

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

DOUGLAS EMANUEL RIBEIRO MARTINS

GUARDA COMPATLHADA: DIREITOS IGUAIS

Rubiataba - GO

Agosto de 2015

DOUGLAS EMANUEL RIBEIRO MARTINS

GUARDA COMPARTILHADA: DIREITOS IGUAIS

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof^o Claudio Kobayashi

Rubiataba - GO

Agosto de 2015

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito
da Faculdade de Ciências e Educação – FACER de Rubiataba.

Resultado: _____

COMISSÃO JULGADORA

Orientador _____

Professor Claudio Kobayashi

1º Examinador _____

Professor - Titulação

2º Examinador _____

Professor - Titulação

À minha mãe pelo apoio, carinho e compreensão demonstrados e pela abnegação com que furtou os diversos momentos do convívio familiar e do lazer.

AGRADECIMENTOS

À minha família pela compreensão e apoio incondicional na conclusão deste trabalho, e a minha filha pelo incentivo e carinho.

Aos meus professores por todo conhecimento transmitido no decorrer do curso, que foi fundamental na realização deste Trabalho.

De uma maneira muito especial, ao meu orientador pelas orientações constantes, apoio e pelo exemplo de dedicação e motivação, sem os quais tornaria inviável esta pesquisa.

“Quem ama educa”

Tiba

Lista de Abreviaturas

Art - Artigo

Arts - Artigos

CC: Código Civil

TJ – Tribunal de Justiça

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

N. Número

P. Página

§ - Parágrafo

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do adolescente

PE – Pernambuco

SC – Santa Catarina

MG – Minas Gerais

RJ – Rio de Janeiro

FL – Folha

REL – Relatório

DF – Distrito Federal

Resp – Recurso Especial

RESUMO

A guarda compartilhada introduzida pela Lei 11.698/08 alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, ela busca a melhor qualidade do desenvolvimento dos filhos que são afetados pela convivência com pais separados. Esta modalidade possibilita aos pais a guarda conjunta ao menor, observando o melhor interesse da criança, afim de trazer respostas legais relacionado a guarda compartilhada foi abordado o poder familiar, outrora conhecido como pátrio poder, e, atualmente deixou de ser poder e passou a ser obrigações dos pais conjuntamente, para que as necessidades do menor possam ser atendidas. Na seqüência foi realizada a pesquisa, estudo da teoria e análise da jurisprudência, observando os problemas para a implantação da pratica da guarda, estudando a jurisprudência em relação a guarda compartilhada quando os pais residem em cidades diferentes, questões relacionadas a educação e responsabilidade do menor. Dessa forma a guarda compartilhada é reconhecida como sistema de responsabilidades igualitária entre os pais em relação a vida dos filhos (ambos decidem) a respeito do desenvolvimento do filho. A sua aplicabilidade além da lei 11.698/08 se encontra na Constituição Federal no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei do Divórcio.

Palavras chave: Guarda compartilhada. Menor. Jurisprudência. Poder Familiar

ABSTRACT

The shared custody introduced by Law 11,698 / 08 changed the wording of articles 1583 and 1584 of the Civil Code, it seeks the best quality of development of the children who are affected by living with separated parents. This mode enables parents joint custody to smaller, observing the best interest of the child in order to bring related legal responses to shared custody was approached the family power, in present known as parental rights, and currently no longer power and became parental obligations jointly so that the minor's needs can be met. Following was carried out the research, study of the theory and analysis of jurisprudence, noting the problems to implement the practice of the guard, studying of jurisprudence the case law in relation to shared custody when parents live in different cities, issues related to lower education and responsibility . The shared custody is recognized as an equal responsibilities system among parents regarding their children's lives (both decide) about the child's development. Your aplicabilidade beyond the law 11,698 / 08 is in the Federal Constitution to the Statute of Children and Adolescents and the Divorce Act.

Keywords: shared Guard. Smaller. Jurisprudence. Family Power

Traduzido por: Deborah Patrícia dos Santos

SUMÁRIO

1.		
INTRODUÇÃO.....		12
2.	GUARDA – DEVER FAMILIAR.....	18
2.1	Definição do elemento guarda da criança;.....	20
2.2	Como funciona a guarda como elemento do poder familiar.....	21
2.2.1	Critérios para a determinação da guarda compartilhada	23
2.3	A guarda na perspectiva do CC/2002.....	24
2.3.1	Suspensão e perda do poder familiar de acordo com o CC/2002.....	25
2.3.1.1	Definição de suspensão do poder familiar e sua relação com a guarda	25
2.3.1.2	Suspensão e perda do poder familiar de acordo com o ECA.....	26
2.3.1.3	Definição da perda familiar e sua relação com a guarda.....	27
2.3.1.4	Extinção do poder familiar.....	28
3.	GUARDA COMPARTILHADA E OS PROBLEMAS NA IMPLANTAÇÃO DE SUA PRÁTICA	
3.1	Guarda dos menores após a separação do casal.....	29
3.2	Análise da guarda compartilhada.....	30
3.3	Responsabilidades dos pais na guarda compartilhada.....	31
3.4	Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.....	32
3.4.1	Vantagens.....	33
3.4.2	Desvantagens.....	33
3.5	Inaplicabilidade.....	34
3.6	Da teoria para a prática.....	35
4 .	ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA NA GUARDA COMPARTILHADA QUANDO OCORRE A DISTÂNCIA ENTRE OS PAIS	
4.1	A evolução da jurisprudência quanto aos critérios da referência maternal.....	37
4.2.	Lei da guarda compartilhada nº 11.698/2008.....	39
4.3	A fixação de residência na guarda compartilhada.....	40

4.4 Guarda compartilhada quando os pais residem em cidades geograficamente diferentes.....	42
4.5 Educação dos filhos e responsabilidade alimentícia.....	45
4.6 Posição da jurisprudência brasileira na guarda compartilhada	46
5 . CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
6 . REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52
7. ANEXOS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta tem como tema central a guarda compartilhada e como finalidade investigar caráter acadêmico - científico o instituto desta guarda, desde a sua origem até a atualidade. Este trabalho monográfico tem como embasamento legal a lei nº 11698/2008.

Os anais históricos dos Direitos Romano são peliculares quando comparados ao conselho do direito da família atual, pois, enfatiza a importância do chefe familiar, no caso o pai, a ele era concedido o direito de tomar qualquer decisão sobre a vida do filho. O Estado, não interferia diretamente no conjunto familiar, sua estrutura era alicerçada sobre a figura do pater famílias, que era soberano no controle do agregado familiar (SILVÉRIO, 2011, p. 11 a 13).

Silvério (2011, p. 14) ao tratar a trajetória histórica menciona:

A figura do pater família era soberana, o senhor de tudo que se dispunha em relação a família, ele era o juiz, o chefe militar, etc... Tinha o poder da vida e da morte, todo o patrimônio adquirido pelas pessoas a ele submissas, lhe pertenciam, poderia usar e dispor de seus filhos como bem lhe aprouvesse, inclusive vendendo – os como escravos no Estrangeiro, (...)

Venosa, (2005, p. 364 a 366), ao tratar a trajetória histórica do Poder Familiar apresenta opinião similar:

Em Roma, o Pátrio Poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o pater famílias é o ato condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. [...] de fato sua autoridade não tinha limites e, com frequência os textos referem se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluído os filhos. A pater, Sui Jus, tinha o direito de punir, vender e matar filhos, embora a história não noticie que chegasse a esse extremo. Estes, por sua vez, não tinham capacidade de direito, Eram alieni júris.[...] Com Justiniano já não mais se admite o ius vitae ek necis (direito de vida e morte).

Ao discorrer sobre evolução histórica do direito da família Silvério (2005, p. 14 e 15), destaca:

(...) a família começa a ganhar mais autonomia nas relações existentes com o pater famílias, ou seja, começa haver obrigações recíprocas entre os cônjuges; é conferida a mãe a guarda dos filhos, quando constatado má conduta por parte do pai ou tutor é criada a sucessão hereditária civil entre mãe e filho; há um maior estreitamento de laços de mãe para com seus filhos, a venda dos filhos pelo pater famílias, desaparece, as filhas mulheres passaram a contar com o dote, tornando obrigatória prover as necessidades básicas dos membros, da família. O pater famílias não mais poderá matar o

filho, sem que haja motivo, e, somente poderá usar o castigo moderado para com os mesmos.

No Direito Pós - Clássico e Justiniano, acentua – se ainda mais a evolução do direito da família, há punição do pai que matar ao filho, a filha passa a ter obrigações contratuais e direitos, os filhos passam a ter total disposição sobre os bens que venham a adquirir e sua administração, (SILVÉRIO, 2005 p. 16).

No Brasil, os poderes paternos mudam, o Código Civil Brasileiro de 1976 determina que com o casamento o Pátrio Poder será exercido pelo os cônjuges, e se houvesse discordância poderia recorrer ao judiciário (MONTEIRO, 2004, p. 348)

Houve críticas pela adoção do Código Civil da expressão pátrio poder, prevalecendo a autoridade paterna sobre a materno, no entanto, prevaleceu e foi introduzida no Direito Brasileiro, através da lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. Estatuto da mulher casada; alterando o artigo 380 do texto do Código Civil de 1.916 que trazia o seguinte texto: Durante o casamento exerce o pátrio poder o marido, como o chefe da família e, na falta ou impedimento seu, a mulher. (LOBO, 2003, p. 68).

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre a questão do Poder Familiar em seu artigo 21 reza que:

Art. 21- O pátrio poder será exercido, em igualdade de condição, pelo pai e pela mãe, na forma em que dispuser a legislação Civil, assegurando em qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à Autoridade judiciária competente para a Solução da divergência (MACIEL, 2007, p. 156).

Prosseguindo, verifica – se que o artigo 227 da carta magna estatue o dever da família, da sociedade e do estado para com a criança e ao adolescente.

Constituição Federal (1988, p. 148):

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

Portanto, a guarda é um direito que impõe extensos deveres para com o menor. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (art. 229 CF).

“O poder familiar não e mais um direito absoluto e discricionário do pai, mas sim como um instituto voltado à proteção dos interesses do menor, a ser exercido pelo pai, em regime de igualdade.” (NETO, 1994, p. 48 a 55).

O estado impõe um encargo que deve ser respeitado. O antigo pátrio poder passa a ser denominado de poder familiar deixando de ser exclusivo direito dos genitores para configurarem como um “poder – função”, um “direito dever”. (LEITE, 2014, p. 10).

O artigo 227 da Constituição da República com o da principio da proteção integral de crianças e adolescentes, passou a garantir que os interesses dos pais está condicionado ao interesse do filho.

Dias (2009, p. 60) conceitua o poder familiar: É o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.

Assim conceitua Venosa (2005, p. 355) “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.”

Oliveira (1995, p. 353) afirma que o “poder familiar é um instituto jurídico destinado a proteger os filhos menores.”

Da mesma forma, Elias (1999, p. 6) conceitua família como: “Um conjunto de direitos e deveres, em relação a pessoas e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”.

Segundo Diniz (2008, p. 393) o Poder Familiar é definido como o “conjunto de direito e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos eu a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho”.

Por sua vez Filho (2009, p. 35 e 36) conceitua do seguinte modo:

É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação Integral dos filhos, físicos, mental, Moral, espiritual e social.

O Poder Familiar reza no art. 1630 ao 1638 do código civil. O artigo 1630 diz em seu texto que os filhos estão sujeitos ao Poder Familiar enquanto menores. E compete a ambos os pais o exercício do Poder, de forma igualitária de condições.

Não há polêmica quanto ao conceito de Poder Familiar, todos as definições rege o mesmo preceitos.

O poder familiar é imprescindível para o menor, pois a criança defende dele para crescer e desenvolver – se. Esse poder concedido aos pais tem a finalidade de oportunizar ao filho um desenvolvimento pleno completo. Antes as relações familiares eram pautadas pelo poder, hoje é pela afetividade. Paulo Luiz Neto Lobo menciona: “A evolução do direito à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor. Pai é o que cria. Genitor é o que gera.”

De acordo com o código civil o Poder Familiar possui um caráter protetivo, onde o Estado tem o interesse de assegurar a proteção das novas gerações, pois ela é a garantia da sociedade futura. (RODRIGUES, 2008, p. 347)

RIZZARDO (2005, p. 708) entende que:

O Poder familiar é indispensável para o próprio desempenho ou cumprimento das obrigações, que tem os pais de sustento, criação e educação dos filhos. Assim, impossível admitir o dever de educar e cuidar do filho, ou de prepará –

lo para a vida, se tolhido o exercício de certos atos, o cerceamento da autoridade da imposição ao estudo, do afastamento de ambientes impróprios. Os pais não podem renunciar a titularidade do Poder Familiar, ou seja, abdicando dos direitos e deveres atribuídos a ele, pois esses são deveres de ordem pública.

O Estudo da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 em seu artigo 27reza:

Art: 27- O reconhecimento do estado de Filiação é direito personalíssimo, indisponível o imprescritível, podendo ter exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Os pais tem por dever para com os filhos menores “protegê-los, cuidá-los, alimentá-los, criá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família” (VENOSA, 2005 p. 354).

O poder familiar não é perpetuo, ele termina com a emancipação ou a maior idade, quando o filho já torna – se capaz de cuidar de si e de seus bens (VIANA, 1998 p. 54).

Isso acontece aos 18 anos, de acordo com o Direito Brasileiro, art. 5º do Código Civil parágrafo, incisos de I a V.

Art. 5º [...] Parágrafo único. Cessará, para os menores a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falha de outro mediante instrumento público, independente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvindo o leitor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II pelo casamento, III pelo exercício de emprego público efetivo, IV pela colocação de grau de ensino superior; V pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que em função deles o menor com dezesseis anos completos tenham economia própria.

Dessa forma, percebe – se que a guarda é um dever dos pais, e uma das funções do poder familiar, não é um poder eterno, pois cessa, com a chegada do filho na maioridade, ou de acordo com os preceitos do artigo 5º do código civil.

A escolha do tema deu se do grande interesse do acadêmico pelo direito de família brasileira, sendo que, é notório os casos de conflitos existentes no meio social, referente a guarda dos filhos, seja ele, devido a ruptura conjugal ou da união estável vivenciada ao nosso meio, como também, por passar pelo conflito de luta, para ser um pai presente na vida de minha filha mesmo residindo em cidade diferente a qual ela reside, assim, surge o desejo e a necessidade de conhecer com maior profundidade o tema objeto desse trabalho monográfico.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa monográfica, foi formulada a seguinte questão problemática: Como será a guarda compartilhada juridicamente quando os pais residirem em cidades geograficamente distantes?

Para encontrar a resolução da problemática diversas foram as obras utilizadas na pesquisa, além, das principais disposições legais atinentes ao tema, como a Constituição Federal, O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil Brasileiro.

O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar as dificuldades do instituto da guarda compartilhada. Em relação aos objetivos específicos pretende-se:

- 1) Compreender a instituição da guarda como um dos elementos do poder familiar;
- 2) Verificar com quem fica a criança quando acontece a guarda compartilhada se os pais residem em cidades diferentes;
- 3) Estudar de quem será a guarda financeira na guarda compartilhada.

A importância e relevância do tema se justificam devido às crescentes mudanças ocorridas na sociedade, sendo elas, sociais, culturais, políticas, econômicas e principalmente as profundas transformações familiares e relações entre pais e filhos após o crescente número de ruptura de laços conjugais. O genitor que não possui a guarda física do filho acabava afastando - se ocasionando por rompimento do vínculo familiar, com esse rompimento, desencadeava efeitos psicológicos negativos do menor, acarretando o desajuste da personalidade, além disso, os pais também sofriam efeitos psicológicos negativos devido a animosidade entre os ex-cônjuges diante da separação, decepções, frustrações e os sentimento de culpa de ambas partes. Dessa forma, a guarda compartilhada prioriza o melhor interesse do menor, estabelecendo equilíbrio na relação dos pais e filhos, visando a manutenção do convívio da criança com ambos os pais, não perdendo assim, os zelos de amizade, carinho, confiança e responsabilidades fundamentais tanto dos filhos como dos pais.

Além de ser um tema atual, justifica se a sua importância, por ser uma questão presente na vida cotidiana na vida do brasileiro, resultando se também que a pesquisa monográfica é requisito imprescindível a conclusão do curso de direito.

Em busca da solução da problemática é realizada diversas pesquisas de doutrinadores, jurisprudências, revistas, livros e internet visando o entendimento da guarda compartilhada em relação aos conflitos existente na prática, compreendendo a guarda como elemento do poder familiar, e como fica a residência do menor quando os pais residem em localidades geograficamente distantes.

No capítulo inicial introdutória do trabalho, principia-se com a textualização da guarda compartilhada, explanando sobre o poder familiar, antes conhecido como pátrio poder, desde a sua origem até a evolução atual.

No capítulo seguinte: Guarda - dever familiar, define o elemento guarda da criança, e como funciona a guarda como elemento do poder familiar, observa a guarda na perspectiva do código civil de 2002, como acontece a suspensão e a perda do poder familiar de acordo com Código Civil 02 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo também a perda do poder familiar e a extinção desse poder.

O terceiro capítulo - A guarda compartilhada e os problemas na implantação de sua prática, introduz a guarda dos menores após separação, análise de guarda compartilhada, a responsabilidade dos pais na guarda compartilhada vantagens e desvantagens e quando acontece a inaplicabilidade da guarda e a teoria da guarda para a prática.

O último capítulo - Estudo da jurisprudência na guarda compartilhada quanto ocorre a distancia entre os pais - é realizada uma análise mais detalhada do instituto da guarda compartilhada, demonstrando a evolução da jurisprudência quanto aos critérios da preferência maternal, a lei 11698/08 regulamentando a modalidade da guarda

compartilhada, como é a fixação de residência da guarda, observando os critérios definidos na jurisprudência quando os pais residem em cidades geograficamente distantes, a educação dos filhos e a responsabilidade alimentícia e por fim a posição da jurisprudência brasileira na guarda compartilhada.

O presente trabalho monográfico encerra com as considerações finais, pelo qual apresenta possível solução

2. GUARDA – DEVER FAMILIAR

Neste capítulo, serão estudados conceitos e colocação de doutrinadores sobre a guarda, observando a definição do elemento guarda na perspectiva do Código Civil de 2002, é o funcionamento da guarda como elemento do poder familiar. Será um estudo importante na medida que busca a dimensão do poder da guarda, como instituto do dever familiar para solucionar a problemática conflituosa de determinação da residência do menor, quando os pais residem geograficamente em lugares distantes.

O instituto da guarda juntamente com a sociedade vem passando por inúmeras modificações, mas o desenvolvimento da guarda não conseguiu acompanhar as mudanças da sociedade, surgindo vários conflitos na ocorrência da dissolução do casamento ou união estável, além de acarretar graves problemas psicológicos enfrentados pelos filhos após a separação dos pais (FONTES, 2009).

No século XIX, o pai era o detentor exclusivo da guarda e do pátrio poder, a mãe era submetida às determinações deste. A mulher era considerada incapaz para a prática dos atos da vida civil. No meio do século XX surgem modificações do âmbito familiar, a mulher passou a integrar o mercado de trabalho e o homem começa a participar ativamente da criação de seus filhos (LEVY, 2008).

Foi mudando o núcleo familiar, famílias extensas passam a ser apenas o casal e seus filhos. Os pais saem para trabalhar para manter a família, ficando um bom tempo fora de casa. Nesse processo, a mulher passa a ser mais apta para o papel de detentora para a guarda do filho, fato este, onde a mãe oferecia o amor e o cuidado para os filhos, enquanto o pai ficaria com a responsabilidade material de manter a família (FONTES, 2009).

Surgem novos valores, a mulher passa a ser incluída no mercado de trabalho, tendo a necessidade de divisões iguais relacionadas a educação dos filhos, isso, foi deixando os casais com igualdade perante o olhar de todos. Nesse momento, passa a se buscar a melhor escolha e estrutura possível para a estipulação da guarda, independente se seria o pai ou a mãe os detentores (FONTES, 2009).

Ao longo dos anos, o instituto da guarda sofreu grandes alterações, e a sociedade por sua vez vinha evoluindo cada vez mais. Sendo assim, foi preciso que houvesse o surgimento de outra maneira de lidar com o assunto. Nesse processo de grande transformação, surge a implantação do instituto da guarda compartilhada. Sendo que na maioria dos casos de ruptura conjugal era a figura materna que permanecia com a guarda dos filhos, contrariando o princípio da igualdade (FILHO, 2002).

A guarda compartilhada teve início na Inglaterra, nos anos de 1960, rompendo com a guarda única. Nos meados de 1970, foi aprovada pela *Court d'Àppel* inglesa, se espalhando pela jurisprudência canadense da *Common Law*, e por toda a América do Norte. No Canadá, apesar da utilização da guarda compartilhada, tem como regra a guarda exclusiva, só aplicando a guarda compartilhada quando existir acordo entre os genitores (FONTES, 2009 p. 27).

No direito brasileiro, através do Código de Menores de 1927 (Código de Mello Matos), que se deteve na abordagem do instituto da guarda no seu artigo 27, afirmava que, guardião era o encarregado da guarda do menor, não sendo seu pai, mãe ou tutor, tem por qualquer título o responsável da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente traz em seu poder ou companhia.

A Lei n.º 6.697/79, que instituiu o Código de Menores de 1979, fez referência ao instituto no seu artigo 2º, parágrafo único, asseverava o que era menor em situação regular e o que era responsável, aquele que, não sendo pai ou mãe exerce, a qualquer título vigilância, direção ou educação do menor, ou voluntariamente de ato judicial. A guarda era regrada no seu artigo 17 – II, como forma de colocação em lar substituto.

Decorridos pouco mais de dez anos da entrada em vigor do Código de Menores, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que aborda as questões que determina que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família e excepcionalmente em família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. E uma das formas é a da guarda. Tal é previsto também na Constituição Federal de 1988 com regulamentação no Estatuto (CF. Art. 227, Caput e ECA, arts. 19, 33 a 35).

Em 13 de junho de 2008, a lei 11.698 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para instituir e disciplinar a guarda compartilhada no Brasil. Tendo assim a seguinte redação:

Art. 1.583. Guarda será unilateral ou compartilhada § 1ª compreende – se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substituía (art. 1.584, §50) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. §2ª A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para proporcionar os filhos os seguintes fatores: I – Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;II – saúde e segurança; III – Educação.§ 3ª A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não atenha a supervisionar os interesses dos filhos. Art. 1.584. A guarda unilateral ou compartilhada Poderá ser: I – requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidade específica do filho, ou em razão da distribuição do tempo necessário ao convívio deste com o pai ou a mãe. §1ª Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. §2ª Quando não houver acordo entre pai e mãe quando a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível a guarda compartilhada. §3ª Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sobre guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou requerimento do Ministério Público, poderá basear – se em orientação técnico – profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4ª A alteração não autoriza o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.§5º

se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e efetividade (BRASIL, lei 11.698, 2008)

Essa modalidade de guarda veio para proporcionar a criança e ao adolescente a melhor opção para o seu bem estar, e também para reequilibrar o papel dos pais perante a prole após a ruptura da sociedade conjugal.

O instituto da guarda, decorrente a separação dos pais, é uma das mais delicadas situações no âmbito familiar, é certo que a guarda dos filhos menores é dever e obrigação dos pais conjuntamente, mesmo sendo uma problemática antiga, ela só veio a ser tratada, de forma legal, no sistema jurídico brasileiro, após a publicação da Lei 11.698/08.

Nos próximos itens será verificada a definição do elemento guarda de acordo com a Constituição Federal de 1988 e alguns doutrinadores, bem como, a guarda na perspectiva do código Civil de 2002. Este estudo teórico analisará o que rege a Legislação Vigente, sendo de grande relevância, pois leva a compreensão do que significa o termo guarda, e o que reza o Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal em relação à guarda do menor.

2.1 Definição do elemento guarda da criança

Nesse item será pesquisado o conceito de guarda, para chegar a definição do que é o elemento guarda da criança, portanto, será observado o conceito de guarda de acordo com a Constituição Federal (art. 227), e visão de alguns autores como:Lobo, Gama, Filho e Neto.

O conceito de guarda é abrangente, pois está relacionado à educação da sólida formação, saúde física e psíquica e proteção dos menores. Para Fabiana da Silva Martelle, a guarda da criança seja no sentido do direito e do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil, significa a custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais. Ao conceito de guarda alia-se o de responsabilidade, tomando na significação de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se abrigou.

No sentido amplo, significa o dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação conveniada ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas. Dentro deste espírito o art. 227 da Carta Magna estatui o dever da família, da sociedade e do Estado para com a criança e ao adolescente (MARTELLE, 2006, p. 22 e 23).

A Constituição Federal de 1988 reza:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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.

Portanto, a guarda é um direito que impõe extensos deveres para com o menor. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229 da CF).

Lobo (2008, p. 24) entende que guarda é a atribuição determinada a um dos pais, separadamente ou a ambos em conjunto, de exercer encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Caso seja exercida por apenas um dos pais, estar-se-ia diante da modalidade de guarda unilateral ou exclusiva. Quando atribuída a ambos os genitores, denomina-se a guarda compartilhada.

Gama (2008, p. 200) caracteriza guarda como:

[...] a idéia de ato de vigilância, de sentinela, que mais se associa a noção da preocupação e de vigilância guardada, o que não se revela condizente com a consideração entre pais e filhos deve haver uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente.

Dessa forma, é necessário repensar o instituto de guarda da criança ou do adolescente, evitando as conseqüências que acarreta a solidão, rejeição ou falta de amor entre pais e filhos, após a separação conjugal. É necessário o cuidado na divisão das responsabilidades dos pais em relação ao filho para garantir o bem estar da criança ou adolescente que esta em plano desenvolvimento humano.

Filho define a guarda como: “um dever natural e originário dos pais que consiste na convivência com seus filhos, prevista no art. 1634, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas” (FILHO apud FONTES, 2009 p. 36).

José Antônio de Paula Neto define a guarda como: “o direito consistente na posse de menor oponível a terceiro e que acarreta deveres de vigilância em relação a este.” (NETO, apud FONTES, 2009 p 35).

Portanto, a guarda consiste em uma obrigação jurídica e moral para os pais, devendo estes zelar pelas necessidades do menor quanto a alimentação, saúde, educação e segurança, garantindo também o direito de convivência com os filhos.

2.2 Como funciona a guarda como elemento do poder familiar.

Para compreender como funciona a guarda como elemento do poder familiar será realizada uma pesquisa teórica que comprova a igualdade jurídica entre homens e mulheres, para esse estudo será analisado leis que comprove esse direito de igualdade, sendo elas, a Constituição Federal de 1988 arts. 5º I e 226, §5º e o art. 229 bem como a lei 8.069/90 art. 21, além da lei.

A guarda é um elemento do poder familiar, ela é um direito, pois, pais e filhos têm direito de viver em companhia uns dos outros e ao mesmo tempo, corresponde a um dever, porque os pais são obrigados a manter o sustento, guarda e educação dos seus filhos.

A guarda sendo elemento do poder familiar funciona como igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. A Constituição Federal de 1988 assegurou esses direitos iguais em seus arts. 5º, I, e 226, § 5º e o art 229: a igualdade jurídica entre os genitores (BRASIL, 2003).

Art. 5º (...): I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição; art. 226 (...): § 5º os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidas pelo homem e pela mulher – as pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores e tem o dever de ajudar os pais na velhice, carência ou enfermidade .

O estatuto da criança e adolescente, Lei 8.069/90 está em harmonia com a Constituição Federal, é manifestado em seu art. 21 a igualdade entre os genitores com a seguinte redação (BRASIL, 1990):

Art. 21-O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe na forma de que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer a autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Portanto, o poder familiar em relação com a guarda do filho menor, tem a função de dividir igualmente as obrigações, deveres e direitos entre os genitores, cujo os filhos estão sujeitos até extinguir o poder familiar previsto no Código Civil no art. 1.635: extingui-se o poder familiar: I- pela morte dos pais ou do filho; II- pela emancipação, nos termos do art. 5, parágrafo único; III- pela maioridade; VI- pela adoção; V- por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

O exercício da guarda como elemento do poder familiar se encontra direcionado a manter a igualdade entre o homem e a mulher em sua função, atribuindo aos pais um conjunto de direito e deveres, exercidos sempre em razão do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dessa forma, a guarda esta vinculada ao poder familiar, cabendo aos pais a função de vigiar, cuidar, defender e proteger a vida dos filhos, visando à segurança e o desenvolvimento dos mesmos. Assim sendo, a guarda deve ser compreendida como um dever dos pais em relação aos filhos, pois refere-se aos deveres concedidos aos pais ou

outra pessoa que se encontrem investidos nesta tarefa de prestar assistência material e moral ao menor, garantindo-lhe pleno desenvolvimento.

Dessa forma, nota-se que é imposta aos pais e mães, os direitos e deveres quanto ao cuidado dos filhos, sendo este um poder intransferível, onde os pais não podem renunciarem aos filhos e nem aos encargos que lhes competem.

Neto, citado por Akel (2008, p. 76) define:

Guarda é antes de tudo amor, estar presente, na medida do possível, comparecer a todos os atos e a festividades escolares, religioso, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, esportes e turismo.

Portanto, a guarda como poder familiar, está além de manter o sustento do filho, ela deverá garantir, também, proteção e amor, e estar presente na vida do filho, dialogar, educar e construir laços afetivos que garanta o desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

2.2.1 Critérios para a determinação da guarda compartilhada.

Para a realização do estudo quais os critérios para determinação da guarda? Será realizado uma pesquisa bibliográfica, que responderá essa questão sendo analisado o artigo 1534 do código civil e o ECA, art. 28 e observação de alguns doutrinadores como Leite, Filho, chegando assim uma resposta satisfatória sobre esta questão.

Após a solução do casamento ou união estável, surge as discussões sobre a guarda do filho, as vezes acontecendo de forma consensual ou não. Cabe aos pais, entender que suas obrigações relacionada aos filhos continua os mesmos, pois houve a ruptura entre os cônjuges e não entre pais e filhos.

O artigo 1.534 decreta a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exerce – las (BRASIL, código civil, 2002, p. 364).

Nesse momento, em que não há acordo é que o juiz prioriza o bem estar do menor, zelando por ser o melhor interesse.

Para a determinação da guarda são utilizada alguns critérios: Interesse do menor, idade, sexo, irmãos e comportamento dos pais.

O interesse do menor é o principal critério para a determinação da guarda. Sobre esse tema Leite (2003, p. 195) faz a seguinte observação:

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério e controle, isso é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida o interesse presumido da criança e de ser educado por seus dois pais: mais se um deles abusa ou usa indevidamente de prerrogativas, o mesmo critério permitirá - lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito, o interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no

sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental é do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo interesse do menor.

Portanto, cabe o juiz a decisão sobre o assunto após ouvir o menor antes de proferir o julgamento de interesse.

O critério idade sexo não é tratado no código civil como necessário para estipular a guarda, pois este é variado. No caso de recém nascido, a criança depende da mãe para a amamentação, detendo um grande vínculo da mesma, e nesse período a criança não é capaz de se manifestar, mas fica claro a necessidade da dependência do menor nessa fase para com a mãe.

Filho (2009, p. 79) faz a seguinte referência:

Não existe inconveniente de se atribuir a guarda de um filho ao pai de bons princípios e dotado de boa visão educativa, em face da mãe que não sabe valorar as exigências éticas e as relações sociais. Do mesmo modo, não se há negar a guarda de um filho a uma mãe, embora não possua grande cultura, porém, moralmente sã, perante um pai de vida regular.

Portanto, esse pressuposto não é determinado ao atribuir a guarda, pois ela é observada de acordo com a necessidade que o menor tem de determinado genitor.

Relacionado a questão da separação de irmãos, observa – se que quando não houver acordo entre os genitores, quanto a definição da guarda de seus filhos, não se deve optar por separar os irmãos, pois poderá afetar ainda mais o psicológico dos menores. Tem que ser levado em conta o melhor interesse do menor e seu bem estar. Quanto o critério opinião do menor o artigo 28 do estatuto da criança e do adolescente trás em sua redação (BRASIL, 1999, p.129):

Art. 28 – A colocação em família substituta far-se a mediante guarda, tutela ou adoção, independente da situação jurídica da criança ou adolescente ; nos termos desta lei:§ 1º sempre que possível, a criança ou adolescente será previamente ouvido por equipe profissional, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerado.

Em relação ao comportamento dos pais, é observado o ponto de vista material e moral, envolvendo profissão, renda do genitor e ambiente social e idoneidade entre outros.

2.3 A guarda na perspectiva do Código Civil/2002

Nesse item, será pesquisado a guarda na perspectiva do Código Civil, será uma pesquisa do referencial teórico do art. 1584, onde a reflexão e visão de doutrinadores

Filho e Fontes levará a compreensão de que a guarda do menor visa o melhor interesse da criança e do adolescente.

O Código Civil fez alterações na concepção anterior de guarda, conservou a preservação do interesse do menor e, pois fim a perda da guarda do filho pela culpa do conjugue na separação e o da prevalência materna na sua fixação no caso de culpa recíproca, devendo ser observado, o princípio da prevalência dos interesses do filho. (FILHO, 2009, p. 62 e 63).

Esta nova concepção de guarda é trazida pelo Código Civil é disposto pelo seu art. 1584:

Art. 1584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sobre a guarda do pai ou da mãe, o Juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza na medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto da Lei específica.

Dessa forma, chega o fim da prevalência da mãe em relação ao pai, o que prevalece agora é aquele que revelar melhores condições de exercer a guarda do menor e principalmente sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente, interesse este que prevalece ao dos pais (FONTES, 2009, p.55 e 56).

Antes da Lei 11.698/08, o art. 1.583 do Código Civil tinha a seguinte redação (BRASIL, CC/ 2002. p. 364).

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

Assim, percebemos que a modalidade da guarda aplicada ficaria para os pais em comum acordo decidirem, dando a idéia de justiça e igualdade entre homem e mulher. (FONTES, 2009, p. 57).

Porém, quando não havia acordo entre os genitores o Juiz atribuía a guarda a quem apresentasse melhores condições na antiga redação dada ao art. 1.584 do Código Civil. No parágrafo único do referido art., já era considerado outra situação, quando os pais não têm condições de portar a guarda do menor, caberia ao Juiz deferir a guarda em favor de um terceiro. (FONTES, 2009, p. 57).

Os dois artigos sofreram alterações após a alteração da lei 11.698/08, conforme veremos posteriormente (FONTES, 2009, p.57)

2.3.1 Suspensão e perda do poder familiar de acordo com o Código Civil/2002

Neste item será estudada a definição de suspensão de poder familiar, a suspensão e perda do poder de acordo com o ECA, a relação com o poder familiar com a guarda e a extinção deste poder de acordo com alguns doutrinadores.

2.3.1.1 Definição de suspensão do poder familiar

A pesquisa será um estudo teórico embasado no art. 1637 do Código Civil e de acordo com a concepção de Gonçalves, observando a definição de suspensão para compreensão do impedimento do exercício do poder familiar.

A suspensão é um impedimento temporário, do exercício do poder familiar, voltada para o descumprimento dos deveres de pais, ruína dos bens do menor e em virtude de crime onde a pena excedia a dois anos de prisão (art. 1637 do CC).

A suspensão do poder familiar é o impedimento temporário do exercício de guarda dos filhos pelos pais como reza o art. 1.637 do código civil:

Art. 1.637 do CC. Se o pai, ou mãe, abusar de sua autoridade, faltando os deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao Juiz, requerendo algum parente, ou ministério público adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Portanto, os pais terão o poder familiar suspensos se abusarem de sua autoridade, faltando com seus deveres ou se arruinarem os bens dos filhos. Também poderá ser suspenso se condenados por sentença em virtude de crime, desde que a pena não exceda a dois anos de prisão. A suspensão temporária são medidas menos graves, que perdura somente até quando for necessária, pois, uma suspensão é uma sanção imposta pelo Juiz aos pais visando sempre a proteção do menor. Quando as causas da suspensão forem resolvidas, o poder familiar voltará ser estabelecidas (GONÇALVES, 2007, p. 387).

2.3.1.2 Suspensão e perda do poder familiar de acordo com o ECA.

A pesquisa sobre a suspensão e perda do poder familiar será uma análise do art. 24 do ECA e que determina quando é que poderá ocorrer a perda ou suspensão desse poder, sendo a visão de Rizzardo determinante para esclarecimento de quais os motivos que acarretarão a perda do poder familiar.

O artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe a cerca da perda e suspensão do poder família: “A perda e suspensão do Poder Familiar serão decretada

judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações que alude artigo 22”.

Nota-se que a suspensão e a perda do poder familiar serão decretadas judicialmente, mas é assegurada as partes envolvidas a possibilidade de ampla defesa. Os artigos 155 e 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem o rito a ser seguido. A suspensão atinge somente o exercício e não a titularidade da função paterna. (COMEL, 2003, p 280/281).

Portanto, o pai que detém a guarda do menor, se não agir de acordo com os princípios legais e morais, poderá perder esta guarda temporariamente ou permanente, dependerá das causas ocorridas, ou seja, da gravidade cometida pelo guardião, por que o objetivo da guarda é a proteção e cuidado para com o menor, visa sempre o seu bem estar e seu desenvolvimento moral e intelectual.

Rizzardo (2004, p. 6010) ressalta:

Será motivo de suspensão quando o filho é deixado em estado habitual de vadiagem, mendicância, libertinagem, criminalidade, ou tendo os pais colaborando pra tal situação. Mesmo quando eles não se mostrarem capazes de oferecer uma vida de razoável dignidade humana aos filhos; quando se mostrarem também incapazes de proporcionarem um lar ou moradia, a alimentação sadia, ou não envidarem esforços para mantê-los distantes das más companhias da desocupação constante diária, e nem se preocuparem de oportunizar-lhes a matrícula e frequência em estabelecimento de ensino. O Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar certas obrigações aos pais, automaticamente abre caminho para a suspensão do poder familiar se desatendidas às mesmas. Assim os encargos mais primários e singelos, exemplificados: aos pais incube o dever de sustento, guarda, e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O Estatuto prevê que a falta de recursos materiais não pode ser motivo para a suspensão do poder familiar. “Art. 23: A falta ou carência de recursos materiais não constituem motivo suficiente para perda ou suspensão do pátrio poder.” Os motivos que podem desencadear a suspensão do poder familiar são aqueles que com certeza estarão prejudicando a formação física e emocional dos filhos menores.

2.3.1.3 Definição da perda familiar e sua relação com a guarda

Para compreensão da definição da perda do poder familiar e sua relação com a guarda será revisado, o art. 1638 do C.C., observando quais os motivos mais graves que acarretam a suspensão do poder familiar relacionado a guarda do filho menor; Além dos artigos será observado estudo teórico de acordo com Rizzardo, Dias e Comel.

A perda do poder familiar esta relacionada com a perda da guarda do filho menor, isso acontece, quando os pais ou responsável legal descumprem com seu dever, cometendo atos graves que prejudica o desenvolvimento do menor. A hipótese de perda do poder familiar encontra-se presente no Art. 1638 do código civil:

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que:
I castigar moderadamente o filho; II deixar o filho em abandono; III praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV incidir, reiteradamente, nas faltos previstas no artigo antecedente.

A perda do poder familiar esta relacionada a motivos mais graves do que aqueles que acarretaram a suspensão. É a modalidade de destituição mais grave, pois é a medida imposta em virtude do não cumprimento dos deveres de pais .

O inciso I refere-se que os pais não devem agir com excesso ao castigar o filho, ele poderá sim, corrigir, educar, mas jamais, exceder nas suas correções (RIZZARDO 2006, p. 612), no entanto, a aplicabilidade de castigos, mesmo que moderadamente, afronta as normas protetoras da criança e do adolescente (DIAS 2007, p. 388).

Outra forma de perder o poder familiar esta presente no inciso II- deixar o filho em abandono, nesse caso tanto é o abandono material quanto intelectual, pois os pais são os guardiões dos filhos e responsáveis para prestar-lhe assistência econômica e afetiva, dedicando-lhe amor e carinho (DIAS, 2007, p. 388).

O inciso III, relacionado a praticar atos contrários ao moral e aos bons costumes, poderá perder o poder familiar porque o pai é educador do filho, por isso, deverá passar valores morais visando a formação de personalidade do menor, oferecendo a ele exemplos na sua conduta (RIZZARDO, 2006, p. 613).

O inciso IV, veio para ampliar a proteção do menos, para não permitir que ato repetitivo não grave venha prejudicar o bom desenvolvimento e educação do menor. (COMEL, 2003, p. 291).

Os pais que praticam tais atos recebem como punição a extinção do poder familiar, sendo assim, garantida a segurança para o menor.

2.3.1.4 Extinção do poder familiar

O item a extinção do poder familiar será realizado uma pesquisa bibliográficos sobre o referencial teórico de acordo com a visão de Comel e o que é disposto no art. 1635 do CC.

A extinção do poder familiar conceituada por Bittar Filho “ é a cessação definitiva do poder ditado por fenômenos naturais ou jurídicos, elencadas pela Lei” (COMEL, 2003, p. 298).

A extinção do poder familiar é disposto no art. 1635 do Código Civil:

Art. 1.635- extingue-se o poder familiar: I pela morte dos pais ou do filho; II pela emancipação dos termos do art 5º

parágrafo único; III pela maior idade; IV pela adoção; V pela decisão judicial, na forma do art. 1.638.

Os incisos I,II,III fazem desaparecer a razão do instituto, que é a proteção do menor, assim com a morte dos pais ou dos filhos, extingue-se o poder familiar, pois não haverá mais nenhum vínculo entre pais e filhos. A emancipação equipara-se ao maior, portanto, já não é mais considerado incapaz; com a adoção extingue-se o poder familiar do pai biológico transferindo a responsabilidade da guarda para o adotante.

A extinção do poder familiar ocorre de forma automática e natural, independente da vontade dos pais. É considerado um fim em si mesmo, a interrupção indefinitiva do poder familiar.

3. GUARDA COMPARTILHADA E OS PROBLEMAS NA IMPLANTAÇÃO DE SUA PRÁTICA

Este capítulo abordará aspectos da guarda compartilhada, analisando os problemas na implantação de sua prática, observando a responsabilidade dos pais, as vantagens e as desvantagens e a inaplicabilidade da teoria para a prática na visão de alguns doutrinadores.

O estudo será realizado através de pesquisa do referencial teórico, análise e reflexão sobre cada item, com a intenção da busca de resposta da problemática abordada, a compreensão dos fatores que possibilita a implantação da prática da guarda compartilhada

3.1 Guarda dos menores após a separação do casal

O item guarda dos menores após a separação do casal será pesquisado e realizado um estudo teórico, embasado no art. 1634 do C.C., será também um estudo reflexivo sobre a questão na visão de Monteiro, Filho, Castro e o art. 229 da C.F.

Com a separação da sociedade conjugal, seja ela, consensual ou jurídica, surge a problemática da guarda dos menores, guarda esta, que geralmente gera conflito entre os pais sendo necessário, na maioria das vezes intervenção judiciárias para resolver a questão problemática, assim a guarda pode ser estabelecida pelo juiz, definido com quem fica a guarda, observando o melhor interesse do menor, pela escolha de um dos pais, que por sua vez passará a ser o guardião, oferecendo os cuidados necessários: carinho, atenção, amor e proteção. Inclusive, os avós podem ser guardiões do neto menor, e em alguns casos, o juiz nomeia tutor para o exercício da guarda (MONTEIRO, 2004. p. 290).

A guarda está inclusa nos direitos e deveres alcançados pelo poder familiar no teor do código civil: Art. 1634. Compete aos pais quando as pessoas dos filhos menores: II-tê-los em sua companhia e guarda.

Segundo Filho (2002, p. 48):

O crescente número de rupturas – hoje aceitas com mais naturalidade pelo corpo social – dá lugar a que, cada vez mais, se suscitem conflitos em relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, fossem casados ou não. Sendo escassas, como se disse, as regras legais a respeito, cumpre a Doutrina e a Jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiam a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais que o texto constitucional definitivamente expurgou.

No artigo 229 do texto constitucional garante a criança o direito de ter o guardião a protegê-la, prestando toda a assistência necessária para seu desenvolvimento, seja ela, assistência moral, material e educacional.

No entanto, mesmo que o código civil, art. 1.634, inciso II, reza que compete aos pais a ter o filho menor em sua companhia nos deparamos com a questão da definição da guarda do menor, com quem a criança ficará? Em alguns casos os pais entram em acordo e na maioria das vezes cumprem a jurisprudência em estabelecer as soluções para estes conflitos.

Castro (1.998, p. 217) afirma:

Separam-se os casais, rompem-se os elos matrimoniais, mais a lei não desfaz, por razões óbvias, o vínculo de parentesco construídos com os filhos é erigido sobre alicerces definitivos. Ao contrário, a manutenção das relações dos filhos com seus pais é legalmente estimulados ora por razão afetivas, ora por fatores materiais, dentro dos quais se apresentam as obrigações de manutenção e criação da prole, além dos conseqüentes aspectos patrimoniais decorrentes da relação de parentesco. Surge, quando da desunião dos pais, a necessidade de se estimular a união daqueles com seus filhos, sobretudo quando atravessam a idade tenra. Dentro dos direitos e deveres relativos ao pátrio poder descortinam-se regras destinadas a prestigiar os vínculos afetivos entre todos, definindo a quem compete a guarda, a convivência física com a prole e a quem competirá o direito de com ela conviver a distância, denominando com prerrogativa de vista.

Durante a vivência da relação conjugal, ambos os pais são responsáveis juridicamente pelo filho, ambos possui a guarda física que garante a proximidade diária dos pais com a prole, com a separação é necessária a definição de uma guarda que realmente garanta esta proximidade e vínculo afetivo, pois a criança necessita tanto do pai quanto da mãe para o seu desenvolvimento integral.

3.2 Análise da guarda compartilhada

O estudo sobre análise da guarda compartilhada será uma pesquisa bibliográfica sobre o tema de acordo com análise de doutrinadores com o: Filho, Silva, Strenger, Gonçalves e Marteli, notando – se que a definição de guarda compartilhada não se altera, todos possuem visão semelhantes.

A guarda compartilhada é um sistema de responsabilidades igualitária entre os pais em relação a vida dos filhos (ambos decidem) a respeito do desenvolvimento do filho.

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como tutelares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto os pais podem planejar como convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquema de visitas) (FILHOS, 2000, p. 155).

A guarda no sentido judiciário para Silva (2005, p. 43) é:

[...] o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo – o impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Por sua vez Grisard Filho define que a guarda é: “O direito de reter o filho junto a si e de fixar – lhe residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor (FILHO, 2002 p. 49).”

A definição de guarda por Guilherme Gonçalves Strenger (1.998) é:

Guarda os filhos e o poder – dever submetido a um regime jurídico legal, de modo facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considera nessa condição.

Portanto, nota – se que na guarda compartilhada, ambos os genitores são titulares e a exercem, existindo uma alternância entre eles, mas não como um cronograma fixo e rígido.

Gonçalves (2010, p. 284) cita que:

Art. 1.583, §1º, do código civil, com relação dada pela lei nº 11.698/2008, conceitua guarda compartilhada com “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam em estreita relação com o pai e mãe, havendo como a co-participação em igualdade de direitos e deveres. (MARTELI, 2006, p. 27).

3.3 Responsabilidades dos pais na guarda compartilhada

O item responsabilidades dos pais na guarda compartilhada, será realizado uma revisão bibliográfica sobre a responsabilidade dos pais na visão de Garcia, Rizzardo, Dias e Fontes, observando o artigo 22 do ECA.

Na guarda compartilhada os pais têm direitos e deveres iguais, as responsabilidades são divididas.

Segundo Garcia, (2011, p. 30 a 31) guarda compartilhada é um plano de exercício onde ambos progenitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativos aos filhos menores, conjunta e igualmente. Dessa forma ambos os pais possuem os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos menores. É um tipo de guarda na qual os filhos de pais separados recebem nos tribunais

o direito de terem ambos os pais, dividindo a responsabilidades de criarem os filhos e cuidarem deles. No ponto de vista legal, ambos os pais tornam-se iguais detentores da autoridade parental para tomar as decisões que afetem os filhos.

Isso significa que ambos os pais são detentores da guarda jurídica de seu filho, participando de tudo que envolve a vida do filho, seja, desde a escolha do colégio o qual o filho estudará, quanto aos lugares que o menor irá enfrentar, no entanto a responsabilidade e proximidade não significa a mesma coisa, pois, um pai que cumpre com sua responsabilidade financeira, às vezes, pode ser que não esteja próximo e o intuito da guarda compartilhada é que além de cumprir com suas responsabilidades financeiras, possam também se fazerem presente nas tomadas de decisões na vida do filho.

Rizzardo (2005, p. 708) destaca que os pais por exercerem o poder familiar, responde pelos atos prejudiciais aos filhos, poderão assim, ser responsabilizados por não, cumprirem suas obrigações, ser condenados a indenizar seus filhos por terem abandonados materialmente e intelectualmente e por não terem proporcionado-lhes carinho e convivência familiar.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 22 está definido: “Aos pais incumbe o dever do sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Percebe-se que a responsabilidade dos pais quanto a prestação alimentícia permanece, mesmo sendo guarda compartilhada, pois dividir as responsabilidades e decisões na vida do filho, não cessa o dever de alimentar de um dos pais.

Fontes (2009, p. 79) afirma que a guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, isso porque nem sempre os genitores possuem as mesmo as condições econômicas. Às vezes não há alternância da guarda física e a não prestação alimentícia pode onerar o genitor guardião. Assim, a prestação alimentícia deve ser pagos pelos genitores em favor do seu filho, de acordo com a possibilidade e com a necessidade da situação, o que não pode ocorrer é um dos genitores esquivar-se do pagamento utilizando a má fé. Esse pagamento deve ser acordado entre os genitores considerando a necessidade do menor.

3.4 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

O desenvolvimento do estudo do referencial teórico será realizado uma pesquisa de diversos doutrinadores, onde será observado os aspectos positivos e negativos da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada possui aspectos positivos e negativos, ou seja, vantagens e desvantagens.

3.4.1 Vantagens

As vantagens será um estudo bibliográficos de acordo com a visão de Schanbeli, Filho e Dias, para chegar a conclusão observando quais as vantagens existentes nesse tipo de guarda.

Quanto as vantagens podem ser mencionados: I Proporcionar convívio igualitário – pai e mãe detém o mesmo direito sobre a sua prole; II Proporciona aprendizado, pois passam a conviver com mundos distintos; III Compartilha a guarda com alguém em que confie (SCHNEEBELI MENDRO, 2012, p. 75 e 76).

Filho (2009, p. 222) afirma que em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens: São mantidos como guardadores dos filhos, participa das tomadas de decisões conjuntas relacionada a prole, compartilha trabalho e responsabilidades, prevalece a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustrações por não cuidar dos filhos, ajuda – os a atingir os objetivos da educação morais e materiais de prole. Compartilhar o cuidado com os filhos concede aos pais mais espaço para suas outras atividades.

A guarda compartilhada possibilita que a vida dos filhos não sofra alterações bruscas, com a separação dos pais, prevalecendo sempre o melhor interesse do menor, pois na guarda compartilhada, ambos os pais convivem com os filhos.

Dias destaca: o compartilhar a guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no desenvolvimento integral dos filhos, leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos (DIAS, 2011.p.1).

3.4.2 Desvantagens

O estudo será realizado através de pesquisa sobre as desvantagens da guarda compartilhada, sintetizando a visão de Schneebeli, Akel e Filho, observando as dificuldades do exercício prático da guarda compartilhada.

Embora existam vantagens, a guarda compartilhada apresenta desvantagens: I provoca confusão na criação dos filhos, devidos a diversidade de ambiente e ordens; II provocar falta de referência de lar, uma vez que a criança é submetida a viver em lares distintos; o que pode dificultar sua identificação com o ambiente lar; III compartilhar a guarda com alguém que não se confia (SCHNEEBELI; MENANDRO, 2012, p. 76).

Akel (2009, p. 111) ressalta: o modelo da guarda compartilhada tem dois lados: o legal e o físico. O plano legal associa-se as decisões relativas ao bem-estar do menor e as desvantagens surgem quando não existe acordo entre genitores. No plano físico que é a efetiva presença do menor ao lado do genitor a desvantagem estaria associada às mudanças cotidianas sofridas pelo menor, pois fica ora em uma residência ora em outra.

No entanto, o que realmente o que prejudica em qualquer estilo de guarda, são os conflitos constates entre os ex-cônjuges, pois, segundo Filho (2009, p. 177):

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeito, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muitos lesivos aos filhos. Para estas famílias destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro direito amplos de visitas.

Portanto, a guarda compartilhada apresenta desvantagens, como as demais guardas, é necessário que os pais conscientizem-se que os filhos não devem conviver no meio de uma guerra, eles precisam ser resguardados das mágoas existentes devido a ruptura conjugal dos pais, e com isso conseguirem sobreviverem em meio a dois lares distintos, porque na guarda compartilhada, implica que os ex-cônjuges tenha contatos freqüentes, pois precisam resolverem problemas práticos e despesas adicionais relacionada a prole, isso tudo acarreta esforços e energia para as constantes adaptações.

Com essas questões citadas acima, pode-se perceber que é muito difícil manter uma guarda compartilhada na prática, porque a maioria dos casos de separação conjugal, um dos ex-cônjuges ficam magoados (a), ou não aceitam bem a separação, e os filhos sofrem toda conseqüência, e a maior, é a ausência do pai ou da mãe, na vida do menor, pois poucos casais entendem que a separação ocorrida, foi apenas no âmbito conjugal e não o familiar, assim, podemos dizer que o direito da família começa onde termina o amor.

Portanto, a guarda compartilhada apresenta vantagens e desvantagens, cabe aos pais conscientizarem e zelarem do melhor interesse do menor.

3.5 Inaplicabilidade

O item inaplicabilidade, será realizado um estudo teórico, com pesquisa bibliográfica, na visão de alguns doutrinadores como: Oliveira, Leite, Gunspun, Fontes, e o que rege a lei 11698/08 no art. 1584.

Nem sempre a guarda compartilhada é recomendada, pois quando os genitores não têm uma convivência boa, vivendo em meio a conflitos, esse modelo de guarda pode acabar piorando a situação vivida pelos menores. Portanto, nesses casos não é possível que os genitores dividam as decisões sobre os filhos conjuntamente. Sendo, assim é aplicada a guarda unilateral (OLIVEIRA, 2008, p. 25).

De acordo com Gontijo (apud Oliveira, 2008, p.25):

Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tendo vivenciado ao participar de instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em ioiôs, ora com a mãe ora com o pai. Em todos os processos resultam graves prejuízos dos menores, perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito de orientações diferenciadas no meio materno e no paterno. Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que, acordo envolvendo a guarda compartilhada não é recomendada.

Oliveira (2008, p.25) ressalta que:

Cabe ao Juiz aplicar o melhor para o bem estar dos filhos menores, analisando caso a caso, apesar dos aspectos negativos da guarda compartilhada, prevalecem os positivos, e, diante do concreto, a melhor solução será dada por aquele a quem de direito.

De acordo com Leite (2003, p. 286):

É melhor que a criança viva com um só dos genitores, mais equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maiores da criança.

Dessa forma a guarda compartilhada pode piorar a situação da criança, tornando mais graves os conflitos com riscos destrutivos (GRUNSPUN, 2000, p. 115).

Já Fontes (2009, p. 90) ressalta que a inaplicabilidade só ocorrerá em casos de um dos genitores pudesse trazer risco à vida do menor, ou nos casos onde o conflito entre o antigo casal seja constante e de forma desenfreada.

Nesses casos é estipulada a guarda única, a favor do genitor que tenha melhor condição para criação do menor, de forma sadia e zelando por seu melhor interesse. (FONTES 2009, p. 90).

O artigo 1.584 da lei 11.698/08 no quinto parágrafo estabelece que se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados de preferência o grau de parentesco e as relações de afinidade e efetividade.

3.6 Da teoria para a prática

O estudo referente do item da teoria para a prática será realizado uma pesquisa bibliográfica e resumo interpretativo da visão de Dias, Silva e Menezes.

Após a dissolução da vida conjugal é de suma importância preservar o bem estar do menor, pois a criança e o adolescente têm pleno direito de manter viva a relação entre pais e filhos assim, para que a lei da guarda compartilhada possa acontecer na prática é necessário que os pais se libertem do fracasso da vida conjugal que tiveram livrando – se do ódio, vingança, mágoa, tristeza, superando todos esses sentimentos e buscando soluções que beneficie o menor.

Dias (2007, p. 400) afirma que:

A convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos, garantida, de forma efetiva, a co – responsabilidade parental, assegurando a permanência de vínculos mais estreitos com genitores, e a ampla participação destes na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço.

No processo de separação conjugal, tanto o casal quanto o filho necessitam de ajuda profissional para saber lidar com questões decorrentes da ruptura conjugal. O auxílio profissional adequado contribui para amenizar os sofrimentos e facilitar a resolução dos conflitos de forma satisfatória (SILVA, 2005 p. 14) ressalta que:

É crescente o número de pais separados e filhos, que chegam ao consultório, quer para orientações ou para tratamento, quer por determinação judicial, para se submeterem a uma perícia psicológica. Nos primeiros casos, normalmente os filhos estão apresentados alguns sintomas; que equivocadamente, são atribuídos à separação do casal. Equivocadamente, porquê aqueles sintoma não guardam relação com a separação, mas sim com a falta que faz o progenitor ausente, [...]

Continua o autor (SILVA, 2005, p.15)

No âmbito do consultório, quando da avaliação ou do atendimento a criança filhos dos pais separados, nota – se a presença de sintomas que tiveram origem na separação dos pais. Na sua grande maioria, os sintomas apresentados são: dificuldades cognitivas, ansiedade, agressividade e depressão. No entanto, verifica – se que esses sintomas tem relação com a falta que faz um dos pais e não com o destrato do casamento. Nas fantasias dessas crianças, o progenitor ausente abandonou – as. Também observa- se que o afastamento das crianças de um dos pais, decorre das desavenças conjugais e do conseqüente estabelecimento de guarda que não atende as necessidades dos envolvidos.

As crianças e adolescentes devem ser reservado das rusgas, raivas e diferenças entre os pais, o comportamento do casal não deve trazer conseqüências negativas para a relação pais e filhos (MENEZES, 2007 p. 24 e 25).

A guarda compartilhada é um meio de diminuir os traumas e impactos negativos que a separação causa a família, ambos os pais participam nas tomadas de decisões relacionadas aos filhos, pois a sociedade conjugal acaba, mas o relacionamento pai-filho, mãe-filho é eterno, no entanto, a passagem da teoria para a prática só será efetiva após estudos do comportamento humano, observando o objetivo da norma constitucional de proteção ao menor. Além disso, é esta a modalidade que prevalece na Legislação Civil atual, após reforma instituída na Lei 11.698/2008, portanto, a guarda compartilhada visa o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, e cabe aos pais conscientizarem-se da importância de preservar o relacionamento que mantinham com os filhos, isso significa priorizar o bem estar de sua prole.

4 – ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA NA GUARDA COMPARTILHADA QUANDO OCORRE A DISTÂNCIA ENTRE OS PAIS

Esse estudo é primordial para solucionar a problemática do trabalho monográfico, em referência, que garantirá oportunidade de observar a jurisprudência como deverá ocorrer a guarda compartilhada na prática, refletindo sobre as decisões dos acórdãos e fazendo comentários analíticos das decisões homologadas nos tribunais de justiça, portanto, será realizada a pesquisa da jurisprudência que oferecerá a oportunidade de realizar as observações, fazer comentários e análises dos pareceres dos acórdãos de vários julgados.

Essa pesquisa será realizada através de estudo da obra: Regulamentação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, sendo a autora Maria Clara Sottomayor, onde um resumo interpretativo será sintetizado com os exemplos de jurisprudência dos tribunais superiores; as quais serão analisadas e comentadas para se ter uma real entendimento da questão em estudo, encontrando assim a resposta para a problemática levantada.

Para efetivação o estudo de todo capítulo, será realizado também pesquisa na internet sobre a lei nº 11.698/08 e estudo de diversas obras, como: Guarda compartilhada: Doutrina e prática, de Fontes; A guarda compartilhada e a lei 11.698/08 de Alves; Família Mono Parentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. Obra de Eduardo Oliveira Leite; guarda compartilhada de Waldyr Grisard Filho, entre outras. Todas as obras citadas foram estudadas, analisadas e realizado o resumo interpretativo e comentário sobre o jurisprudência pesquisada, visando solucionar a questão levantada que deu origem a esse estudo monográfico.

4.1 – A evolução da jurisprudência quanto aos critérios da referência maternal

A pesquisa para o estudo sobre a evolução da jurisprudência é efetivada através de um resumo interpretativo da obra de Sottomayor, com exemplos de acórdão de tribunais superiores, para compreensão de que antes só a mulher detinha a guarda, e com a evolução o pai, também passou a ter direito e obrigação sobre a vida do filho.

A jurisprudência tem evoluído e valorizado crescentemente as tarefas de cuidados e relações afetivas, em detrimento de critérios formais, assentes em presunções desligadas dos fatos do caso ou nos vínculos biológicos (Sottomayor, 2014, p. 67 e 68).

Segundo Sottomayor os tribunais voltaram a afirmar como adequado o princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 1.386 (XIV), de 20 de novembro de 1.959; segundo o qual “salvo em circunstância excepcionais, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe”.

Contudo não se trata de qualquer violação do princípio da igualdade dos sexos, mas de uma afirmação retórica para simbolizar o valor do cuidado e do afeto pelas crianças, sendo, neste sentido, admissível este princípio, num contexto social e cultural em que são as mães que prestam os cuidados aos filhos e que com eles mantêm uma relação de maior proximidade (SOTTOMAYOR, 2014, p. 68).

Veja, por exemplo, nas jurisprudências dos tribunais superiores, os seguintes acórdãos (SOTTOMAYOR, 2014, p. 68):

(...) É que não existem maiores momentos de intimidade, de interação de partilha, de risos e de mimos que a hora do banho, a hora do deitar, do pôr o pijama, de ler, ouvir uma história antes de adormecer, de aconchegar o cobertor à noite, de ir buscar e por a escola, de conhecer amiguinhos e os professores. São momentos únicos e que não podem ser espedaçados a favor de uma ama (por melhor que cuide da criança em causa) quando existe uma progenitora disponível e capaz (Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 12-11-2009. MARINHO).

Sottomayor (2014, p. 70) do Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 09-06-2006 (Relatora(MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), confirma a guarda paternal rejeitando o princípio 6º da Declaração dos Direitos humanos da Criança, num caso em que a mãe vivia numa situação relacional com um indivíduo com adição a estupefacientes e ligado a práticas criminais, sendo uma relação marcada por conflitualidade a que as crianças terão assistido, e em que a vida profissional da mãe se caracteriza, nas palavras do tribunal “ por algumas precariedade e instabilidade “. Vivendo os menores com o pai, desde maio de 2006, situação de fato confirmada por um regime provisório proferido num processo de alteração de regulação das responsabilidades parentais, o tribunal terá achado que desensurar as crianças do seu ambiente atual para o outro mais instável seria contrário à “ (... necessidade de dar aos menores estabilidade emocional”.

Neste caso, afirma Sottomayor, o tribunal aplicou o princípio da manutenção do status quo, que favorecia o pai, até porque considerou que a entrega à mãe seria susceptível de colocar as crianças em perigo, devido ao comportamento do companheiro desta. (SOTTOMAYOR, 2014 p. 70)

Aplicando o critério da pessoa de referencia em relação ao progenitor que cuida da criança no dia a dia, veja – se o acórdão da Relação do porto, 20 – 10 – 2009 (Relatora: SILVIA PIRES) SOTTOMAYOR (2014, p.77-78):

A criança exige uma figura parental adulta que dela cuide, que preencha suas necessidades afetivas e que, de forma contínua, se responsabilize por ela. Se as tarefas relacionadas com cuidado e com responsabilização diária da criança são exclusiva e predominantes desempenhadas por um dos pais, a preservação desta relação privilegiada da criança com esse progenitor é a solução que melhor promove a estabilidade da vida do menor, já sujeita à tensão e à perturbação da dissociação parental.

O tribunal da Relação de Évora, no Acórdão de 17 – 04 – 2008 (Relator: MARTA RIBEIRO), reconhecendo que ambos os progenitores tinham objetivamente

condições para poderem criar os filhos, concluiu pela atribuição da guarda das crianças à mãe, tendo ponderado os seguintes fatos do caso: a mãe cuidou dos filhos desde o nascimento, não tendo exercido atividade profissional, entre dezembro de 2001 até abril de 2004, enquanto o pai nunca sacrificou o seu trabalho para prestar assistência aos filhos em caso de doenças; a mãe nunca impediu a relação das crianças com o pai enquanto o pai retirou as crianças da companhia da mãe e impediu contatos; as crianças queriam viver com a mãe e os avós maternos com quem tinha fortes laços afetivos. Na seqüência desses fatos, o tribunal deu “especial relevância à disponibilidade, capacidade e preferência maternal”, “já que a apelante sempre foi uma mãe presente, nada constando, a qualquer título, em seu desabono.” Neste caso ressalta Sottomayor (2014, p. 78):

A invocação da preferência maternal não representa qualquer violação do princípio de igualdade, mas resulta, de forma inequívoca, dos fatos provocados relativamente à prestação de cuidados, à relação afetiva, à vontade das crianças e ao caráter moralmente superior da mãe, no respeito pelos filhos e pela relação das crianças com o pai.

Segundo Leila Maria Torraca de Brito alguns doutrinados e psicólogos defendeu que a guarda compartilhada continua sendo a melhor solução para os filhos, quer seja de casos de comum acordo entre os pais, ou em caso de litígio. “ Por tanto, sua prática deve ser estimulada tanto no litígio como no consenso, até porque, muitos litígios acontecem em razão da contrariedade de os pais serem colocados como visitante” (BRITO, 2004, p. 364).

4.2. Lei da guarda compartilhada nº 11.698/2008.

Para o estudo da lei 11.698/2008 será pesquisado três obras: Guarda compartilhada: Doutrina Prática de Fontes (2009); A guarda compartilhada e a lei 11.698/2008 de Alves (2009); Família Mono Parentais: a situação de pais e mães separados e de filhos na ruptura da vida conjugal, de Oliveira (2003), para melhor compreensão a lei 11.698/08, que alterou os artigos do Código Civil Brasileiro artigos 1583 e 1584, que tornou a guarda compartilhada como regra geral.

Com a evolução do mundo moderno, surge mudanças sociológicos, como as novas concepções de família onde é crescente o número de pais separados surge a descrença no instituto do casamento e a união estável entre outros fatores, com isso inúmeros conflitos surgiram relacionado a guarda dos filhos. Nesse contexto a ideia de aderir a guarda compartilhada, é a solução para diversos conflitos entre o casal. (FONTES, 2009, p. 65)

A Lei N ° 11.698/08 veio para alterar os artigos 1583 e 1584 do código civil, regulamentando essa modalidade. (FONTES, 2009, p. 66), o qual era aplicado no Brasil, amparado no Direito comparado á França, Espanha, Portugal, Cuba e Uruguai. Baseado também no artigo 229 da Constituição Federal Brasileira a qual se refere que

os pais tem direito de assistir, criar e educar os filhos menores. Essa modalidade de guarda consagra a responsabilidade e a cooperação diária dos pais na criação e educação dos filhos menores, onde pai e mãe participam, como de forma igualitária na tomada de decisões (ALVES, 2009, p. 103)

Com a alteração dos dois artigos do Código Civil Brasileiro, 1583 e 1584, a guarda compartilhada tornou-se a regra geral, sendo que a guarda unilateral só deveria ser determinada no momento que a guarda compartilhada viesse a ferir o interesse do menor. Porém, não é a que acontece, a guarda unilateral é bastante utilizada em nosso Sistema Jurídico (FONTES, 2009, p. 67 e 68).

A guarda Compartilhada é a alternativa que mais se adequa a realidade de pais separados, como ressalta Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 284):

O que se pretende, através da nova fórmula é consagrar o direito da criança a seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada, pela guarda individual, nem que para tanto, seja necessário “forçar” um dos genitores a assumir sua postura frente a criança.

4.3 A fixação de residência na guarda compartilhada.

Para a compreensão de como será a residência na guarda compartilhada foram pesquisados obras de Oliveira (2008) Guarda compartilhada; Grisard Filho (2002); Guarda compartilhada; e Strenger (1998), Guarda dos filhos. Essas obras foram estudadas e resenhadas, para a melhor interpretação e entendimento de como será a residência do menor, quando determina a guarda compartilhada e para exemplificação e melhor entendimento é observado a decisão do supremo tribunal de justiça de Recife (PE) (2004), sendo o relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, prevalecendo a preservação do interesse do menor.

A guarda compartilhada busca minimizar as consequências negativas causadas às crianças diante da separação dos pais.

Uma das questões polêmicas é onde será a residência do filho após a ruptura do relacionamento? Se os pais residem em cidades distantes como ficará a guarda Compartilhada?

Mesmo os pais morando em comarca diferentes, eles são capazes de serem juridicamente e afetivamente responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos, no caso, a guarda compartilhada. Com uso da tecnologia pais e filhos têm condições de se comunicar em tempo real, estando em qualquer parte do mundo, mesmo separados, há condições de manter a proximidade nessas novas configurações familiares. Outra possibilidade que encurta as distâncias são os meios de transportes, que facilita os contatos reais, oportunizando que ambos os genitores mantenha um efetivo exercício simultânea do poder familiar, assim, a guarda compartilhada, deve ser compreendida como aquilo que compartilha e não como uma detenção ou alternância de direitos (OLIVERA, 2008, p. 19). Isso quer dizer que compartilhar é participar juntos, se

envolver, portanto, não deverá ser uma detenção de poder ou divisão de dias entre a casa dos pais, alternando a residência do menor. Na guarda compartilhada os pais dividem a guarda jurídica, no entanto, a guarda física, fã na responsabilidade de um dos responsáveis, sejam eles, pai, mãe, ou terceiros.

Grisard Filho defende a mesma teoria, afirmando que a criança não deverá ficar de mão em mão alternadamente, sem uma residência fixa, pois a mesma, geraria segurança e instabilidade do menor.

Ressalta Filho (2002, p.149):

Essa nova modalidade de guarda deve ser compreendida, então, como aquela forma de custódia em que o menor tem uma residência fixa(na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros)_ única e não alternada (essa modalidade só aumenta os sentimentos de insegurança e instabilidade da mente do menor, quando passa freqüentemente de mão em mão)- próxima a seu colégio, aos vizinhos, ao clube, á pracinha, onde desenvolve suas atividades habituais e onde, é lógico presumir, tem seus amigos e companheiros de jogos.

É de fundamental importância para a criança a fixação de residência, pois a criança que possui um domicílio definido tem um ponto de referência, estabilidade e segurança emocional. Strenger (1998, p. 71), enfatiza que “a determinação do local de residência do menos gera a estabilidade que o direito deseja para o filho e não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo”.

Se não haja acordo entre os pais para definirem quanto ao domicílio, ou seja, á casa paterna ou materna, o juiz decidirá de acordo com as circunstâncias do caso, observando qual das partes reúne as melhores condições para o desenvolvimento da criança, essa observação é realizada por uma assistente social, onde a mesma, visitará ambas as casas dos pais para investigar qual seria o melhor ambiente para a fixação da residência do menor. Essa escolha seria o lar que possa garantir o desenvolvimento integral do menor, portanto, são observados os fatores econômicos, sociais, morais e éticos. Após as visitas, observações e até entrevista com o menor, a assistente social faz o relatório das observações e encaminha ao juiz, o qual decidirá onde será a residência fixa do menor. Dessa forma, garante aos pais um acompanhamento contínuo do crescimento do filho, uma vez que a convivência passou a ser vista como fundamento imprescindível para o desenvolvimento do menor, estando integralmente ligado a doutrina da proteção integral atendendo ao melhor interesse da criança e garantindo a dignidade da pessoa humana.

Em relação a questão de domicílio o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE guarda DA FILHA. CONEXÃO PREVENÇÃO.

Guarda Compartilhada. Pluralidade de Domicílios.

INEXISTÊNCIA. CAL ONDE REGULARMENTE EXERCIDA

PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA MENOR. LEI N. 8069/1990

ART, 147. PRECEDENTE.

I - A guarda ainda que compartilhada não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo. II - Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercida regularmente a guarda para dirimir os litígios dela decorrentes (LEI n. 8069/90,art.147, I). Precedente. III - Conflito conhecido, para declarar competente o juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE.

Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, Órgão Julgador: Segunda Seção;

Data do Julgamento: 25/08/2004:

Publicação DJ06.06.2005 p.176

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça a guarda compartilhada não induz à existência de dois domicílios para criança quando os pais residem em locais diferentes, será observado a preservação do interesse do menor, onde era exercida a guarda da criança, portanto, quando os pais residem em localidades diferentes o superior Tribunal de Justiça de Recife (PE) determinou a preservação do interesse do menor.

4.4 Guarda compartilhada quando os pais residem em cidades geograficamente diferentes.

Para a efetivação do trabalho monográfico é pesquisado a guarda compartilhada quando os pais residem em cidades geograficamente diferentes, para compreender a questão será analisado o acórdão da terceira turma civil do superior tribunal de justiça nº 1251000/ MG. 2011, sendo a relatora a Ministra Nany Andrichi (2011), onde será observado as peculiaridades fáticas que envolvam pais e filhos, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempos e rotinas do menor, cada item será analisado e comentado.

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso entre os pais, ou por determinação judicial, ela visa romper com um sistema tradicional onde a mãe cuida dos filhos e os pais contribua com o sustento de forma financeira.

Neste contexto, quando não há consenso, a imposição judicial das atribuições de cada genitor e o período de convivência é a medida necessária para a efetivação da guarda compartilhada.

O acórdão de terceira turma civil do superior tribunal de justiça invoca:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscando num

exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente conhecerem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz – se inexistente, por que contraria ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a mono parentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação, de condições propícias à continuidade da inexistência de fontes bi frontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um colapso temporal qualquer em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada a luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências imperativas. 9. O estabelecimento da custódia física e conjunta, sujeita – se, contudo, à possibilidade prática sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempos e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida com regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não promovido. (STJ, RESP 1251000/MG.2011/0084897/5) Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma civil, julgado em : 23/08/2011, DJ 31/08/2011.

Em relação ao acórdão da terceira turma civil nº 1251000/MG.2011, pode se dizer que: nº 1 – da violação do art. 535 do CPC – o acórdão foi claro ao esclarecer que a forma de guarda fixada na sentença atende aos interesses do menor, por isso, deverá ser mantida, portanto, não houve contradição de acordo com a lei, apenas não foi recolhida a tese do embargante. 2- A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, refletindo a realidade da organização social atual, assim, é a guarda que mais se adequa a realidade, pois divide os papéis dos pais em relação aos filhos, garantindo a estes o direito de compartilhar a guarda jurídica, sendo ambos responsáveis pelo filho. 3 – A guarda compartilhada é o ideal a ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, é um instituto introduzido na legislação brasileira apenas em 2008, por ser uma novidade e apresentar complexidade tem gerado questionamentos. Mas os direitos assegurados aos pais em relação aos seus filhos tem por objetivo a proteção a criança e ao adolescente e são limitados, ao melhor interesse do menor. Foi na busca da plena proteção do melhor interesse dos filhos, que surge a guarda compartilhada, o art. 1583 do CC – 02 definiu a guarda compartilhada como

sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam no mesmo teto. Com essa definição o exercício do poder familiar, continua de forma conjunta, mesmo após o fim do casamento ou da união estável, garantindo ao menor a convivência com ambos os pais.

Quando a custódia física é concentrada apenas nas mãos de um dos pais, e a convivência do outro é semanalmente ou quinzenalmente, o ex-conjuge que não detém a guarda, limita – se a um exercício de fiscalização frouxo e acaba se distanciando do filho. A guarda compartilhada possibilita a convivência entre pais e filhos, pois a fixação do poder familiar conjunta como regra, favorece a participação paterna mais ativa da criação dos filhos. Porque a continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento integral do menor. 4 – Da alternância do menor entre a residência dos pais – a alternância física da criança caracterizada como guarda alternada, é repudiada pela doutrina e jurisprudência. O término da relação conjugal não importa, necessariamente no igual fim da parentalidade, com o bem exposto no art. 1632 do CC – 02: a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos se não quanto ao direito, que os primeiros cabem de terem filho. Dessa forma, na guarda compartilhada, a custódia física não é um elemento importante, mas a própria essência do comando legal. 5 - A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso – mesmo em ausência de consenso a guarda compartilhada é viável, pois, o poder familiar existe, para a proteção da prole e garantia da convivência entre pais e seus filhos, portanto, nem o pai e nem a mãe, tem o direito de vetar a realização do melhor interesse da criança. 6 – Imposição judicial das atribuições de cada pai – quando não há consenso é necessária a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, para estabelecer as regras básicas dessa nova convivência, construindo linhas mestras para o exercício do poder familiar de forma conjunta. 7 – A custódia física conjunta – a guarda compartilhada com exercício conjunto de custódia física, oferece a criança a possibilidade de conviver a ambos os pais e preconiza a interação deles no processo de criação. 8 – A fixação de um colapso temporal – a custódia ficará com um dos pais – o estabelecimento de um colapso temporal qualquer, onde a custódia ficará com um dos pais, não fragiliza o desenvolvimento da criança, pelo o contrário, a convivência de rotina ora vivenciada a luz materna e outro momento a luz paterna, habilitará a criança ter uma visão tridimensional da realidade a partir dessas experiências isoladas. 9 – O estabelecimento de custódia conjunta – para o estabelecimento de custódia conjunta é necessário observar a localização de residências capacidade financeira dos pais, disponibilidade de tempo de rotina do menor. Quanto aos dias que cada um ficará com a criança, deverá imperar o bom senso dos pais, levando – se em conta o melhor interesse da criança. 10 – A guarda compartilhada como regra – guarda compartilhada surge como regra, em vista da necessidade do filho de ter convivência com o pai e da mãe, a custódia física conjunta deverá acontecer, sempre que possível, porque, a guarda compartilhada é o ideal a ser buscada no exercício do poder familiar entre os pais separados, mesmo que demandem adequações diversas, para que os filhos possam, usufruir durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial. 11 – Recurso especial não provido – foi negado o provimento do recurso especial, porque a legação da violação do artigo

535 do CPC, não foi violado. Dessa forma, não houve contradição alguma, o arcódo esclareceu que a forma de compartilhamento fixada na sentença anterior atende aos interesses do menor e, por isso, deve ser mantida, assim ausente qualquer um dos vícios assinalados do art. 535 do CPC, inviável a legada violação do dispositivo da lei.

Portanto, mesmo em separação litigiosa deve – se buscar e manter o vínculo dos pais com seus filhos, observando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, preservando os laços afetivos e a proteção do menor.

4.5 Educação dos filhos e responsabilidade alimentícia.

Para a realização do estudo sobre a educação dos filhos e responsabilidades alimentícias dos pais, na efetivação da guarda compartilhada é pesquisado e realizado um resumo interpretativo para organização dos argumentos, de obras de Içamitiba (2002). Quem ama educa, e Leite (2003) Família mono parentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.

Na guarda compartilhada a educação vai além da participação material, ou seja, pagar a escola, comprar material e arcar com todas as despesas relacionadas a educação, é necessário uma efetiva participação dos pais, com o acompanhamento diário, frequentando reunião escolares, escolhendo a escola em que o filho irá estudar e acompanhando o desenvolvimento da aprendizagem.

A participação conjunta na educação dos filhos deve ser ampla, atingindo todos os pontos referentes à questão, pois a participação conjunta dos pais é essencial para o desenvolvimento pleno da criança.

A participação econômica dos pais para a manutenção dos filhos é essencial, o pagamento de pensão não é extinta com a guarda compartilhada, pois é uma obrigação primária que não é afastada nem com a entrega do menor a terceiros; pois a criança deverá ter a manutenção do status anterior a separação ou ao divórcio.

Tiba (2002, p. 212) entende que “em meio a esses ardis todos, a seres humanos inocentes que precisam do pai e da mãe para se tornar cidadãos. Os casais separados não podem jamais esquecer as responsabilidades sobre os filhos.”

Sobre a questão alimentícia Tiba (2002, p. 212) especifica:

Muitos pais com boas condições financeiras acham um exagero pagar pensão alimentícia aos filhos, já que não convivem com eles. Vale a pena lembrar que, mesmo que a mulher não tenha trabalho após o casamento, cooperou muito com o marido, dando base de sustentação para o trabalho. Assim, embora o pai tenha a posse do dinheiro, os dois lutaram para ganhá-lo.

Leite (2003, p. 274), também fala sobre a questão colocando da seguinte maneira:

É novamente o modelo de vida em comum que a transpõe para a organização da vida da criança após a ruptura. Assim como o pai e a mãe, quando vivia com o filho, lhes garantiam, espontaneamente, a sua manutenção, ocorrida a ruptura permanece-lhe garantindo, com a mesma intensidade de alimentos cotidianos.

Assim, os pais continuam com as mesmas responsabilidades com os filhos antes da separação, pois, embora sejam ex-cônjuges, os mesmos não deixaram de ser pais, sendo responsáveis conjuntamente pelas obrigações inerentes ao poder familiar.

4.6 Posição da jurisprudência brasileira na guarda compartilhada

Para efetivação do estudo sobre a posição da jurisprudência brasileira na guarda compartilhada são pesquisados instrumentos de julgados dos supremos tribunais de Santa Catarina, São Paulo, Rio de Janeiro e DF, onde é discutida e analisado as decisões dos supremos tribunais superiores.

A guarda compartilhada baseava-se preferencialmente, mútuo consentimento dos pais. Recentemente na influência do princípio do melhor interesse do menor, reconhecido na Constituição Federal de 1988 e finalmente o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente priorizando as necessidade dos filhos mediante ruptura conjugal.

Pode-se observar neste e em outros julgados em que a guarda compartilhada é deferida ou mantida, o que nota nas decisões, a preocupação do bem estar do menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C ALIMENTOS E PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. MUDANÇA DE RESIDENCIA DA GENITORA PARA ESTADO DIVERSO DA FEDERAÇÃO EM FACE DO DOMICÍLIO PATERNO. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE CONTRA A DECISÃO QUE, AO ALTERAR A GUARDA QUE ERA COMPARTILHADA, DEFERIU A GUARDA PROVISORIA DOS FLHOS AO PAI, AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESABONEM A CONDUTA DO GENITOR. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO DE FATO. RECURSO DESPROVIDO. Na definição da guarda de menor, ate mesmo provisória, tem-se por escopo principal atender as necessidades de ordem afetiva, social, educacional, cultural e econômica do infante. Assim, por estar evidenciado nos autos, até a presente faze procedimental, que a permanencia das crianças com o genitor não trás prejuízo a sua formação, pois em momento algum ficou provada a inadequação do tratamento dispensado aos menores pelo agravado, não é aconselhado que se modifique a guarda deferida provisoriamente na decisão impugnada sobre tudo porque foi a genitora que decidiu modificar a sua residência, transferindo-a para outro Estado da Federação, diverso aquele em que reside o genitor, até então detentor da guarda compartilhada. Por esses motivos o recurso deve ser desprovido. (TJ-SC- agravo de instrumento AI 222703 SC 2008.022270-3 (TJ – SC) – publicado 27/09/2010.

O supremo tribunal de Santa Catarina compreendeu, que a guarda compartilhada, deveria permanecer, porque visa atender as necessidades de ordem afetiva, social, educacional, cultural e econômica da criança. Além disso, quem já detinha a guarda física era o pai, e quem estava mudando para outro estado era a mãe, portanto, para atender melhor o interesse da criança, é melhor que a mesma fique onde já estão, na companhia do pai, em casa, perto da escola, dos vizinhos e seus amigos, determinando assim, a guarda provisória do menor com o pai.

O julgado do tribunal se São Paulo no dia 27/03/2015 registra seguinte decisão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO- 27/03/2015

Nº 2051832 – 19-2015.26000 – Processo digital. Petições para juntada sedem ser apresentada exclusivamente por meio eletrônico, nos termos no art. 7º da Res. 551/2011 – agravo de instrumento- SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

.....Notifiquem se, via de mandato, as partes a cumprir a decisão agora proferida.Frisa se toda via, que o regime de visitação agora estabelecido não derive ser hermético. Ao revés, os pais, no interesse da criança, devem empreender todos os esforços para torná – lo mais elástico, garantindo a filha que, de fato, encontra se sobre a guarda do pai, o direito de também desfrutar da companhia materna, sempre voltadas para aproximação, tanto quanto possível, do modelo da sentença compartilhada. Assim, cabe ao pai, afastando – se das mágoas do passado e motivos que ensejarem a separação e em nome do amor que nutrem pelos filhos,estimular o convívio destes com a mãe, sob pena de causar lhes danos irreparáveis...

O tribunal de São Paulo, também, determina que o menor necessita de convívio de ambos os pais, orientando para que tanto quanto possível seja o modelo de guarda compartilhada, pois essa é a guarda adequada para que a criança não sofra danos irreparáveis para a vida toda.

Outro caso interessante é o julgado do Tribunal do Rio de Janeiro: - Guarda compartilhada – sem consenso – municípios diferentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1408 – 011 – RJ (2011/005 479/3)

RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI

AGRAVANTE: VAA

ADVOGADO: MARCELLA MIRANDA BASTOS DE OLIVEIRA

AGRAVADO: T DE FMAA

ADVOGADO: NATALIA SOARES FRANCO E OUTRO (S)

DECISÃO

Trata – se de agravo de instrumento interposto por VAA contra decisão que não admitiu o recurso especial (fls.323/333, e ISTJ). O apelo nobre desafia acórdão prolatado em agravo de instrumento emanado do tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro. O julgado recebeu a seguinte ementa (fl.300, STJ): Agravo de instrumento. Direito da família. Decisão agravada que autorizou a genitora do menor a fixar residência em outro estado e estabeleceu visitação ao pai em todos os finais de semana, aos sábados e domingos, impondo a genitora a obrigação de trazer o menor a essa cidade em dois finais de semana por mês e o ônus de arcar

com despesas do deslocamento. A mãe, ora agravante, inobstante exercer atualmente a guarda física de seu filho, devem ser reservados finais de semanas alternadas para estar com o infante. A demais os parcos vencimentos da mãe e o desgaste que seria imposto ao menor, também recomendam que a visita seja realizada na cidade onde a criança reside acrescente que problemas médicos do menor não recomendando longa viagem. Quanto a guarda compartilhada, a mesma por enquanto, se revela impraticável, face a circunstância de fatos da causa.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls.317/320, e STJ).

O recorrente, como fulcro na alínea a do pessimismo constitucional a ponta violação dos artigos 165 e 535, I e II, do PCC e 1584, §§ 2º e 3º do CC. Sustenta o seguinte:

A) O arcódão recorrido, sem exame dos fatos, provas e aspectos legais da demanda, pressupôs a impossibilidade de guarda compartilhada em hipótese de pais residentes em cidades distinta;

B) A solução aplicada carece se fundamentação;

C) Não foram abordado, apesar de provocação, vícios pertinentes a amplitude do efeito devolutivo do agravo de instrumento;

D) A residência dos genitores em localidades diferentes não impede a repartição da guarda. Contra razões às fls. 344/366 (e – STJ).

Na inadmissão do recurso especial fundou – se na suficiência do acórdão recorrido, na deficiência da alegação pertinente da ausência de fundamentação do julgado e no obce da súmula 7/STJ. Daí o presente agravo, mediante o qual se requer o processamento do recurso especial.

Contra minuta às fls. 383/397 (e – STJ).

Em manifestação de fls. 407/406 (e – STJ), o Ministério Público Federal, embora registre a nulidade do acórdão recorrido por carência de fundamentação, opina pela autorização da guarda compartilhada e subsistência do quanto decidido pelo tribunal local em relação as visitas.

É o relatório Decido.

O presente recurso merece prosperar.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2013)

MINISTRO MARCO BUZZI.

A decisão do agravo de instrumento nº1.408-011-RJ. 2011, difere das decisões analisadas dos demais tribunais brasileiros, pois, quando os mesmos definiram a guarda compartilhada como regra, esse, sendo uma questão especial, decide pela guarda unilateral, pelo motivo dos pais residirem em estados diferentes, sendo assim, impraticável a guarda física conjunta.

A ementa do julgado (fls 300, STJ) é justa ao determinar que o recurso da mãe seja provido, não há possibilidade de pais que residem em estados geograficamente distintos conviverem diariamente com os filhos e muito menos colocar na responsabilidade da mãe a obrigação de levar o filho duas vezes no mês em outro estado, arcando com todas as despesas financeiras do deslocamento e visitas todos os finais de semana, o sábado e o domingo com o pai é inviável, como fica a mãe, se trabalha e quer passear e curtir o filho no final de semana ou participar de eventos familiares ? Além disso, como fazer funcionar se residem em localidades distantes?

Dessa forma é inviável a decisão anterior mesmo que a guarda compartilhada seja regra, é necessário observar a necessidade da criança, neste caso o menor precisa de cuidados médicos e o desgaste da viagem é grande. Portanto, é o princípio do melhor interesse da criança que deverá ser observado, porque está fundamentado no artigo 227 da CF de 88 e a lei nº 8.069/90 art.3º do ECA e implicitamente nos arts. 1583 e 1584 do CC de 2002. Assim, a recomendação que a visita do pai seja realizada na cidade onde a criança reside, é a viável no caso.

Como demonstrado, a guarda do menor só pode ser modificada mediante a comprovação de fatos relevantes que desmereçam a atuação do guardião. Não havendo provas de que o menor está sendo prejudicado ou passando por dificuldades, a guarda não deve ser alterada. Os pais tem direitos e deveres quanto a divisão de responsabilidades, quanto a educação do filho menor e nas tomadas de decisões referente a sua prole, além disso, o filho tem direito de convivência com ambos os pais para obterem um desenvolvimento pleno, tanto referente as questões financeiras quanto as questões afetivas emocionais.

É demonstrado nos agravos de instrumentos das decisões judiciais nos supremos tribunais de justiça em diferentes estados brasileiros que a guarda compartilhada é considerada o ideal a ser buscada no exercício do Poder Familiar entre pais separados, porque hoje a guarda compartilhada apresenta – se como regra de acordo com a nova legislação protetiva (lei 13058/2014), que alterou artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 da lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil).

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo proporcionou uma aprendizagem significativa em relação aos relevantes conflitos existentes a cerca do tema: guarda compartilhada, ficando claro que sua aplicabilidade é possível, sendo esta, a mais viável para esta nova modalidade de famílias que se transformam e mudam no decorrer do tempo.

Segundo Pachá (2014, p. 14) em relação as famílias ressalta: “as famílias mudam, se transformam, se reinventam e nessa montanha-russa de alegrias extremas e tristezas profundas que nos encontramos todos: humanos, desamparados e esperançosos.”

Assim, em volta as mudanças existentes no meio familiar, vêm a necessidade de garantir a prole, o direito de conviver com ambos os pais, portanto, o ponto inicial a ser destacado, foram as mudanças significativas ocorridas nos decorrer dos tempos, no ambiente familiar, necessitando assim, de novos ajustes para atender a família atual que vem surgindo em decorrência das rupturas entre os casais, com isso surge maiores problemas na família e a parte mais afetada, é a parte mais frágil: os filhos, e estes, se não forem tratados de forma correta sua formação será prejudicada.

Com a separação conjugal surge o problema: com quem fica os filhos? Com essa questão os pais entram em conflito e acabam brigando pela guarda do filho, e os filhos coitados, ficam divididos em conflitos, pois o que eles querem é continuar convivendo com ambos os pais e não o contrário, tendo que optar por um ser privado de conviver um com o outro. Com isso, muitas crianças e adolescentes apresentam problemas psicológicos e comportamentais.

A legislação brasileira regulamentava que os casos de separação conjugal o que deveria prevalecer em relação à guarda do menor, seria: o interesse maior da criança, seu o bem estar. Só que esse objetivo não foi atingido. Os modelos de guarda existente não priorizava esse requisito, pois, o que acontecia era com o passar do tempo, o distanciamento do pai ou mãe que não era o guardião, devido as imensas dificuldades acarretadas, porque não participava da vida do filho, seja pelo ex-cônjuge que dificultava o acesso ao filho, ou pelo pouco tempo de contato com o mesmo.

Em busca da solução desse conflito, surge um novo tipo de guarda: a guarda compartilhada onde ambos os pais mesmo após a separação continuam convivendo com os filhos, tendo as mesmas responsabilidades anteriores a ruptura. Esta modalidade de guarda veio formalizar através da lei 11.698/08, ela garante o acesso aos filhos à ambos os pais, reduzindo o sentimento de perda e abandono, pois o vínculo entre os pais e filhos continuam.

Mesmo, sendo a guarda ideal para a nova concepção de família, ela apresenta também algumas problemáticas, uma delas é a questão do tema estudado: como será a guarda compartilhada juridicamente quando os pais residem em cidades geograficamente distantes?

Após, estudo e análise do instituto da guarda dos filhos menores, após ruptura conjugal, enfatizando a questão da guarda compartilhada na Jurisprudência Brasileira vê se que: a guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, é a guarda que mais se adéqua a realidade, pois atende os papéis dos pais em

relação aos filhos, garantindo aos pais o direito de compartilhar a guarda jurídica, sendo ambos os responsáveis pelo menor.

No entanto, quando os pais residem em cidades geograficamente distantes, não há como a guarda ser compartilhada, pois a guarda física ficará apenas com um dos ex-cônjuges em uma residência fixa, isso não impede juridicamente que ambos sejam responsáveis pela manutenção e se envolvam nas tomadas de decisões sobre a vida do filho, mas compartilhar o dia a dia não há possibilidade. O ex – cônjuge que não detenha a guarda física, com a revolução tecnológica poderá comunicar – se diariamente com o filho, e poderá visitá - lo sempre que possível, sem estipulação de dias ou finais de semana, de acordo com o interesse do menor.

A guarda compartilhada, de acordo com demonstrado nos agravos de instrumento das decisões judiciais nos supremos tribunais de justiça brasileira é considerada como a ideal a ser buscada e apresenta-se como regra de acordo com a nova legislação protetiva (lei 13.058/2014), mas quando os pais residem em estados diferentes, nada impede que a guarda seja unilateral, pois a propósito: art. 1.584 é “a guarda, unilateral ou compartilhada poderá ser”. (redação dada pela lei nº 11.698/2008).

Cabe ressaltar que o que deve se colocar em destaque é o papel social da família, porque é nela que encontramos apoio, refugio, orientação e respeito, e ao analisarmos o direito da família, devemos observar o mundo com maior sensibilidade, pois cada caso é diferenciado, portanto, é que encontramos diferentes posições na jurisprudência relacionado a guarda do menor.

A guarda compartilhada é uma via segura para se atender os princípios contidos no ornamento jurídico brasileiro, pois, assegura a afetividade dos princípios norteadores do direito da família: a paternidade responsável, a convivência familiar e, principalmente, o melhor interesse da criança e do adolescente. Portanto a guarda compartilhada é uma solução inteligente na área da família, e sua aplicabilidade se encontra na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei do Divórcio e na Lei 11.698/08.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada – Um avanço para a família. 2ª Edição São Paulo: Atlas 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/08. Revista I 06 e Direito de Família Porto Alegre: Síntese, v.9, 51, Jan./ Fev. p. 95 -117.

BRAUNER, Maria Cláudia Crispo. In` O direito da família: Descobrimos novos caminhos, Ed. La Salle, São Leopoldo 2001.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Guarda compartilhada. Ação de Revisão de Acordo Judicial. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior; Órgão julgador: Segunda Seção. Data do julgamento: 25/08/2004: Publicação DJ 06.06.2005p.176.

BRASIL. Vade Mecum de direito: Estatuto da Criança e do Adolescente. Organização de Antonio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei 11.698, 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1594 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato.2007-2010/2008/Lei/L11.698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato.2007-2010/2008/Lei/L11.698.htm) Acesso 20/06 2015.

BRASIL, Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Organizador: Yussef Saíd Cachali: 5ª Edição São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais 2003.

BRASIL, Código Civil. Brasília: Senado Federal 2002

BRASIL. Lei nº 8069, 13 de julho de 1990, que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, Diário Oficial da União, Brasília, 1990.

BRASIL, VADE MECUM de Direito: Código Civil 2002. Organização de Antonio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 290.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, ética e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

CODIGO Civil Brasileiro: Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/13 – 07 – 1990

CODIGO Civil Brasileiro: Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/1977 de 26/12/1997

CODIGO Civil Brasileiro: Lei nº 10.406 – de 10 de janeiro de 2002 – de acordo com a lei nº 11.698/08 – 2ª Edição Forense, 2010.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias: Delgado, Mario Liz (coord). Guarda compartilhada Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método 2009.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais 2003.

DEMO, Pedro. Metodologia científica em ciências sociais. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena de. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito da Família 23ª Edição São Paulo: Saraiva, 2008. Vol.23.

DINIZ, Maria Helena de. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito da Família. 28ª Edição. São Paulo : Saraiva 2010.

DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias. 4ª Ed. Ver. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª Edição. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8ª Edição. Revisada atual e ampliada. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais 2011.

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada, Uma novidade bem vinda/disponível em: <http://WWW.mbdias.com.br> acesso: 15/06/2015

ELIAS, Roberto João. Patrio poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita. São Paulo : Saraiva, 1999.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda compartilhada Novo Modelo de Responsabilidade Parental 2º Ed. Revisada, atualizada e ampliada : São Paulo Editora: Revista dos Tribunais. 2000.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda compartilhada 2º Ed. : São Paulo : Revista dos Tribunais. 2002.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda compartilhada: Um novo modelo de guarda parental. 3ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª Edição. São Paulo. Editora: Revista dos tribunais.2009.

FONTES, Simone Roberta. Guarda compartilhada: Doutrina e Prática: São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

FONTES, Simone Roberta. Guarda compartilhada: Doutrina e Prática: São Paulo: Pensamento e Letras, 2009.

FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. Síndrome de alienação parental. Revista Brasileira de Direito Familiar, Porto Alegre: IOB Thomson, IBDFAM, v.8, nº 40, 2007.

FONSECA, Priscila M.P. Corrêa . Direito da Família. São Paulo: Revista IOB, nº 49, setembro de 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direitos de família. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, José Diogo Leite, Guarda Compartilhada. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito da Família. VI São Paulo. Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro.V. VI. Editora Saraiva. Leite Eduardo de Oliveira: Famílias Monoparentais. São Paulo. Revista dos Tribunais 2007.

GONÇALVES, Denise Wilhel. Guarda compartilhada. Revista jurídica. São Paulo, V. 50, nº 299, setembro. 2002.p.44-45.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. V.6. 5ª Ed. São Paulo : Saraiva 2010.

GRUNSPUN, Hain. Mediação familiar: O mediador e a separação dos casais. São Paulo: LTE: 2000.

ISHIDA, Valter Henji. Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas 2003.

LAGRASTA, Caetano Neto. Boletim Tribuna. Magistratura 1999.

LEITE, Eduardo Oliveira. Família Mono parentais: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª Ed. Atual, e Ampl. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2003.

- LEITE, Grace Andrade, Alienação Parental. Umfair Advantage, Salvador 2014.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda dos filhos: os conflitos do exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas 2008
- LOBO, Paulo Luiz Neto (Coord.) Código Civil Comentado: Direito da Família, relação de parentesco, direito patrimonial, Arts: 1.591 – 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. P. 68.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Guarda e convivência dos filhos após a lei 11698/2008. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister, nº 6. Out./Nov. 2008.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente 2ª edição. São Paulo: Lúmem Júres. 2007.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: (coord) Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspecto Teóricos e Práticos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris: 2009.
- MONTEIRO, Washington de Barros Curso de Direito Civil: Direito da família. V. 2. 37 ed. São Paulo: Saraiva 2004.
- MARTELLI, Fabiana da Silva. Guarda de Criança: Uma Análise Sócio e Jurídica – Santa Maria – RS 2006.
- MENEZES, Fabiano A. Hub de Filhos separados também são felizes – São Paulo: Manula Ed. 2005.
- OLIVEIRA, Simone Costa Satelti: Guarda compartilhada. Revista Iob de direito de família. Porto Alegre: Síntese, V.9, nº 49, Agos./Set. 2008.
- OLIVEIRA, Wilson de. Direito da Família. 2ª Ed. Rio de Janeiro; Forense, 1995.
- PASOLD, César Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica: Ideias e Ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. 7ª Ed. Rev. Atual. E Ampl. Florianópolis: OAB / SC, 2002.
- PACHÁ, Andreia Maciel, Segredo de Justiça: Disputa, Amores e desejos nos processos de família narrados com emoção e delicadeza por uma juíza / 1ª Ed. Rio de Janeiro: Agir 2014.
- RIZZARDO, A. Direito de família. 2ª Edição. Rio de Janeiro 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito da família. Rio de Janeiro. Florence 2006

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil: Direito da família 28ª Edição São Paulo: Saraiva: 2004.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Uma inversão do sentido da demanda judicial a partir das motivações incosciente. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A.C.M. (Orgs). Aspectos psicologicos na pratica jurídica. 2.Ed. Campinas : Millennium, 2008.

SOUSA, Analicia Martins de. Síndrome da alienação parental (livro eletrônico) : Novo tema no Juizos de família – Ed. São Paulo: Cortes 2013.

SANTOS NETO. José Antonio de Paula. Do Pátrio Poder: São Paulo : Revista dos Tribunais 1994.

SILVERIO, Fernando. Do direito da família e da obrigação de prestar alimentos. 1ª Edição. São João di Merili – RJ, 2011.

SILVIA, Ana Maria Milano. Guarda compartilhada. Ed. De Direito. São Paulo, 2005.

SILVEIRA,Francisco Bueno. Mundicinario de Língua Portuguesa, 3ª Ed. São Paulo: Ed. Lisa S.A. 1989.

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

SIQUEIRA,Alessandro Marques. O conceito de Família ao longo da história e a obrigação alimentar Site: jus.vol.com.br. acesso em 15/06/2015.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Regulamentação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divorcio. 6ª Ed. Revista. Almeida 2014.

SOUZA, Euclides DE. Litígio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada. Disponível em:< [HTTP: //WWW.pailegal.net/guardacompartilhada/artigos/330](http://WWW.pailegal.net/guardacompartilhada/artigos/330) – litígio – não – é – fator – impeditivo – para guarda - compartilhada> Acesso dia 24/06/2015.
SCHENEEBELI, Fernanda Cabral Ferreira, MENANDRO, Maria Cristina Smith. Com que os filhos ficarão?Representações Sociais da guarda de filhos após separação conjugal – Vitória: Flor & Cultura 2012.

TIBA, Içami. Quem ama Educa! São Paulo Editora Gente, 2002.

Tribunal de Justiça do DF e territórios [HTTP://www.tjDFT.jus.br](http://www.tjDFT.jus.br) Acesso 27/06/2015.

VENOSA,Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito da família 5ªEd. São Paulo. Atlas, 2005 p.

VIANA, Marco Aurelio S. da guarda, da tutela e da adoração, 2º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998,

JURISPRUDÊNCIAS:

MINAS GERAIS – Superior Tribunal de Justiça. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. Civil. Recurso Especial – nº 125 1000/MG.2011/0084897/5. Relatora: Nancy Andrichi. Terceira turma civil, julgado em: 23/08/2011. Publicação DJ 31/08/2011 – acesso: 20/06/2015.

RECIFE, PE. Superior Tribunal de Justiça. Ações de Revisão de acordo judicial de separação do casal e de guarda da filha. Guarda compartilhada – Pluralidade dos filhos – Preservação do interesse do menor. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – Registro Civil de Recife – julgado 25/08/2004. Publicação: DJ 06/06/2005. Acesso: 20/06/2015.

RIO DE JANEIRO. Guarda compartilhada sem consenso – municípios diferentes. Agrave de instrumento nº 1408 – 011.RJ (2011/005479/3) Relator: Ministro Marco Buzze. DF – Brasília 04/10/2013: Acesso: 20/06/2015

SANTA CATARINA, Agrave de instrumento – AI 222703SC 2008. 022270- 3 (TJ =SC) .Ação de Modificação de Guarda C/C Alimentos e pedidos de regulamentação de visitas. Publicado: 27/09/2010. Acesso: 27/06/2015.

SÃO PAULO – Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo digital nº 2051832 – 192015 – 26000 – Petições para juntada apresentada exclusivamente por meio eletrônico, nos termos do artigo 7º da resolução: 1551/2011 – agravo de instrumento – São José do Rio Preto. Acesso: 27/06/2015.

ANEXOS