados Unidos, onde a guarda compartilhada é aplicada na maioria de seus estados, por meio de diversos estudos, que atualmente são considerados os mais atualizados do mundo.

Em 1976, a França adotou a guarda compartilhada com o advento da *Lei Malhuret*, que tinha o propósito de diminuir as injustiças obtidas em decorrência da guarda exclusiva, ressaltando a importância da presença de ambos os pais na vida dos filhos. Fato gerador da guarda compartilhada como regra na legislação francesa e a exclusiva com exceção.

No Brasil, a guarda compartilhada surgiu em decorrência da *Lei 11.698/2008*, que também passou a priorizar a guarda compartilhada, tornando a exclusiva, apenas em casos excepcionais.

Porém antes da homologação da lei 11.698/2008, a guarda compartilhada já possuía aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, com base na Constituição Federal, que impõe o princípio da igualdade entre homens e mulheres, no Estatuto da Criança e do Adolescente que enfatiza o princípio do melhor interesse do menor, e por fim no Código Civil de 2002, que estabelece poder ao juiz de optar por um meio que seja em benefício do menor. Entretanto, por mais que tivesse aplicabilidade, a guarda compartilhada era atribuída em raríssimos casos. Isso se dava porque diversas vezes era confundida com a guarda alternada. Fato que ocorreu com o autor Gontijo (1997, p. 563-564), dada seguinte afirmação:

A guarda compartilhada é prejudicial para os filhos, pois ela resulta em verdadeiras tragédias, uma vez que a sua prática transforma os filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela alguns dias da semana e com este nos demais.

Através dessa leitura, fica evidente a confusão existente entre os dois tipos de guarda, ocorrida através da escassez de jurisprudência e por ser novidade na doutrina brasileira.

Sendo assim, é importante ressaltar as diferenças existentes entre a guarda alternada e a compartilhada, na primeira o menor não possui residência fixa sendo sua característica maior como o próprio termo já diz, a alternância entre a moradia dos pais, ocorrendo de maneira igual e pré-divida. Essa modalidade de guarda não é aceita em nosso ordenamento jurídico, visto que acarreta inúmeros prejuízos a formação do menor. Já a segunda é aplicável, lícita, e o menor possui residência fixa, o termo compartilhada é dado porque os pais devem continuar exercendo seus direitos e deveres sobre os filhos conjuntamente, objetivando uma menor quebra do seio familiar.

No entanto a evolução maior se deu foi com o surgimento da Lei 13.058/14, onde a guarda compartilhada se fortaleceu e passou a ter maior efetividade na legislação brasileira, alterando mais uma vez o texto dos artigos 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do Código Civil de 2002, tornando a guarda compartilhada como regra, de modo não obrigatório, porém, impositivo.

Primeiramente a lei alterou a redação contida no § 2º do art. 1.583 do CC, de que os filhos passem uma quantidade de tempo equilibrada com ambos os pais, porém é uma medida questionável, visto que a guarda compartilhada também pode ser aplicada em casos que os genitores moram em diferentes cidades, estados e até mesmo países. Nessa situação o que deve ser aplicado no caso concreto é a participação do genitor que não detém a guarda material através dos diversos meio de comunicação existentes na atualidade, que facilitam a comunicação e o contato, ou seja, esse genitor deve procurar uma forma de se fazer presente na vida dos filhos, o que não pode ocorrer é um descolamento dos filhos, que gere mudança, em prol dos pais.

A segunda alteração se deu § 3º do mesmo artigo, determinando que a cidade na qual será fixada a moradia dos filhos na guarda compartilhada será a que melhor atenda aos seus interesses. Esse parágrafo expressa com clareza o princípio constitucional do melhor interesse do menor, pois o que deve ser observado é o melhor local para os filhos fixarem residência.

Ainda no respectivo artigo em seu § 5º, dispõe sobre a função de fiscalização do genitor que não detém a guarda material dos filhos, mais adiante a lei facilita esse dever no § 6º, que discorre sobre a pena multa prevista para estabelecimentos que não prestarem as devidas informações dos filhos aos genitores.

No artigo § 2º do art. 1.584, a lei transmite que mesmo em casos litigiosos, quando ambos os genitores possuírem características para deterem a guarda dos filhos, será imposta a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar a renúncia da guarda. No presente artigo é verificada a forma impositiva que o juiz deve agir quando não existir consenso, porém é uma maneira justa encontrada pelo legislador para que ambos os pais assumam seus direitos e deveres, cabendo-lhes agir de forma correta, madura e visando sempre o melhor interesse dos filhos, já que desejam a guarda, conseqüentemente também devem almejar o bem-estar de sua prole, que deve começar com uma relação saudável entre seus pais.

No § 3º deste mesmo artigo, o legislador certifica a competência do juiz para determinar, de ofício ou à requerimento do Ministério Público, os encargos dos pais e os períodos de convivência, valendo-se de orientações de peritos e de uma equipe técnica. Esse é um ponto de extrema importância sobre observações de todas as características referentes à vida dos pais e filhos, onde ambos devem ser acompanhados por um equipe técnica psicológica, que formulará um laudo e encaminhará ao juiz para que ele possa dar um parecer sobre a aplicação da guarda compartilhada ou não.

Ainda no mesmo artigo em seu § 4º, ocorrendo descumprimento imotivado de um das cláusulas a respeito da guarda unilateral ou compartilhada, por parte de um dos genitores, o juiz poderá reduzir as prerrogativas atribuídas ao detentor.

A resolução do artigo 1.585 do CC foi mais ampla, no sentido de estabelecer que:

Art. 1585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz,

salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Por último, a referida Lei altera o artigo 1.634 do CC, no sentido de assegurar o pleno exercício do poder familiar por ambos os genitores, independentemente da sua situação conjugal, fundamentando-se nas hipóteses já estipuladas no capítulo 1 deste mesmo artigo.

Ainda não existem dados concretos sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada depois do surgimento da lei, em decorrência de ser muito recente. Porém, é esperado que os pais utilizem com mais frequência essa modalidade de guarda que irá ocorrer por intermédio de uma transição, ou seja, uma mudança de entendimento, por parte deles para que possam através do diálogo e da comunicação reestabelecer os vínculos mínimos que sejam, com seus ex-parceiros para poderem decidirem conjuntamente em relação a vida dos filhos. Dessa maneira segue o entendimento da psicóloga e psicanalista Motta (1996, p. 19):

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

4.2. Consequências Jurídicas da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada tem como objetivo manter as relações entre pais e filhos, através da autoridade constituída no poder familiar exercida pelos pais, mesmo após a dissolução da vida conjugal, por isso sua principal consequência é o sustento de alguns vínculos entre o ex-casal, em benefício dos seus filhos.

O primeiro ponto a ser analisado deve ser a moradia do menor, pois a residência fixa é de imensa importância para o mesmo possua um ponto de referência, que sirva para o funcionamento de suas atividades habituais e para seu próprio desenvolvimento e formação. Segundo discorre Strenger (2006, p.71) a fixação da residência do menor proporciona “A estabilidade que o direito deseja para o filho” e “ não excluí que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo”.

A infância e a juventude são os períodos da vida do menor que necessitam de uma maior estabilidade, que deve ser mantida com a moradia fixa, para que não se torne mais difícil à fase pós-separação dos seus pais e sua vida cotidiana.

A residência do menor será o foro do domicílio de quem exerce a guarda material, segundo o artigo 147, I, do ECA. Os critérios para determinação da guarda material serão definidos através de uma análise judicial, que deve escolher o genitor, que atenda melhor os interesses da criança e adolescente, devendo ser levado em conta que o ambiente em que o menor conviva seja o mais próximo possível da referência de lar que ele tinha antes da dissolução conjugal.

Por outro lado, o genitor não-guardião, poderá fazer visitas frequentes, sem estipulação de horários com o intuito de fiscalizar e participar efetivamente da criação dos seus filhos, nessa modalidade de guarda o termo “visitas” é inapropriado, uma vez que não existe determinação de tempo para passar com qualquer um dos pais.

Diante disso, o genitor guardião não pode realizar qualquer tipo de conduta que prejudique ou impossibilite a relação do menor com o outro genitor, como: mudar de residência com a finalidade de afastar o não-guardião do menor ou formular desculpas sem fundamentos para que ambos não se vejam. Caso ocorra, será caracterizada a alienação parental, prevista na lei 12.318/2010, onde serão tomadas medidas punitivas para os pais que a praticarem.

Vale lembrar que o direito de visitas não consiste apenas aos pais, é também um direito primordial dos filhos.

Outro ponto importante a ser observado é a questão das decisões conjuntas sobre a educação dos filhos, absorvendo não só a fase de instrução, como também o desenvolvimento físico e psíquico do menor.

Na guarda compartilhada a educação é um dever de ambos os pais, uma vez que nessa modalidade as questões relevantes para a vida dos filhos devem ser tomadas de comum acordo.

Muitas pessoas afirmam que educar é a mesma coisa que pagar pensão, porém estão completamente enganadas, visto que educar é algo superior, é a maior

herança que os pais podem deixar para seus filhos. Tanto influi no aspecto moral, quanto no material, estando vinculada a obrigação de alimentar.

A alimentação consiste em outro aspecto elementar para o desenvolvimento dos filhos, devendo ser abastecida por ambos os genitores. É estabelecida tanto na esfera civil, através dos arts. 1.696 do CC e 22 do ECA, quanto na esfera constitucional por meio do art. 229 CF, que exprime: “Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...).”

A prestação de alimentos, não deve ser ligada apenas no sentido fisiológico, também se congrega à manutenção individual do menor que se refere ao sustento, à moradia, aos cuidados médicos, às necessidades essenciais e sociais do indivíduo e tudo o que estiver ligado à sua subsistência. Dessa forma conceitua o termo alimentos, Fachin (1999, p. 268);

Não se esgota no sentido físico quando tomado na acepção jurídica. No ordenamento jurídico, compreendem universo de prestações de cunho assistencial que, evidentemente, tem conteúdo mais elástico no plano do direito que na percepção coloquial.

Não existem motivos para que a prestação de alimentos seja cessada no que tange a guarda compartilhada, pois está prevista constitucionalmente, muitas vezes o que acontece é a não delimitação de um valor de fato, de maneira que os genitores dividem de forma equilibrada os custos conforme as condições financeiras de cada um. Porém havendo um descumprimento da prestação de alimentos, o genitor que inadimplir terá sua prisão decretada, seu nome inscrito em cadastros de devedores de pensão alimentícia ou ter a sentença que disciplinou a questão levada a protesto.

Vale ressaltar que os efeitos decorrentes da pensão abrangem os filhos legítimos ou naturais, e os filhos de pais unidos ou separados, visto que o dever de alimentar presente durante a união conjugal, não se extingue diante de sua dissolução.

Um dos principais objetivos da guarda compartilhada é o de não afastar os filhos do genitor que não possui a guarda material, no caso dos alimentos se torna um aspecto muito positivo, pois quanto mais presente o pai não-guardião estiver, mais ele compreenderá as necessidades assistenciais de suas prole, se

inteirando e muitas vezes confirmando que o dinheiro da pensão está sendo gasto de fato com o menor.

Como todos os aspectos da guarda compartilhada são associados a ambos os pais, também é a responsabilidade civil de seus filhos. Sendo os pais solidariamente responsáveis pela sua prole. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores (LEITE, 2003).

4.3. Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada

Atualmente a guarda compartilhada é a modalidade que mais possui vantagens em nosso ordenamento jurídico, porém assim como os outros tipos de guarda está também possui suas desvantagens.

O principal objetivo dessa modalidade de guarda é manter o exercício da autoridade parental de ambos os genitores, mesmo após a dissolução do vínculo conjugal, de maneira que todas as decisões principais que envolvam os filhos sejam tomadas conjuntamente. Desse modo, ensina Lôbo (2009, p. 178);

A guarda compartilhada tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou coresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais. Consequentemente, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo em países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações.

Sendo a modalidade mais atual, possui pontos que são contundentes a prática, pois busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos e reflete com mais vivacidade a realidade da organização da sociedade, caminhando para o fim das rígidas divisões sociais definidas pelos gêneros dos pais, ocorridas com frequência na guarda unilateral.

O princípio constitucional do melhor interesse dos filhos é destacado nas palavras de Leite (2003), “é válido e defensável, já que o interesse da criança é o critério determinante da atribuição da guarda.”

O presente instituto almeja a união dos genitores em prol de sua prole, ou pelo menos que ambos se respeitem, para que haja continuidade e harmonia na relação entre pais e filhos, além de excluir o menor dos conflitos existentes decorrentes dos fracassos observados na constância da sociedade conjugal. Segundo o entendimento de Dias (2009, p. 389);

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.

Essa modalidade expõe da melhor forma o interesse de convivência dos pais para com seus filhos, já que não se caracteriza por obrigações de cumprimento de horários ou por tempo determinado de visitas, pois se trata de uma relação amorosa, onde não deve existir hora, nem momento certo para demonstrar afeto. Visto que pais e os filhos necessitam um do outro. Possuindo assim um maior inteiração do genitor não-guardião com o menor, eliminando conflitos internos de lealdade, que possibilitam que o filho escolha um dos pais, fato que gera diversas complicações psíquicas no mesmo. Conforme Grisard (2009, p. 224) assevera:

Nesse novo paradigma, pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.

A guarda compartilhada também proporciona um melhor acolhimento ao menor após o processo doloroso da dissolução conjugal, diminuindo muitas vezes o sentimento de culpa e rejeição, favorecendo uma convivência não conflituosa com os pais, ajudando assim no processo de socialização e identificação dos filhos.

O outro ponto vantajoso a ser destacado, é a responsabilidade civil, que como já foi discutida anteriormente, fica a cabo de ambos os pais, conforme estabelece o art. 932, inc. I, do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e

em sua companhia [...]”. Permitindo que eles cooperem e cumpram seus deveres de forma igualitária.

A nova modalidade de guarda possui mais um ponto positivo a frente da guarda unilateral, que é o tempo. Nesse caso como os pais irão dividir todas as tarefas relativas ao filho, conseqüentemente sobrarão mais tempo para os que genitores formem outras famílias e possam realizar suas atividades pessoais.

Assim como a guarda compartilhada gera soluções, o instituto também pode causar desfavores, dada complexibilidade dos casos de dissolução conjugal, que na maioria das vezes são acompanhados de problemas adicionais. O que pode funcionar em uma família, pode não funcionar na outra. Como afirma Teyber (2007, p. 177);

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

Em casos muito conflituosos a guarda compartilhada, pode ser uma arma nas mãos de pais que desejam se vingar dos ex parceiros, onde prejudicam não só a eles, mas sim a família toda e principalmente os filhos, comprometendo seu desenvolvimento psíquico-social e os prejudicando de inúmeras maneiras. Nessas situações é mais benéfica a guarda única, que deve ser detida ao genitor que tiver mais disposto a cooperar em prol dos filhos.

Também existe outro ponto negativo que gera muitas críticas ao instituto da guarda compartilhada, a confusão que muitos doutrinadores e aplicadores do direito criam em decorrência da guarda alternada.

Críticas essas infundadas, pela falta de conhecimento e prática dessa modalidade, que atrapalham mais do que ajudam, prejudicando os pais que não consideram a guarda compartilhada por medo de adquirirem a guarda alternada, como já foi dito anteriormente, essa modalidade alternada não existe na legislação brasileira.

Foram colhidas para essa pesquisa as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, que deverão ser analisadas particularmente no caso concreto pelo juiz e servirão ou não como o norte da aplicação dessa modalidade. Sendo interessante e vantajosa sua aplicação nos casos em que haja um mínimo de consenso, harmonia e interesse comum entre os genitores. Caso não exista consenso e tudo que é referente aos filhos gere discussões e conflitos, causando ainda mais transtornos para os menores, é mais proveitosa a aplicação da guarda única.

5. CONCLUSÃO

Diante do trabalho apresentado é concluso que o instituto do poder familiar e a guarda compartilhada possuem uma ligação íntima, pois nessa nova modalidade os genitores cumprem responsabilidades pertinentes do poder familiar em conjunto, sendo um título de ambos os pais.

Foram analisadas também as várias modalidades de guarda com o objetivo procurar a mais benéfica para o menor, sendo a guarda compartilhada o modelo que mais se adaptou junto com a nova realidade da sociedade brasileira, que se deu através da entrada da figura feminina no mercado de trabalho e o direito de igualdade do homem e da mulher.

Nesse contexto a guarda compartilhada busca a revalorização do papel da maternidade e da paternidade, de modo que traz o menor como centro de priorização desse instituto, oferecendo um equilíbrio mental e físico e ao mesmo tempo garante a participação conjunta dos pais nas decisões mais importantes relativas à vida dos filhos.

Portanto se ambos os pais pretendem conservar a autoridade parental, eles primeiramente devem pensar e agir segundo os interesses do menor, até mesmos em casos litigiosos, visto que se ambos possuem capacidade para exercer a guarda, está deverá ser atribuída aos dois.

Como todas as modalidades de guarda também foi verificada algumas desvantagens, quais são: a confusão equivocada que alguns doutrinadores fazem com a guarda alternada, que mais atrapalham que ajudam, gerando uma espécie de sentimento da “mochilinha nas costas”, porém é totalmente diferente já que nessa modalidade um dos pais será o detentor da guarda material e ambos da jurídica, sendo assim o menor terá apenas uma residência fixa e o genitor não guardião poderá fazer “visitas” sem tempo determinado, a outra desvantagem infelizmente ainda é a falta de preparação e o pensamento mesquinho dos pais que ainda tratam o filho como objeto de vingança, nesse caso percebe-se que a guarda mais benéfica é a unilateral, todavia o genitor guardião deve ser aquele que realmente se interessa com os filhos e que age de uma forma que não atrapalha a convivência com o outro genitor.

Entretanto as vantagens desse modelo são inúmeras, analisadas em diversos pais e destacadas ao decorrer desse trabalho, sendo assim conclui-se que os outros modelos de guarda de certa maneira privam o menor da convivência com um dos pais, ressaltando um sentimento de vazio gerado por essa falta.

Já a guarda compartilhada busca ao máximo dar continuidade ao ambiente familiar e as relações parentais, visto que nesse modelo é inexistente o regime de visitas, pois pais e filhos não se visitam, convivem!

6. REFERÊNCIAS:

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilha: Um avanço para a família.** São Paulo: Atlas, 2008.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: uma nova realidade.** Coordenadores: COLTRO, Antonio Carlos Mathias e DELGADO, Mario Luiz. São Paulo: Editora Método, 2009.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada - Um avanço para a família moderna.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em 03 Jul. 2008.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 12 ed. Atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960.

BRASIL. **Código Civil, 1916.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. **Código Civil, 2002.** Disponível em:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 35. ed. Brasília: Senado. 2012

BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. ECA _ **Estatuto da Criança e do Adolescente.**

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** São Paulo, Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** vol. V. 17ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.** v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família.** In: LIRA, Ricardo Lima (coord.). Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 1987.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família/, 8ª ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2011.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho**. COAD-ADV: Informativo Semanal 44. Rio de Janeiro, 1997.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÓPEZ PÉREZ, Jerônimo. **La patria potestad: Voluntad del titular**. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1982.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Direito de Família**. 38ª ed. São Paulo Saraiva, 2007. MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: uma solução possível**. Revista Literária do direito, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996.

MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. Ajuris 19, pg. 14 – 33. Porto Alegre, jul. 1980.

NETO, José Antonio de Paula Santos – **Do Pátrio Poder**, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. Rio de Janeiro : Fonseca Filho, 1910.

Recurso Especial 1251000/MG, **3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça**, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. Em 23.08.11.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de família**. v.6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: DPJ, 2006. Código Civil/2002 – Jurisprudência.

TEYBER, E. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. Apud Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental / Waldyr Grisard Filho.. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sívio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.