

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058/2014

Letícia Avila Kawano

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058/2014

Letícia Avila Kawano

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau em Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Ligia Maria Lario Fructuozo.

Presidente Prudente/SP

2015

KAWANO, Letícia Avila.

A Guarda Compartilhada e a Lei Nº 13.058/2014/
KAWANO, Letícia Avila: Presidente Prudente-SP: Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.

Número de folhas: 81

Monografia de conclusão do curso de Direito – Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo:
Presidente Prudente-SP, 2015.

1. Guarda Compartilhada. 2. Lei nº 13.058/2014. 3. Solução
Ideal. 4. Pontos positivos e negativos do compartilhamento
da guarda. 5. Combate à alienação parental.

A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058/2014

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau em Bacharel em Direito.

Ligia Maria Lario Fructuozo
Orientadora

Aline Aparecida Novais Silva Lima
Examinadora

José Artur Teixeira Gonçalves
Examinador

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2015.

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu irmão que nunca mediram esforços no que tange à realização dos meus sonhos e sempre me apoiam em minhas decisões.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que comprovando seu amor incondicional, me presenteou com o dom da vida e me cercou de pessoas incríveis, bem como por nunca me abandonar, principalmente nos momentos mais turbulentos, me dando forças para superar todos os desafios.

Aos meus pais, Allana e Roni, que, independente de qualquer dificuldade, não mediram esforços a fim de proporcionar-me o melhor, sempre priorizando meus interesses. Pelo incentivo e paciência durante toda a minha vida, principalmente, nesta fase acadêmica.

Ao meu irmão, Pedro Henrique, eterno companheiro, pelos momentos de descontração enquanto o nervoso e o medo tomavam conta de mim, pela paciência e, principalmente, pelo carinho.

Aos meus avós, todos os familiares e amigos que sempre acreditaram em minha capacidade e potencial, pelas orações e por cada palavra de apoio e incentivo, encorajando-me a tomar as melhores decisões.

Aos membros da 4ª Procuradoria de Justiça, onde faço estágio, pela confiança em mim depositada e pelos ensinamentos todos, determinantes para a escolha do meu tema.

Agradeço a todos os professores que já passaram por minha vida, por serem responsáveis pelo meu êxito, em especial aos da graduação. À minha ilustríssima orientadora, Professora Ligia Maria Lario Fructuozo, por realizar sua função com tanta competência e dedicação, e, ainda, aos professores integrantes da banca examinadora, por aceitarem o convite e disporem de seu tempo para a análise deste trabalho.

RESUMO

Esclarecer o modelo de guarda compartilhada é o objetivo do presente trabalho, principalmente à luz da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, destacando-se a necessidade de sua criação no direito brasileiro, através de uma breve análise da evolução no ambiente familiar e seus reflexos na legislação, bem como do avanço no que tange à guarda dos filhos. Ademais, diante do excessivo aumento no número de casais que se divorciam atualmente, é essencial a demonstração das vantagens e desvantagens sobre a adoção desta modalidade de guarda, frisando-se, principalmente, sua importância em razão da observância ao Princípio da Isonomia previsto na Constituição Federal, ao equiparar os genitores do menor, uma vez que ambos figurarão como guardiões, sendo responsáveis pelo cuidado e educação, devendo decidir em conjunto todas as questões ao menor relacionadas. Finalmente, ressalta-se a função da guarda compartilhada no combate à prática da alienação parental por parte de um dos genitores, na qual a criança desenvolve sentimento negativo pelo outro genitor, repudiando-o injustamente. Trata-se de um tema novo que teve sua regulamentação em 2008 e as alterações nos dispositivos legais ocorreram há menos de um ano. Não obstante, há um grande impacto na sociedade atual visto o crescente número de divórcios. Desta forma a regulamentação da guarda dos menores torna-se essencial, sendo atualmente considerada o modelo ideal para a realidade em que vivemos, devendo ser adotada sempre que possível.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Solução Ideal. Princípio da Melhor Interesse do Menor. Combate à alienação parental. Críticas à guarda compartilhada.

ABSTRACT

Clarify the shared custody model is the aim of this paper, particularly in light of the Law No. 13,058 of December 22, 2014, highlighting the need for its creation in Brazilian law, through a brief analysis of developments in the family relationship and its effects on the legislation as well as the advancement in reference of child custody . Moreover, before the excessive increase in the number of couples who are currently divorced, it is essential to demonstrate the advantages and disadvantages of the adoption of this guard mode, is emphasizing, mainly, its importance as a result of compliance with the equality principle, laid down in the Federal Constitution, by equating both of child's parents, making them guardians and responsible for the care and education, should decide together all the issues related to the minor. Finally, it emphasizes the role of shared custody in combating the practice of parental alienation influenced by one parent, in which children develop negative feelings for one of the parent, repudiating him unjustly. This is a new topic that had its regulation in 2008 and changes in legal provisions occurred less than a year. Nevertheless, there is a great impact on contemporary society seen the increasing number of divorces. In this way the regulation of custody of minor becomes essential and is currently considered the ideal model for the reality we live in, should be adopted wherever possible.

Keywords: Shared custody. Ideal solution. Principle of Best Interest of Children. Combating parental alienation. Criticism of shared custody.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PANORAMA DA FAMÍLIA.....	11
2.1 Da Evolução Histórica do Ambiente Familiar	11
2.1.1 A família sob a ótica do Direito Romano	11
2.1.2 A família sob a ótica do Direito Canônico.....	14
2.1.3 A família sob a ótica contemporânea	15
2.2 Da Evolução Legislativa da Família no Brasil.....	18
2.2.1 A família antes da Constituição Federal de 1988.....	19
2.2.2 A família na vigência da Constituição Federal de 1988.....	23
2.2.3 A família e a codificação civil brasileira	26
2.3 Do Atual Conceito de Família.....	27
3 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA	29
3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	29
3.2 Princípio da Igualdade.....	30
3.3 Princípio da Afetividade.....	32
3.4 Princípio da Solidariedade Familiar.....	34
3.5 Princípio da Função Social da Família	35
3.6 Princípio da Plena Proteção à Criança e ao Adolescente	36
3.7 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	37
4 DA GUARDA DOS FILHOS.....	40
4.1 Da Evolução Legislativa da Guarda dos Filhos	40
4.2 Do Atual Conceito de Guarda.....	44
4.3 Modalidades de Guarda	46
4.3.1 Guarda conjunta.....	47
4.3.2 Guarda unilateral	47
4.3.3 Guarda alternada	49
4.3.4 Guarda compartilhada.....	50
4.3.5 Aninhamento ou nidação.....	51
5 DA GUARDA COMPARTILHADA	53
5.1 Do Conceito de Guarda Compartilhada.....	53
5.2 Da Previsão Legal do Instituto.....	56
5.3 Da Preferência Pela Adoção da Guarda Compartilhada	61
5.4 Interdisciplinaridade do Tema	62
5.5 Objetivos da Guarda Compartilhada	64
5.6 Críticas ao Sistema de Guarda Compartilhada	66
5.7 Da Relação Entre a Guarda Compartilhada e a Síndrome da Alienação Parental.....	68
5.7.1 Da Síndrome da Alienação Parental	68

5.7.1.1 Conceito e disposição legal.....	69
5.7.1.2 Sujeitos da alienação parental	72
5.7.2 A guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental.....	72
6 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa avaliar a possibilidade de adoção da guarda compartilhada, observando as alterações trazidas pela nova lei (Lei nº 13.058/14). Realizado a partir do método dedutivo, utilizando-se dos procedimentos histórico, comparativo e lógico-sistemático.

Primeiramente, a fim de localizar o tema dentro da ciência do Direito, tem-se que a guarda pertence ao ramo do direito familiar e, portanto, a análise deste instituto é essencial para a compreensão do trabalho. Logo, a família será abordada desde o Direito Romano, analisando suas características também durante o Direito Canônico até, finalmente, se chegar à Contemporaneidade, visando a definição atual de família, bem como o entendimento de sua constituição. No mais, preza-se pela análise dos Princípios Constitucionais mais aplicados ao Direito de Família, haja vista serem estes considerados como fonte do direito e, portanto, de suma importância quando da análise do tema escolhido, por nortearem os profissionais do direito.

Em segunda análise, o tema guarda de filhos será abordado de forma singular, analisando as reformas legislativas no ordenamento jurídico brasileiro até a situação atual, buscando sempre conceituar o instituto, diferenciando de como era anteriormente. Ademais, neste capítulo, será demonstrada as diferentes formas de guarda de filhos, diferenciando-as umas das outras.

Por fim, atingindo o tema que se pretende, a guarda compartilhada será tratada de forma especial, levando-se em conta, assim como nos demais capítulos, a evolução de seu tratamento e previsão legal, sempre acompanhando a realidade fática e suas necessidades, de forma com que o entendimento acerca do tema seja pleno. Neste, uma análise pormenorizada das vantagens desta modalidade de guarda, tendo em vista que o legislador indicou sua preferência por esta e, pelo mesmo motivo, visa-se destacar suas críticas ou desvantagens. E, tendo em vista a relação entre a guarda compartilhada e a alienação parental, ressalta-se a necessidade de definição da síndrome decorrente da prática da alienação parental, bem como de sua previsão legal e definição de seus sujeitos, possibilitando a associação dos institutos, na qual um impede a ocorrência do outro, conforme será demonstrado.

2 PANORAMA DA FAMÍLIA

A entidade familiar é o foco principal deste capítulo, tendo em vista a importância de seu estudo de forma aprofundada antes de adentrar ao tema deste trabalho. É essencial a análise da evolução da família no decorrer dos anos, bem como seus reflexos no mundo do direito, principalmente na legislação pátria, para a compreensão dos institutos atuais ligados à família, tais como a guarda compartilhada.

2.1 Da Evolução Histórica Do Ambiente Familiar

Neste tópico a evolução da família será abordada tendo como base as características da época em decorrência da concentração do poder, uma vez que quem o detinha criava regras e impunham limites e proibições.

Tal análise tem como finalidade possibilitar o entendimento acerca do conceito atual de família, bem como sua abordagem pelo Direito.

2.1.1 A família sob a ótica do Direito Romano

Segundo Cretella Junior (2001, p. 07-12), existem diversos sentidos empregados à expressão direito romano, sendo o primeiro ligado às regras jurídicas vigentes no império romano por aproximadamente 12 séculos, compreendidos pelo período entre a fundação de Roma (753 a.C.), até a morte do imperador Justiniano (565 d.C.). A expressão pode, ainda, estar relacionada ao direito privado romano, excluindo o ramo do direito público, uma vez que, em Roma, o direito privado era desenvolvido com maior grau de perfeição do que o direito público. E finalmente, o terceiro sentido está relacionado às normas jurídicas consubstanciadas num corpo único, sistemático, harmônico, formado, contudo, de várias partes, denominado *Corpus Juris Civilis*, entrando em vigor no século VI por ordem do imperador de Constantinopla, Justiniano.

Sendo o autoritarismo característico de Roma, era necessária uma figura masculina à frente dos familiares, detendo o poder sobre todos. A família era organizada em torno deste homem, denominado *pater*, que “exercia sobre os filhos direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los,

tirar-lhes a vida”. A mulher, por sua vez, não possuía direitos próprios, e era responsável pelos cuidados dos filhos e da casa, sendo economicamente dependente de seu marido, nunca adquirindo autonomia. (PEREIRA, 2009, p. 28-29).

Cretella Junior (2001, p. 77) é imperioso ao afirmar que “a família romana é de base patriarcal: tudo gira em torno de um *paterfamilias* ao qual, sucessivamente, se vão subordinando os descendentes – ‘alieni juris’ -, até a morte do chefe”. Com a morte do *pater*, seus poderes eram transmitidos ao seu filho mais velho ou a outro homem pertencente ao conjunto familiar, sendo vedado que uma mulher os assumisse. Somente uma pessoa do sexo masculino poderia ser o *paterfamilias*.

A família tinha, ao mesmo tempo, caráter religioso, econômico, político e jurisdicional, conforme expõe Pereira (2009, p. 29): “o *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça”.

Neste sentido, também leciona Castro (2002, p. 88-89):

A família romana – família *próprio iure* – no período clássico, encontrava-se estruturada ao redor de um chefe de família, o *pater familias*, pessoa plena de direitos, completamente capaz juridicamente. A ele eram conferidos amplos poderes (religiosos, políticos) sobre todos os membros que compunham a família, ou seja, sobre seus filhos e filhas (legítimos ou legitimados), sobre as mulheres casadas com seus filhos, bem como, sobre os escravos e semi-escravos, que estavam sob o seu poder.

Em Roma, portanto, família é o conjunto de pessoas subordinadas a um mesmo chefe, sendo elas a mulher casada com o chefe, passando a estar sob o poder deste, porém sendo subordinada, ainda, ao seu *pater* originário (*materfamilias*), os filhos do *pater* (o *filiusfamilias* ou a *filiafamilias*), os descendentes e a esposa do *filiusfamilias*, bem como os escravos e a eles assimilados. Neste contexto temos aqueles considerados independentes, denominados *sui iuris*, e os dependentes do *pater*, ou *alieni iuris*. (CRETELLA JUNIOR, 2001, p. 77-81).

Acerca do assunto, Maluf (2010, p. 12) destaca:

Entende-se por *status familiae* a posição que a pessoa exercia dentro da organização familiar: *sui iuris* era a pessoa que não possuía ascendentes masculinos e que estava livre do pátrio poder, não sendo portanto subordinada a ninguém; logo, estava livre para exercer qualquer ato da vida civil; ou *alieni iuris*, sendo pois submetida a qualquer espécie de autoridade

familiar, necessitando de consentimento para a prática de qualquer ato na sociedade romana.

Ainda que, para a existência de um *pater* se fizesse necessário a realização de um casamento, percebe-se que este não necessariamente significava a constituição de uma família, uma vez que os filhos casados, suas esposas e os filhos deste pertenciam a uma mesma família, devendo obediência ao mesmo *paterfamilias*. Frisa-se que a família romana não dependia de vínculos sanguíneos, visto que, conforme demonstrado, os escravos integravam a família, entretanto como patrimônio. (CASTRO, 2002, p.88-89).

O casamento romano era subdividido em duas espécies: *cum manu* ou *sinemanu*¹, sendo o primeiro destinado ao romano nobre, na qual a noiva passaria a pertencer à família do marido, logo, passaria a obedecê-lo, enquanto que o segundo refere-se ao romano comum, sem qualquer cerimônia ou ritual, era automático, bastando que o casal saísse junto algumas noites, assim sendo, a mulher continuava vinculada aos poderes do pai. Cretella Junior (2001, p.85-87) explica que a monogamia era praticada pelos romanos, admitindo o instituto da manus, ou seja, o poder do marido sobre a mulher. Neste contexto, afirma que existiam duas espécies de casamentos (justas núpcias). No casamento *cum manu*, a mulher sai da família de seu pai, ingressando na família de seu marido, ficando sob o poder deste. No casamento *sinemanu* não há qualquer solenidade, continuando, portanto, sob o poder de seu pai. É contrário à tradição romana, pois não se faz uma cerimônia simbólica, caracterizando-o apenas pela condução da mulher à casa do marido.

Um casal, após o matrimônio, deveria ter filhos, sendo que a paternidade nunca poderia ser questionada em razão de ser a gravidez oriunda do vínculo formado pelo casamento. Por outro lado, não havia justificativa passível de aceitação quanto à impossibilidade de ter um filho, sendo que a culpa recaía apenas sobre a mulher, uma vez que a gravidez é uma prerrogativa do sexo feminino e, naquela época, comprovar a esterilidade do homem não era possível. Assim, se o casal não tivesse filhos, o casamento era tido como nulo e a mulher era excluída da sociedade. Neste contexto, surge o instituto da adoção, a fim de minimizar este problema social (DILL e CALDERAN, 2009, s.p.).

¹As expressões *cum manu* e *sinemanu* são originárias do latim e podem ser traduzidas como: com a mão e sem mão, respectivamente.

O parentesco resultante do sangue era chamado cognação, enquanto que agnação era o grupo de pessoas vinculadas ao mesmo *paterfamilias*, independente de vínculo sanguíneo, abrangendo assim os descendentes biológicos e adotivos. Deste modo, a mulher casada com *manus* estava ligada ao irmão em função da cognação, entretanto não estava agnada a ele, pois cada um devia obediência a um *pater*. (CRETELLA JUNIOR, 2001, p. 78-79).

Finalmente, conclui-se que as principais características da família são: a monogamia (admitindo apenas um casamento, garantindo a transferência dos patrimônios dos pais aos filhos) e o patriarcado (identificado pela figura de um chefe de família).

Ressalta-se que esta foi uma importante fase da história quando o assunto é a entidade familiar, principalmente no tocante à figura do *pater* que deu origem à expressão “pátrio poder”, hoje transformada em “poder familiar”, desenvolvido, no entanto, não apenas pela figura masculina, mas por ambos os genitores.

2.1.2 A família sob a ótica do Direito Canônico

Com a decadência do Império Romano, no século IV, em decorrência da incompetência dos Imperadores, das invasões bárbaras e da crise econômica e militar, além da ascensão do cristianismo, este período ficou conhecido como Baixo Império. (CARLAN, 2007, p. 01-02). Com o aumento no número de cristãos o Imperador Constantino tornou o Cristianismo a principal religião do Império Romano, inclusive, transformando Bizâncio em capital e sede de seu império.

Neste contexto, com deslocamento de poder do Estado de Roma à Igreja Católica Romana, o Direito passou a ser ditado pelo cristianismo, por isso denominado Direito Canônico. Assim, só era possível constituir uma família através de uma celebração realizada frente à autoridade religiosa, firmando o matrimônio. A partir de então, temos o casamento como um sacramento da Igreja, portanto somente a morte separaria um casal unido por Deus, não cabendo, portanto, às partes decidirem sobre seu término, tendo como fundamento a expressão: “o que Deus uniu, o homem não separa”, deduzida dos ensinamentos da Bíblia, provenientes de livros como o Evangelho segundo São Mateus e segundo São Marcos. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p.50).

Segundo Dill e Calderan (2009, s.p.), como o Direito Romano deixou de ser prevalente, o casamento somente aconteceria se correspondesse com a vontade de ambos. Neste período, a mulher passou a ter um maior espaço dentro do âmbito familiar, já que a educação dos filhos e cuidados com a casa passou a ser de sua exclusiva responsabilidade. O cristianismo acabou diminuindo a autoridade do homem, como *paterfamilias*, sendo o sacerdócio transmitido ao Clero. Nesta oportunidade, também, aboliu-se o poder que detinha o homem sobre sua mulher, bem como se tornou possível optar pelo regime de comunhão de bens durante o casamento.

Com a grande influência da igreja católica, começou o repúdio às questões como o aborto, concubinato e adultério, a fim de combater tudo o que pudesse levar ao rompimento da relação conjugal. Porém, os homens praticavam, ainda assim, de forma discreta, escondidos da família e da sociedade. O Direito Canônico também relacionou possíveis causas que impediam o casamento, como as causas de incapacidade dos noivos ligada à idade, existência de um casamento anterior, religiões distintas, entre outras, bem como tratou das hipóteses de nulidade do casamento. (DILL e CALDERAN, 2009, s.p.).

Conclui-se, pois, que neste período a entidade familiar era constituída pelo marido, sua esposa e os filhos da união, sendo a formalização perante o poder religioso indispensável.

Válido destacar que o modelo de família aceito pelo cristianismo, conforme estipulado pelo Papa João Paulo II, em 1981, é de um clã bem estruturado com pai, mãe e filhos sob o mesmo teto, esclarecendo, ainda, que não se enquadram nas normas da Igreja, o casamento experimental, a união independente de vínculo, casamento civil de católicos sem celebração religiosa e a segunda união de pessoas divorciadas. (CASTRO, 2002, p. 91).

2.1.3 Família sob a ótica contemporânea

Em virtude do fim Idade Média, inicia-se a Idade Moderna, com a queda do Império Bizantino, em 1453, cujo término se deu com a Revolução Francesa, em 1789. A Idade Moderna foi marcada pelo grande avanço na ciência, decorrente da Revolução Industrial. Neste contexto, a família deixa de produzir o

necessário à própria sobrevivência, passando a desenvolver produtos dentro das indústrias, visando auferir algum lucro. (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 04).

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 51) ressaltam:

Com a maior demanda de mão de obra e aumento da carência econômica pela pobreza disseminada, as mulheres – que outrora se limitavam ao já exaustivo labor doméstico – ingressaram maciçamente no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. [...] Com a redução do espaço das áreas de convivência e com o alto custo de vida, passou-se a repensar o tamanho da prole e a valorizar a aproximação dos seus membros e seu vínculo afetivo.

Com a Revolução Francesa, inicia-se a chamada Idade Contemporânea, que perdura até os dias atuais.

Frente ao significativo avanço tecnológico, científico e cultural, os padrões familiares anteriormente fixados dão espaço a uma família contemporânea, que traz um novo conceito baseando-se na realidade da nova sociedade. Para Farias e Rosensvald (2008, p. 05), “abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”.

Neste período, passam a fazer parte dos elementos constitutivos da família, o afeto, a amizade, a intimidade e a comunicação emocional, deixando de ser a família uma entidade de produção (aspecto econômico e reprodutivo). Lôbo (2009, p. 03) destaca que “a família perdeu seu papel de ‘comunidade de produção’; a sociedade conjugal de trabalhadores é muito mais caracterizada pelo consumo conjunto e não mais pelo ganha-pão conjunto”.

O casamento deixa de ser essencial, reconhecendo a família como uma “organização subjetiva fundamental”. Logo, para a concepção moderna, o casamento deixa de ser a única forma de constituir uma família, dando espaço a outros modos, conforme Pereira (2009, p. 30): “substituiu-se, à organização autocrática uma orientação democrático-efetiva”.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 51),

A simples observação da realidade que nos cerca permite ver, que, neste momento, reconhecido como ‘pós-modernidade’, há uma variada gama de arranjos familiares que se enquadram na tutela jurídica constitucionalizada da família, com os olhos voltados para um evidente e contínuo processo de dessacralização e despatrimonialização do Direito de Família.

Além disso, a função procracional, antigamente influenciada pela tradição religiosa, perdeu o sentido frente aos casais sem filhos, por motivos de infertilidade ou até mesmo da primazia da vida profissional. A procriação não é imprescindível e a adoção passa a ser favorecida constitucionalmente, torando aceitas as uniões homossexuais (LÔBO, 2009, p. 03).

Não há uma figura masculina autoritária, não existe mais o poder concentrado nas mãos do *pater*, onde a mulher e seus filhos estavam subordinados às decisões e ordens daquele, até mesmo em razão dos movimentos feministas, que garantiram direitos, que anteriormente somente os homens possuíam, além da conquista de um espaço no mercado de trabalho ocasionado pelo surgimento das fabricas. Aqui, passa a ter prioridade o diálogo entre os membros da família, baseando-se sempre na confiança e fidelidade. Neste sentido, Pereira (2009, p. 30) destaca que “o centro de sua constituição deslocou-se do princípio para o da compreensão e do amor”.

Atualmente, o conceito de família “assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psicoafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 08).

Para Castro (2002, p. 93): “passa-se para um modelo onde a família representa um centro de recuperação de energias, um lugar de companheirismo e afetividade”.

Temos hoje, um conceito amplo de família, frente à realidade vivenciada. Não é mais necessária a figura de um chefe (“*pater*”), nem de uma celebração de união de determinado casal. A família pode ser constituída, portanto, de inúmeras formas, bastando a presença do afeto, logo, é possível que, além daquele antigo modelo de família, a genitora e seu filho sejam considerados uma família, bem como duas pessoas do mesmo sexo e sua prole (oriunda de inseminação artificial ou adoção, por exemplo), ou o pai e seus ascendentes. Maluf (2010, p. 36), sintetiza: “a mentalidade da sociedade contemporânea mudou e o casamento em sua forma tradicional passou a representar somente mais uma das formas de relacionamento familiar”.

Muito embora a família contemporânea não conta com a presença de um *paterfamilias*, os genitores, biológicos ou adotivos, possuem o chamado poder familiar, definido por Diniz (2011, p. 588) como “conjunto de direitos e obrigações,

quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”. Este poder pode, excepcionalmente, ser exercido por apenas um dos pais, na falta do outro, além disso, nada impede que haja a suspensão ou destituição do poder familiar, em função de determinado comportamento do pai ou da mãe, através de decisão judicial.

2.2 Da Evolução Legislativa Da Família No Brasil

Conforme analisado, com o passar do tempo, a sociedade vem passando por diversas transformações, e, conseqüentemente, visando acompanhar determinada evolução, os institutos vão ganhando novos conceitos, sendo os legisladores forçados à regulamentar a realidade fática. Assim, com as mudanças na abordagem, definição e caracterização de família, não restam dúvidas de que o Direito também sofreu algumas reformas.

Segundo entendimento de Diniz (2011, p. 23-25), o termo família, no âmbito jurídico, possui três acepções fundamentais, quais sejam: a amplíssima, a lata e a restrita. A expressão família no sentido amplíssimo abrangeria todas as pessoas interligadas através da consanguinidade ou afinidade, ainda que considerados estranhos, incluindo na família os empregados domésticos, bem como seus cônjuges e filhos. De outra banda, se for levado em conta o sentido lato, temos como membros da família o cônjuge ou companheiro e seus filhos, assim como os parentes em linha reta ou colateral e, ainda, os afins, ou seja, os parentes do cônjuge ou companheiro. Entretanto, a análise do termo sob uma ótica restrita, tem-se que a família é formada basicamente pelos cônjuges e seus filhos, em outras palavras, seria afirmar que família são as pessoas unidas por laços de matrimônio e filiação, enquanto que entidade familiar se constituiria dos pais que vivem em união estável, ou apenas um deles, e seus filhos.

Nosso ordenamento jurídico emprega a palavra família, observando as acepções, baseando-se em cinco critérios básicos, conforme defendem Diniz (2011, p. 25-26) e Pereira (2009, p. 23-24). O primeiro deles está relacionado à autoridade e, por esta razão, considera-se família apenas os pais e seus filhos menores de idade. Vale dizer que este critério está intimamente ligado à acepção lata do termo

família. Nesta, os pais exercem a autoridade, participando da criação e educação dos filhos, bem como os orientam e fazem a transmissão de seus conhecimentos e costumes. De acordo com o critério alimentar, a expressão família compreende apenas os ascendentes, descendentes e irmãos. O terceiro, por sua vez, diz respeito às sucessões, considerando família aquelas pessoas cuja lei relaciona como herdeiras umas das outras, ou seja, os parentes em linha reta e os colaterais de até 4º grau, bem como os cônjuges ou companheiros. Com relação ao critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família é formada pelos cônjuges ou companheiros, seus filhos menores e maiores inválidos ou em curso superior custeado pelos pais, até os 24 anos de idade, bem como pelas filhas solteiras e, ascendente inválido que dependa do contribuinte, por fim, pelos filhos que não residem no mesmo endereço, mas que fazem jus aos alimentos fixados judicialmente. Por derradeiro, o critério previdenciário considera como família os cônjuges ou companheiros, seus filhos de até 21 anos e não emancipados ou inválidos, bem como os enteados e menores sob sua tutela.

Este tópico, portanto, tem como finalidade observar a abordagem do tema “família” no ordenamento jurídico brasileiro, analisando cada norma jurídica tendo em vista sua ligação com a realidade social da época de sua publicação e vigência, possibilitando a compreensão dos sentidos empregados ao termo família nas normas atuais.

2.2.1 A família antes da Constituição Federal de 1988

Importante ressaltar que o Brasil já teve sete Constituições. A Constituição do Império, de 1824, não tratava sobre os direitos da família, já que neste período o catolicismo era a religião oficial. Existia apenas o casamento religioso.

A Constituição da República, de 1891, por sua vez, tratou pela primeira vez do casamento civil. Com a determinação da gratuidade da celebração, extinguiu-se a relação entre o Estado e a Igreja, e, o catolicismo deixou de ser a religião oficial. Neste momento, conforme se observa no artigo 72, §4º, a família era constituída através da realização do casamento civil, não bastando a celebração religiosa:

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

A Lei Maior de 1934, a segunda da República, em seu artigo 138, alínea “d”, obrigava o Estado (União, Estados e Municípios) a socorrer as famílias com grandes números de filhos.

O artigo 144, por sua vez, estabelecia a condição de indissolubilidade do casamento, além de garantir-lhe a proteção estatal:

Art. 144 A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso exofficio, com efeito suspensivo.

Esta Constituição, ainda, declarava que o casamento seria civil e gratuito. No mais, esclarecia que os casamentos religiosos gerariam efeitos civis, se não contrariassem as normas da época, conforme dispunha o artigo 146, *caput* e parágrafo único:

Art. 146 O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Além disso, igualou os impostos referentes à herança do filho natural reconhecido à do filho legítimo, conforme artigo 147: “O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.”.

Na chamada Constituição Polaca, de 1937, há uma repetição dos ditames da Constituição vigente anteriormente, uma vez que o conteúdo de seu artigo 124, “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção

especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”, seguia a ideia contida nos artigos 138, alínea “d” e 144 da Carta de 1934. Em contrapartida, regulamentou o dever dos pais de educar os filhos, não tirando, entretanto, a responsabilidade estatal, conforme se observa no artigo 125:

Art. 125 A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Acrescentando, ainda, em seu artigo 126 a questão da igualdade entre os filhos naturais e legítimos: “aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”, e ainda, em seu artigo 127, garantiu proteção à infância e juventude:

Art. 127 A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

A Constituição de 1946, marcada pelo retorno da Democracia, mantém as características anteriores, principalmente sobre a questão da indissolubilidade do casamento, conforme se observa pelo artigo 163:

Art. 163 A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§1º O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Ainda que o artigo 164 traga uma nova redação, a ideia relacionada à assistência e ao amparo às famílias com grande número de filhos se mantém a

mesma: “é obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa”.

A inovação da Carta está nas questões relacionadas à sucessão, descritas no artigo 165: “a vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.”

No que se refere à Lei Maior de 1967, em seu texto original, no artigo 167, manteve o casamento como sendo indissolúvel:

Art. 167 A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel.

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Entretanto a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, excluiu a condição de indissolubilidade do casamento civil, instituindo o divórcio em nosso ordenamento:

Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 175 [...]"

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

Além disso, a Lei nº 6.515/77 objetivou reforçar e regulamentar a ideia da possibilidade de se desfazer o casamento:

Art. 2º A Sociedade Conjugal termina:

I pela morte de um dos cônjuges;

II pela nulidade ou anulação do casamento;

III pela separação judicial;

IV pelo divórcio.

Parágrafo único O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Após diversas alterações no mundo jurídico, em 1988, começa a vigorar nossa Constituição Federal atual, trazendo novas visões sobre o tema família.

2.2.2 A família na vigência da Constituição Federal de 1988

Com o advento da atual Constituição Federal, em 1988, a família passou a ser vista de forma ampla, não exigindo uma celebração oficial para unir duas pessoas.

O reconhecimento da entidade familiar se dá através do casamento, união estável ou, união temporária que tenha gerado descendência. Coltro (2000, p. 32) define núcleo familiar como “o agrupamento de pessoas envolvidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses”. Para complementar tal ideia descreve Castro (2002, p. 94): “ressalta-se que o vínculo é formado pelo casamento civil (ou religioso com efeito civil), pela união estável ou pela relação parental entre ascendentes e descendentes”.

O artigo 226 da Lei Maior traz uma espécie de conceito de família, abordando seus principais aspectos e características:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Entretanto, conforme observado por Farias e Rosenvald (2009, p. 35), ainda que a própria Constituição conceitue família no *caput* do artigo 226, o faz de forma plural e indeterminada, firmando uma “cláusula geral de inclusão”, assim a

concretização do tipo fica dependente do cotidiano, das necessidades e avanços sociais. Acrescentando ainda, com a formação de núcleos familiares, estes farão jus à proteção legal sem qualquer distinção entre eles.

Além disso, conforme delineado por Castro (2002, p. 95) merece destaque a possibilidade de uma família mononuclear, ou seja, aquela formada por um dos ascendentes e seus descendentes, bem como explicação de Farias e Rosenvald (2008, p. 11), destacando ainda o cabimento de uma família homoparental, na qual os ascendentes são do mesmo sexo:

Pois bem, essa ruptura definitiva com um modelo necessariamente heteroparental, fundado na chefia paterna, propicia o reconhecimento de novos grupos familiares, como as famílias monoparentais (comunidades de ascendentes e descendentes, no claro exemplo da mãe solteira com sua filha), demonstrando a possibilidade de estruturas familiares homoparentais.

Ressalta-se, ainda, que com o surgimento do divórcio em 1977, regularizou-se a situação dos que estavam separados de fato ou judicialmente, permitindo a contração de um novo casamento ou união estável, levando em consideração a nova Carta que a reconhece como família.

O artigo 227, *caput*, por sua vez, relaciona os direitos da criança, do adolescente e do jovem que devem ser assegurados pela família, sociedade e Estado, visando protegê-los em razão de suas limitações e necessidades naturais:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Este mesmo dispositivo traz, ainda, em seu §5º que a adoção deve ser procedida perante o Poder Público, que estabelecerá casos e condições quando se tratar de estrangeiros, observando a lei específica. Além disso, em seu §6º, proíbe a discriminação entre os filhos, garantindo-lhes iguais direitos e qualificações, não importando se foram havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção.

A Magna Carta inova também ao trazer em seu artigo 229 a seguinte redação: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou

enfermidade”, surgindo, assim, um dever dos filhos maiores de ajudar e amparar seus pais em situações extremas, como uma espécie de retribuição pelos cuidados por eles prestados.

A Constituição garante que a família será protegida pelo Estado independente de como foi constituída, segundo análise de Farias e Rosenvald (2008, p. 09):

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade.

É possível observar que o Direito vem se modulando conforme as necessidades da sociedade, principalmente regulamentando questões relacionadas às mudanças fáticas. Neste sentido, temos a Constituição Federal como um grande avanço no ordenamento jurídico nacional. No tema abordado, por exemplo, a Lei Maior se mostra revolucionária com relação às Cartas anteriores, já que traz um conceito ampliativo para a entidade familiar, permitindo ser ela constituída de diversas formas e não mais somente através de um casamento.

Segundo Carbonera (1998) apud Castro (2002, p. 95), o mérito da Constituição Federal de 1988 está relacionado ao fato de apresentar novos contornos, servindo como sugestão de modelos para a formação de novas famílias.

É certo que a Constituição Federal de 1988, vigente atualmente, embora bastante evoluída quando comparada às anteriores, está em desconformidade com a nossa realidade. Existem situações vivenciadas, que ainda que tenham sido regulamentadas por lei esparsa sem contrariar os ditames e princípios constitucionais, não foram tratadas diretamente na Constituição Federal, como é o caso dos casamentos e uniões homoafetivas, aceitas e reconhecidas jurisprudencialmente. Conclui-se que o Direito quase nunca precede as mudanças, ou seja, na maioria dos casos, primeiro se tem transformações na sociedade e somente após, estas serão regulamentadas, portanto, o âmbito jurídico não está parado, mas estará sempre inovando e se adequando às necessidades.

2.2.3 A família e a Codificação Civil Brasileira

Previamente, necessário frisar que o Código Civil de 1916 não conceituava família, mas impunha limites quanto a sua caracterização, sendo constituída somente a partir da realização do casamento entre um homem e uma mulher, uma vez que, na época, eram obedecidas as regras do Direito Canônico, sendo, portanto, indissolúvel o vínculo matrimonial, conforme exposto no item 3.2 do presente estudo. O Código Civil de 1916 abordava tanto o aspecto pessoal quanto o patrimonial do Direito de Família.

As formas de se desfazer um casamento vieram a ser tratadas em lei específica na década de 70, surgindo a separação e o divórcio.

A partir deste cenário era possível conceituar família de duas formas: em sentido estrito, os cônjuges e sua prole formariam a família, sendo que o conjunto de pessoas ligadas a um ancestral em comum configuraria o conceito em sentido amplo, já que estariam incluídas todas as pessoas vinculadas consanguineamente ou por afinidade, ou seja, todos os descendentes de uma pessoa, sendo em linha reta, colateral ou até mesmo os afins.

As primeiras discussões acerca de um novo Código Civil Brasileiro tiveram início na década de 70. Entretanto, somente após aproximadamente três décadas o projeto foi aprovado e transformado na Lei nº 10.406/2002, vigente até hoje.

No âmbito do Direito de Família, temos a divisão em quatro títulos, sendo o primeiro referente aos Direitos Pessoais, o segundo, Direito Patrimonial, o terceiro disciplina a União Estável, enquanto que o quarto é dedicado à Tutela e Curatela.

O conceito de família adotado atualmente é aquele mencionado no item 2, ou seja, o grupo de pessoas ligadas pelo sangue ou pelo afeto, que convivem em um mesmo ambiente. A família nada mais é do que o primeiro grupo social a que o ser humano passa a pertencer, aquele responsável pelos cuidados, formação e educação, além da transmissão de valores e costumes sociais. É no núcleo familiar que o indivíduo conhece a si mesmo desenvolvendo sua personalidade e despertando seus principais interesses.

É nesta perspectiva que o Código Civil vem regulamentar e defender os interesses ligados à família, em outras palavras, delimita o Direito de Família.

Segundo análise de Farias e Roselvald (2008, p.11), com relação à Constituição Federal e ao Código Civil vigente, tem-se uma família pluralizada, democrática, substancialmente igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou sócio-afetiva e de caráter instrumental. Totalmente diferente na delineada pelo Código Civil de 1916, onde a família era matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e de caráter institucional.

Outrossim, conclui-se que a família antiga se distingue, em diversos aspectos, da família contemporânea, uma vez que hoje, admite-se como família diversas pessoas unidas, seja consanguineamente ou afetivamente, sendo o conceito atual considerado amplo. Além disso, não existe mais um modelo de família padrão, não é necessário que haja, necessariamente, um homem, uma mulher e seus filhos, para a constituição de um núcleo familiar. A família atual tem, ainda, como importante característica a igualdade entre os membros, não havendo aquela antiga ideia de subordinação a um dos membros, além disso, os cuidados e o sustento dos filhos é dever de ambos os genitores, não havendo mais aquela distribuição de que o pai deve custear as despesas enquanto a mãe fica responsável pela educação, cuidado e transmissão de valores. A família pautada nas leis vigentes dá prioridade ao afeto, compreensão e lealdade entre os membros.

2.3 Do Atual Conceito De Família

O conceito de família não é estático e fechado, uma vez que vem, ao longo dos anos, sofrendo diversas alterações. Na verdade, o comportamento da sociedade é o responsável por esta definição, tendo em vista que a cada realidade fática temos uma forma distinta de se caracterizar e constituir determinado instituto, não sendo diferente, portanto, quando se trata da entidade familiar. Diante do exposto, será a família neste tópico definida nos moldes de nossa situação atual.

Pode-se dizer que família é o grupo de pessoas ligadas entre si, em razão de um descendente em comum ou por questões afetivas, que vivem num mesmo ambiente. Trata-se do primeiro espaço em que o ser humano é inserido, a célula básica de uma sociedade, conhecida como “célula germinal da comunidade estatal” (MEDEIROS, 1997, apud DILL e CALDERAN, 2009, s.p.). Segundo Dessen e Polonia (2007, p. 22), em face do início do processo de socialização da criança, a família tem um papel de extrema importância, pois incumbe-lhe, além dos cuidados

e educação - sendo considerada a “matriz da aprendizagem humana”- o dever de passá-la costumes e valores sociais, preparando-a para encarar o mundo e a sociedade como um todo.

Conforme conceituada no Dicionário Michaelis:

Família - fa.mí.lia: *sf(lat família)* **1**Conjunto de pessoas, em geral ligadas por laços de parentesco, que vivem sob o mesmo teto, particularmente o pai, a mãe e os filhos. **2**Conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem ou provenientes de um mesmo tronco; estirpe. **3**Pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas entre si por casamento, filiação, ou mesmo adoção, que vivem ou não em comum; parentes, parentela.

É possível encontrar a definição de família no artigo 17 do Pacto San José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969: “família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Para Farias e Rosenvald (2008, p. 01), “família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social” e, ainda, para Coltro (2000, p. 25-26), “constitui-se, a família, na primeira forma de agrupamento humano, por isso que preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade e é considerada a célula mater de uma nação”. Ora, é em seu meio natural que o ser humano define sua personalidade e desperta seus principais interesses, buscando, na maioria das vezes, coisas ligadas ao perfil da família. Demonstrada está a importância da família para o indivíduo, sua preparação para participar de outros grupos sociais depende basicamente da estrutura por ela fornecida.

Para concluir, Diniz (2011, p. 31) conceitua família como “o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.

3 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Também o Direito de Família é informado por princípios, advindos com a edição da Constituição Federal, que tratou de impor eficácia às normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais, através do parágrafo 1º, do artigo 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os princípios que regem o Direito de Família, não podem ser taxativamente enumerados, trazendo cada autor uma quantidade diferenciada de tais normais. Apontam-se aqui, longe de se tentar esgotar a matéria, as normas mais importantes que ordenam o tema.

Dentre os princípios gerais aplicáveis ao Direito de Família, destaca-se o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Igualdade.

Já os princípios especiais, que são peculiares do Direito Familiarista e possuem estreita ligação com o tema do trabalho, são o da Afetividade, o da Solidariedade Familiar, o da Função Social da Família, o da Plena Proteção à Criança e ao Adolescente e o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Reconhecido como a maior conquista do Direito Brasileiro nos últimos anos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi consagrado como fundamento do Estado Democrático de Direito, estando inserto no inciso III, do artigo 1º da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Segundo a lição de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 74):

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Lôbo (2009, p. 37) define a dignidade da pessoa humana como um “núcleo existencial comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”. Para Dias (2007, p. 60):

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. [...] A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Madaleno, por sua vez, destaca que “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa”. Assim, conclui-se que o Direito de Família está pautado neste princípio constitucional, conforme expõe Lôbo (2009, p. 39) ao declarar que “a família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram”.

3.2 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade, também conhecido como Princípio da Isonomia, é um dos maiores sustentáculos do fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana, uma vez que impede a ocorrência de qualquer tipo de discriminação.

Com fundamento em normas constitucionais, tais como o artigo 5º, I:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Assim como o artigo 226, § 5º: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

E, ainda, o artigo 227, §7º:

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

§7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

O Código Civil, ao regular o Direito de Família, consagrou a igualdade entre homens e mulheres, bem como entre os filhos, não admitindo nenhuma forma de discriminação, como se pode observar da leitura do artigo 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, bem como do disposto no artigo 1.565:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

§2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

E, finalmente, do texto legal do artigo 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Não se verifica mais, portanto, a possibilidade de se imprimir tratamento diferenciado entre homens e mulheres, no âmbito familiar, nem entre os filhos, em razão de sua origem.

Madaleno (2008, p. 21) observa que:

Essa igualdade dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento das necessidades do seu grupo familiar e outras diretivas também proclamadas pelo calor da progressão isonômica, mas contestadas no mundo axiológico pelo contrafluxo de evidências que, lamentavelmente, ainda apontam e sinalizam para a existência de uma distância abismal da desejada paridade.

Farias e Rosenvald (2008, p. 41) advertem:

[...] vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal.[...] Não se perca de vista que a igualdade entre os filhos é medida que concretiza a dignidade da pessoa humana, olvidada pelo Código Civil de 1916 e pelas Constituições anteriores. Demais disso, a mais saliente consequência da afirmação do princípio da isonomia entre os filhos é tornar o interesse menorista o principal critério de solução de conflitos que envolvam crianças ou adolescentes, alterando o conteúdo do poder familiar – que, de há muito, materializava uma concepção hierarquizada de família, salientando a primazia paterna.

Segundo Lôbo (2009, p. 42), o princípio da igualdade entre homens e mulheres, entre filhos e, ainda, entre entidades familiares provocou uma profunda transformação no direito de família. Destacando que este é destinado ao legislador, a fim de que edite normas que não o contrarie, à administração pública, visando a implantação de políticas públicas aniquilando as desigualdades reais existentes, à administração da justiça, para que decida os conflitos sem fazer distinções, e finalmente, às pessoas para que observem tal preceito diariamente.

3.3 Princípio da Afetividade

Norma de otimização específica do Direito de Família brasileiro, o Princípio da Afetividade é o centro em torno do qual gira o moderno Direito de Família.

Este princípio, segundo Dias (2007, p. 67), “faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais”.

Mola propulsora dos laços e relações familiares, o afeto deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco.

Decorre da liberdade que o indivíduo possui de afeiçoar-se a outro; das relações de convivência entre os casais e entre estes e sua prole e, ainda, entre os parentes.

Conforme leciona Madaleno (2008, p. 67):

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência de afeto. [...] Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (art. 1.596, CC), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo

ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (art. 1.593, CC), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, CC); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional.

Lôbo (2008, p. 48) identifica três fundamentos essenciais do Princípio da Afetividade na Constituição Federal, elencando:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

No Código Civil, embora o termo afeto não seja utilizado, pode-se reconhecer tal elemento em situações carecedoras de tutela. Para a definição da guarda de filho em casos de separação dos pais, por exemplo, tal Diploma menciona o laço de afetividade como elemento indicativo, conforme se infere do disposto no parágrafo 5º do artigo 1.584:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Também em outros dispositivos pode-se observar a valoração do afeto, como nos artigos 1.511, quando se estabelece a comunhão plena de vida no casamento, 1.593, quando se admite, além do parentesco natural e civil, outra origem da filiação, 1.596, quando determina a igualdade na filiação, e 1.604, quando estabelece ser irrevogável a perfilhação.

As aplicações deste princípio no Direito de Família são inúmeras, não sendo possível, neste trabalho, esgotá-las.

Salienta-se, todavia, ser inquestionável que a força deste princípio impera e sujeita todo o Direito de Família, balizando os modelos aplicáveis os institutos familiaristas.

Por isso, em observância ao Princípio da Afetividade, toda e qualquer análise de situações submetidas ao Direito de Família deve ser realizada de forma imparcial, compreensiva e sensível, deixando-se de lado as convicções pessoais e,

ainda, tentando-se compreender as partes envolvidas, respeitando-se as diferenças e, principalmente, valorizando-se os laços de afeto ligam os membros que compõem aquele núcleo familiar.

3.4 Princípio da Solidariedade Familiar

Este princípio não diz respeito somente à afetividade que necessariamente deve existir entre os membros de uma família, mas, também, a uma forma de responsabilidade social inerente às relações familiares.

A solidariedade familiar significa a reciprocidade de compreensão e cooperação entre os cônjuges e entre eles e seus filhos. Lôbo (2009, p. 40) informa que “o princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais”.

A mútua assistência imposta aos cônjuges pelo artigo 1.566, III, do Código Civil é exemplo do dever de solidariedade familiar. Da mesma forma, o dever de garantir prioritariamente os direitos das crianças e adolescentes, protegendo-lhes a vida e a saúde, assegurando-lhes a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 227, concretiza o Princípio da Solidariedade Familiar.

Na lição de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 93):

A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Não se pode deixar de notar que a mútua assistência material é a repercussão patrimonial da ideia de solidariedade, tão em evidência no sistema normativo brasileiro.

Os membros da família são, em tese, reciprocamente credores e devedores de alimentos, justificando-se, assim, a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, e, ainda, com base no poder familiar, o dever em face dos filhos menores.

O Princípio da Solidariedade incide sobre a família constantemente, impondo deveres a ela, enquanto ente coletivo, bem como a seus membros, de forma individual.

Ainda, tal princípio determina normas ao julgador a fim de que solucione os conflitos familiares atentando contemplando as influências humanas e sentimentais que estão sempre envolvidas em casos deste jaez.

3.5 Princípio da Função Social da Família

A família é a base da sociedade. Com esta afirmação, a Constituição da República determina que a socialidade também deva ser empregada aos institutos relacionados ao Direito de Família.

Desta forma, a família é tida hoje como um meio utilizado na busca da felicidade nas relações sociais.

Segundo Farias e Rosenthal (2008, p. 73):

é lícito asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros.

Tendo em vista que o indivíduo adquire sua personalidade sociocultural no seio da família, tem esta importante papel sob a ótica familiarista, já que permite a realização do projeto de vida idealizado por cada um de seus membros.

Muitos são os reflexos advindos deste princípio, podendo-se, enumerar, exemplificativamente, o respeito à igualdade entre os cônjuges e companheiros, a relevância da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito aos núcleos familiares contemporâneos, como as uniões homoafetivas.

Situação clássica de aplicação deste princípio diz respeito à guarda dos filhos, que devem permanecer sob a responsabilidade de quem possua maior afinidade com o exercício do *munus*, podendo o juiz suspender o poder familiar do pai ou da mãe que extrapolar o âmbito de sua autoridade e se desviar dos deveres àquele ligados.

O surgimento da guarda compartilhada, da mesma forma, também é a consagração do Princípio da Função Social da família, haja vista ter ocorrido em virtude da evolução social desta.

Tem este tipo de guarda o objetivo de colocar em equilíbrio os papéis exercidos pelos pais após o divórcio, uma vez a que sociedade moderna exige que a tutela dos filhos menores respeite o melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de que as consequências nefastas do rompimento conjugal sejam minimizadas, buscando a concretização da finalidade social da família.

3.6 Princípio da Plena Proteção à Criança e ao Adolescente

Princípio que possui maior relação ao tema do presente trabalho, é consequência direta do disposto no artigo 227, da Constituição Federal e desdobramento do Princípio da Função Social da Família, haja vista que, em respeito a este, o preceito em voga impõe aos membros do grupo familiar a obrigação de garantir a promoção moral, material e social da criança e do adolescente. (MADALENO, 2008, p. 68).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra tal princípio, conforme se observa adiante:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

E, ainda:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Este princípio, o mais evidente do Direito da Criança e do Adolescente, sintetiza a integralidade dos direitos fundamentais que são inerentes à pessoa e, ainda, aqueles especiais que pertencem à pessoa em desenvolvimento.

Este princípio, como ensina Lôbo (2008, p. 55): “não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.

A condição especial de pessoa em desenvolvimento faz com que crianças e adolescentes, em virtude de serem vulneráveis e frágeis, sejam objetos de legislações que lhe assegurem a satisfação das suas necessidades, em todos os seus aspectos, estando incluída aí a saúde, a educação, a recreação, a profissionalização, entre outros.

O princípio da proteção integral tem por base a teoria de que crianças e adolescentes possuem direitos junto à família, à sociedade e, também, ao Estado, não se admitindo mais a retrógrada concepção de que são meros objetos. Foram, pois, alavancados a titulares de direitos comuns a todas as pessoas e, ainda, daqueles especiais, oriundos da sua peculiar condição de seres em desenvolvimento.

Conforme leciona Cury (2008, p. 36):

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

Verifica-se, pois, que o Princípio da Proteção Integral é o fundamento de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente, uma vez que pressupõe que estes são possuidores de direitos, mas não possuem capacidade para o seu exercício e, por isso, precisam de terceiros para que interesses fundamentais sejam protegidos.

3.7 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Desdobramento do princípio anterior, fundamentado também nos artigos 227, *caput*, da Constituição Federal, 4º, *caput*, e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), este preceito garante a prioridade no fornecimento de proteção e socorro à criança em qualquer situação, com vistas à obtenção dos

serviços públicos e execução das políticas sociais públicas previstos naquele Estatuto.

O princípio em tela pode ser visto como direito fundamental e, por isso, toda a sociedade deve observá-lo, visando proteger os interesses das pessoas reconhecidas pelo ECA como seres em desenvolvimento.

Consequência da imperatividade do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é a obrigatoriedade de sua observação pelos operadores do direito que, assim fazendo, favorecem a realização pessoal daqueles, independentemente dos vínculos biológicos que os ligam a seus genitores.

Fachin (1996, p. 98) observa que este preceito é:

Um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.

Tanto este princípio se tornou orientador para o legislador e para os aplicadores, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em litígio que decidiria o futuro de um menor, utilizou-o como fundamento de sua decisão, nestes termos:

Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de guarda de menores ajuizada pelo pai em face da mãe. Prevalência do melhor interesse da criança. Melhores condições.

- Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA.

- Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA.

- A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação.

- Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado

com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo.

- Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irreversíveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta.

- Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas.

- O pai, por conseguinte, deverá ser chamado para complementar monetariamente em caráter de alimentos, no tocante ao sustento dos filhos, dada sua condição financeira relativamente superior à da mãe, o que não lhe confere, em momento algum, preponderância quanto à guarda dos filhos, somente porque favorecido neste aspecto, peculiaridade comum à grande parte dos ex-cônjuges ou ex-companheiros.

- Considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à genitora, invertendo-se o direito de visitas.

- Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, s32oem que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade.

Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo. (STJ – REsp 964836/BA – Relatora Ministra Nancy Andrichi – 3ª. Turma – Data do Julgamento 02/04/2009 – Dje 04/08/2009).

Strenger (2006, p. 62) define o interesse do menor desta forma:

Consideram-se interesse do menor todos os critérios de avaliação e solução que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas.

Em resumo, este princípio tem a função de guiar o magistrado na busca do que é mais vantajoso ao menor no que se refere à sua maneira de vida, ao seu futuro, ao seu desenvolvimento e à sua felicidade.

4 DA GUARDA DOS FILHOS

O presente capítulo tem como função aprofundar o estudo da guarda dos filhos em caso de separação ou divórcio dos genitores. Importante, portanto, a análise da sua evolução no direito brasileiro, levando-se em conta que este segue a realidade fática da época, a fim de se chegar a um conceito atual do tema. Ademais, a demonstração das mais diversas formas de se aplicar a guarda dos filhos é, também, o objetivo percorrido por este, relacionando sempre aos princípios informadores do Direito de Família, principalmente o do melhor interesse do menor.

4.1 Da Evolução Legislativa Da Guarda No Brasil

“Embora o caminho percorrido pelo legislador brasileiro tenha sido extenso, ressalta-se que a prevalência do interesse do menor sempre esteve em evidência quando das discussões acerca de sua guarda” (AKEL, 2008, p. 76).

O decreto nº181 de 1890 foi o primeiro a tratar do instituto da guarda no direito pátrio, estabelecendo que a sentença do divórcio deveria entregar a prole do casal ao cônjuge inocente e fixar uma cota ao culpado visando a manutenção dos filhos.

Em 1916, com a chegada do Código Civil, a guarda foi disciplinada no capítulo da dissolução da sociedade conjugal e da proteção dos filhos. Regia o artigo 384 que competia aos pais terem em sua companhia e guarda os filhos legítimos, legitimados, naturais, reconhecidos ou adotivos, sendo possível reclamar caso alguém os detenha de forma ilegal (OLIVEIRA, 2009, p. 146), conforme se pode observar do próprio dispositivo legal:

Art. 384 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I. Dirigir-lhes a criação e educação.

II. Tê-los em sua companhia e guarda.

III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem.

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

V. Representá-los nos atos da vida civil.

V. Representá-los, até aos dezesseis annos, nos actos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos actos em que forem partes, supprindo-lhes o consentimento. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

VI. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

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

Estabelecia, ainda, em seu artigo 326, que se amigável a separação, o acordo entabulado pelo casal seria observado no que tange à guarda dos filhos, enquanto que se litigiosa a separação, a culpa de um ou de ambos os cônjuges era determinante para a concessão da guarda do menor, bem como o sexo e a idade do menor. “Referida legislação também previa que, havendo motivos substanciais, ou seja, motivos graves, o magistrado consideraria, sempre, a prevalência do interesse do menor, decidindo da maneira mais conveniente para este” (AKEL, 2008, p. 77):

Art. 326 Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Após, com o Decreto-lei nº 3.200/41 foi disciplinada a guarda dos filhos naturais, de modo com que o menor ficaria com o genitor reconhecente ou se ambos o fossem, ficaria sob o poder do pai, salvo em casos excepcionais em que o juiz decidisse pelo interesse do menor. Ademais, o Decreto-lei nº 9.704/46 garantia aos pais o direito de visita à prole, quando este não detinha a guarda fixada em seu favor (AKEL, 2008, p. 77).

Posteriormente, entrou em vigência a Lei nº 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, alterou o artigo 326 do Código Civil de 1916 e prevendo a guarda dos filhos quando ambos os cônjuges fossem culpados pelo fim do casamento, onde, segundo Lisboa (2004, p. 190): “contemplava-se a guarda em favor do cônjuge inocente e, no caso de culpa recíproca, a genitora poderia ficar na companhia das filhas e dos filhos de até seis anos de idade”, Akel (2008, p. 77) segue a mesma linha de raciocínio ao detalhar que, em casos de separação litigiosa, a guarda seria atribuída ao cônjuge inocente ou à mãe se ambos os fossem declarados culpados, no entanto, se o juiz verificasse a impossibilidade de conceder a guarda a qualquer um dos genitores, deveria indicar pessoa idônea da família a fim de exercer a função de guardião, garantindo o direito de visitas.

A Lei nº 5.582/70 acrescentou informações ao antigo Decreto-lei nº 3.200/41, estabelecendo que quando o filho natural fosse reconhecido por ambos os

genitores ficaria sob a companhia materna, salvo comprovação de prejuízo ao menor, bem como permitindo a colocação dos filhos menores sob a guarda de terceiro, desde que idôneo.

A Lei nº 6.515/77, conhecida como a lei do divórcio, revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil vigente à época, disciplinando a guarda da prole na hipótese de separação judicial, segundo Lisboa (2004, p. 190) “os cônjuges poderiam acordar sobre a guarda dos filhos, a menos que houvesse fato grave a motivar o juiz a estabelecer a guarda a bem da prole”. Estabelecia, portanto, que seria observado o acordo realizado entre cônjuges quando se tratasse de dissolução consensual, Venosa (2010, p. 186) explica:

o pedido de separação por mútuo consentimento, assim também no desfazimento das uniões sem casamento, os cônjuges ou companheiros devem mencionar a existência de filhos menores ou inválidos, dispondo não somente acerca de sua subsistência como também a respeito de sua guarda, criação e educação (art. 9º da Lei nº 6.515/77). A mesma situação é aplicada ao divórcio.

Porém se litigiosa, o caso concreto definiria o destino da prole, funcionando como uma espécie de divórcio-sanção, já que os filhos deveriam ficar sob a guarda daquele genitor não responsável pela separação; divórcio-falência, na qual os filhos permaneceriam sob a guarda daquele cônjuge que já estava em sua companhia desde a dissolução; ou ainda, divórcio-remédio, em que a prole ficaria sob os cuidados do genitor que dispendesse melhores condições físicas e mentais (AKEL, 2009, p. 77-78). Venosa (2010, p. 198) relata a importância das razões de bom-senso no momento em que o juiz atribui a guarda, bem como a observância do menor prejuízo moral ao menor, podendo atribuí-la ao cônjuge que demonstrar melhores condições para exercer a guarda, ainda que considerado culpado pelo término da relação conjugal. Em se tratando de filhos de pouca idade, destaca, ainda, a preferência pela genitora. No entanto, se ambos os pais demonstrarem incapacidade de tê-la deferida em seu favor, os menores ficariam sob os cuidados de terceiros. A fim de complementar a ideia, disserta Oliveira (2009, p. 147): “a guarda poderá, assim, ser outorgada a pessoas estranhas à família do menor, em casos excepcionais, desde que em benefício deste e com a anuência expressa do terceiro a quem se confia a guarda”.

A Constituição Federal de 1988 reforçou a importância do instituto. Reza o artigo 227, da Magna Carta:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à 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.

Além disso, influenciou na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 - revogando o Código de Menores, Lei 6.697/79 - que recepcionou o referido mandamento constitucional, mais precisamente em seu artigo 33: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. O Estatuto prioriza a manutenção do menor em sua família biológica, aceitando sua inserção em família substituta apenas se impossível ou inviável sua permanência com os genitores de sangue. (AKEL, 2008, p. 78; MARQUES, 2009, p. 56-57).

Por fim, surge o Código Civil atual, Lei nº 10.406/02, aplicando preceitos constitucionais e consagrando o princípio da proteção integral do menor. Nesta oportunidade o artigo 384 do Código de Civil de 1916 foi transformado no artigo 1630, substituindo as expressões “filhos legítimos, os ilegítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos” por “os filhos” (AKEL, 2008, p. 78-79). Marques (2009, p. 58-59) expõe que a regra jurídica encontrada no artigo 1.631 do mesmo códex está em consonância com o princípio constitucional da igualdade, principalmente no que tange aos cônjuges. Além disso, destaca a guarda como “um conjunto de direitos e deveres oriundos do casamento ou união estável, que impõe a ambos os cônjuges ou conviventes respeitar a primazia dos interesses da prole menor, caracterizando o instituto como oriundo do poder familiar” (AKEL, 2009, p. 78). Segundo Madaleno (2008, p. 271), não havendo acordo entre os genitores acerca da guarda dos filhos em sede de separação ou divórcio litigioso, sua atribuição será feita àquele que revelar melhores condições para exercê-la, não sendo requisito para tal a ausência de culpa conjugal.

Ressalta-se a distinção entre a guarda mencionada no antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e, atualmente, no Estatuto da Criança e do

Adolescente, que visa proteger o menor em estado de abandono e orfandade, voltando-se aos casos de tutela e adoção, e a do Código Civil, que em decorrência de extinção da sociedade conjugal torna-se necessária a definição de guarda da prole do casal. Marques (2009, p.59-60) explica:

No atual direito positivo brasileiro, a figura jurídica da guarda vem normatizada na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002. [...] Do exame do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se seu objetivo de proteção integral à criança e ao adolescente. Sua referência à guarda aparece, quando trata da família substituta. Assim, a guarda, regra geral, é uma situação provisória que antecede à tutela ou à adoção. [...] A guarda prevista no Estatuto, em princípio, vem resguardar a criança que se encontra em situação irregular. [...] Ao exame do Código Civil, percebe-se que a guarda mereceu regulamentação nos textos dos arts. 1.583 a 1.590 e nos arts. 1.611 e 1.612. Tais enunciados referem-se aos filhos fora do casamento e às situações que os envolvem, quando ocorre a separação dos pais.

Com a chegada da Lei nº 11.698/08, a preferência pela guarda compartilhada passou a ser expressa, razão pela qual os juízes passaram a incentivar sua adoção, tendo em vista suas vantagens e, ainda, levado em conta “*não existir a danosa ‘exclusividade’ típica da guarda unilateral*”, sendo positivo o resultado quando levado em conta a situação psicológica do menor. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 600).

4.2 Do Atual Conceito De Guarda

Atualmente, o instituto da guarda está previsto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto nenhum deles o definiu, sendo que o primeiro se limitou a identificar a guarda como atributo do poder familiar, enquanto que o último define as atribuições conferidas ao guardião (TEIXEIRA e RIBEIRO, 2010, p. 240).

Para Venosa (2010, p. 284) o poder familiar gera um complexo de direitos e deveres, sendo a guarda um de seus elementos. No mesmo sentido, Lôbo (2009, p. 169) afirma que a guarda integra o poder familiar, no entanto, quando se trata de guarda analisando o Estatuto da Criança e do Adolescente, temos a guarda como uma modalidade de família substituta, o que pressupõe a perda do poder familiar dos pais.

O termo guarda possui distintos significados, conforme define o Dicionário Michaelis:

Guarda - guar.da: **sf** (de **guardar**): **1** Ação ou efeito de guardar. **2** Cuidado, vigilância a respeito de alguém ou de alguma coisa. **3** Abrigo, amparo, benevolência, cuidado, favor, proteção. **4** Sentinela. **5** Corpo de tropa que faz o serviço de vigia, proteção ou policiamento de um quartel, edifício público etc. **6** Os militares que fazem este serviço. **7** Tropa especialmente encarregada de defender o chefe de uma nação. **8** Posição defensiva. **9** Parte de uma espada, sabre ou punhal que serve de resguardo à mão. **10** Riscos ou letras que acompanham a assinatura ou a rubrica para tornar difícil a imitação. **11** Cada uma das folhas que, dobradas ao meio, constituem as guardas.

Assim como delineado acima, precisamente nos itens 2 e 3, “a guarda é exercício desempenhado de forma conjunta pelos pais, apenas se individualizando quando ocorrer a separação de fato ou de direito dos genitores” (TEIXEIRA e RIBEIRO, 2010, P. 241), na mesma linha de raciocínio, Carvalho (2010, p. 59) caracteriza a guarda como:

um dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 1.634, II, CC) e à tutela (art. 36, parágrafo único, parte final da Lei n. 8.069/90) e serve, prioritariamente, aos interesses e à proteção da criança e adolescente, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional, conferindo ao menor a condição de dependente do guardião para todos os fins, inclusive previdenciários, possibilitando ampla proteção.

Oliveira (2009, p. 145) relaciona a guarda do menor como um “direito condicionado ao interesse do mesmo”, Marques (2009, p. 56), por sua vez, destaca que a guarda é “um poder/dever que compete aos pais de ter os filhos em sua companhia e o de protegê-los em sentido amplo, defendendo-os contra os males que comprometerem sua boa formação cultural e moral”, enquanto que para Lisboa (2004, p. 189), “*guarda dos filhos* é o direito potestativo (direito-dever) conferido àquele que permanecer na posse da prole ou de parte dela”.

Ressalta-se que a custódia é decorrente de lei, conforme destaca Carbonera (2000, p. 77) “dentro da perspectiva da guarda legal, compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial”, todavia é possível que a guarda da criança decorra de decisão judicial ou acordo, sendo conferida a apenas um dos genitores ou a um terceiro. Oliveira (2009, p. 145) confirma ao dizer que:

Decorre da lei, como consequência natural do poder familiar dos direitos da tutela e da adoção. Da decisão judicial, porquanto ao juiz é conferido amplo poder de regulamentação, modificação e reversão da guarda, como nas hipóteses de separação judicial, divórcio e anulação do casamento ou nos casos de tutela e da filiação natural. [...] Pode a guarda ser estabelecida também em acordo autônomo, em que os pais confiem o filho menor a pessoa idônea, capacitada para exercê-la, como aos avós, por exemplo.

Neste viés, Levy (2008, p. 45) destaca que “o efetivo exercício do poder familiar, na sua plenitude, é exercido por meio da guarda”, concluindo que “a guarda possui tamanha dimensão jurídica que chega, na prática, a se confundir com o próprio poder familiar”, Marques (2009, p. 58), ainda, é imperioso ao relatar que:

A guarda é um dos atributos do poder familiar, eis que, na constância da sociedade conjugal, núcleo da família por excelência, é exercida em conjunto pelos genitores, inobstante também possa ser desempenhada abstraindo-se do poder familiar, hipótese em que estará a cargo de um terceiro, de forma compatível aos princípios do melhor interesse da criança e da prioridade no seu atendimento.

Akel (2009, p. 80) conclui:

É preciso enfatizar que a guarda ultrapassa a ideia de posse e de mero direito dos pais contidas no Código Civil, sendo assim, um total comprometimento dos genitores, da sociedade e do próprio Estado, na garantia da efetiva observação e aplicação dos direitos e garantias tutelados e prol da criança e do adolescente, o que redundará a função social da guarda.

“O guardião responsabiliza-se pela formação cultural, educacional e religiosa do incapaz, assegurando-lhe meios compatíveis para o desenvolvimento de seus direitos biopsíquicos.” (LISBOA, 2004, p. 192).

4.3 Modalidades De Guarda

Segundo Lôbo (2009, p. 169), é denominada guarda a atribuição dos encargos de proteção, cuidado, zelo e custódia do filho a um dos pais separados ou a ambos. Temos, portanto, a chamada guarda unilateral ou exclusiva quando apenas um dos genitores fica encarregado de tais deveres, e a guarda compartilhada, verificada quando ambos os pais a exercem.

Assim, são modalidades de guarda: a guarda conjunta, a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada. Sempre tendo em mente

que: “Ao se falar em guarda, seja ela materna, paterna ou compartilhada, o primeiro aspecto a ser observado é o dos filhos.” (MARQUES, 2009, p. 102)

Venosa (2010, p. 185) explica a possibilidade da alteração da modalidade de guarda a qualquer tempo, sempre visando o interesse do menor.

4.3.1 Guarda conjunta

A chamada guarda conjunta, comum ou indistinta “é aquela exercida pelos pais durante o relacionamento conjugal. Pressupõe exercício simultâneo, contínuo, comum, conjugado, não fragmentado do poder família e da guarda jurídica e material exercida por ambos os genitores” (LEVY, 2008, p. 53).

É válido ressaltar, todavia, que existem entendimentos na doutrina defendendo que a guarda conjunta é um sinônimo de guarda compartilhada, ou até mesmo uma subespécie desta, porém para melhor explicitar a diferença entre a guarda exercida por ambos os genitores durante a relação conjugal e após seu término, adota-se o posicionamento de que a hipótese de exercício da guarda por ambos durante a união do casal é denominada guarda conjunta, enquanto que após a dissolução da sociedade conjugal, em figurando pai e mãe como guardiões do menor, teremos a guarda compartilhada. Ademais, a guarda conjunta sempre irá ocorrer quando estivermos diante de genitores que convivem em um mesmo teto, salvo em caso de perda do poder familiar.

4.3.2 Guarda unilateral

Com previsão no artigo 1.583 *caput* e parágrafo 1º, primeira parte, do Código Civil, será considerada unilateral quando a guarda do menor for conferida a apenas uma pessoa, podendo ser um dos genitores ou um terceiro, deste modo, o menor terá apenas um guardião. Marques (2009, p. 63) a define como:

espécie pela qual a guarda pertence a um dos genitores e o outro contribui com o sustento dos filhos, pagando verba obrigacional [...] Ao genitor que não detém a guarda fica resguardado o direito de visita, tendo a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos. Tal modalidade de guarda pode ser paterna ou materna.

Ressalta-se que, quando não há um consenso entre os pais da criança ou adolescente, sendo impossível a guarda compartilhada, cabe ao Poder Judiciário decidir quem será o guardião do menor, assim como explica Lôbo (2009, p. 171):

é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal.

Carvalho (2010, p. 61-62) explica:

A guarda unilateral, exclusiva ou não dividida [...] será atribuída, portanto, ao genitor que revele aptidão e melhores condições de exercê-la, considerando o afeto nas relações com o filho e com o grupo familiar, permitindo-se considerar as relações do menor também com os avós e parentes do guardião, a saúde, a segurança e a melhor educação do menor, cabendo ao outro supervisionar o exercício nos interesses dos filhos.

Venosa (2010, p. 186) ressalta que “a guarda unilateral extremada afasta o filho do cuidado de um dos genitores”, no entanto explica que “o fato de alguém estar com a guarda unilateral não libera o outro genitor dos deveres básicos da paternidade”. Akel (2008, p. 91) complementa a ideia, trazendo que o genitor não guardião, embora não tenha contato direto com o menor, possui o direito de visitas:

denominada guarda única, exclusiva ou, ainda, uniparental, na qual a criança é colocada sob a guarda de um dos pais, que exercerá uma relação contínua com o filho, enquanto o outro, adstrito apenas a visitas, mantém relações mais restritas, descontínuas e esporádicas com o/a filho/a.

Carbonera (2000, p. 87) é imperioso ao destacar a importância da realização de tais visitas, analisando ambos os lados, tanto para a criança quanto para o genitor não guardião:

A proximidade física, proporcionada pela concretização do direito de visitas, produz outro efeito além do contrato e da manutenção de convivência: permitir ao não guardião que melhor exerça seu direito de fiscalização quanto aos atos do outro genitor.

Conclui-se que, ainda que a guarda seja deferida a um dos genitores, não tem o condão de eximir aquele que não a detenha de suas obrigações, uma vez que não implica em perda do poder familiar, conforme relatam Teixeira e Ribeiro

(2010, p. 241): “não só ao genitor guardião caberá a função de executar e dar continuidade às atribuições do poder familiar. Tal incumbência permanecerá também a cargo do genitor não guardião”, sendo complementada tal ideia por Carvalho (2010, p. 61): “a guarda conferida a um dos genitores não importa em perda do poder familiar do outro ou afasta da criança ou adolescente o direito de conviver com ambos os pais”.

Temos, portanto, que a guarda deferida a um dos genitores ou a um terceiro, geralmente, hipótese em que nenhum dos pais se mostra capaz de ser guardião do menor, é denominada guarda unilateral, uniparental, exclusiva, única ou ainda, não dividida.

4.3.3 Guarda alternada

Existem inúmeras diferenças apontadas pela doutrina e jurisprudência entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, embora alguns autores as descrevam como sendo apenas uma modalidade. Na guarda alternada há divisão de períodos onde os guardiões exercerão a guarda física e a autoridade parental, o que não acontece na guarda compartilhada, uma vez que nela ambos os genitores exercem a autoridade parental conjuntamente, havendo, no entanto, definição da guarda física a apenas um dos genitores.

Para Carvalho (2010, p. 63):

a guarda alternada [...] se distingue da compartilhada propriamente dita ou dividida [...] na alternada a autoridade parental é exercida exclusivamente durante o período que o guardião possui a guarda física, resguardando ao outro o direito de visitas e fiscalização. [...] Neste arranjo de guarda, todavia, não existe compartilhamento, pois a diferença da guarda unilateral comum é a alternância. Trata-se, na realidade, de uma espécie de guarda unilateral exercida por períodos alternados entre os pais, sem cooperação, reservando ao outro apenas o direito de visitas e fiscalização.

Fiuzza (2008) apud Marques (2009, p. 65), por sua vez, compara a guarda alternada com a guarda unilateral:

A guarda alternada ocorre quando cada um dos pais detiver a guarda do filho, segundo um ritmo temporal, que pode ser organizado de ano em ano, ou até de partes do mesmo dia. Cada um dos pais deterá a guarda, alternadamente, quando a ele incumbir a tarefa de cuidar diretamente do filho. Não deixa de ser uniparental, só que alternada. A cada momento um dos pais a deterá.

Akel (2008, p. 114) estabelece que a guarda alternada:

se caracteriza pela possibilidade de os pais deterem a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. Ao término do período, os papéis invertem-se.

Venosa (2010, p. 185-186) destaca a existência de diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, sendo que nesta última ocorre a divisão do tempo de permanência do menor com seus genitores em suas residências. No entanto, relata que nesta modalidade de guarda leva-se em conta mais o interesse dos pais do que dos filhos, além de estar “fadada ao insucesso”, uma vez que pode gerar mais problemas do que soluções.

Por conseguinte, esta modalidade de guarda é bastante criticada uma vez que não atendem aos princípios reguladores da guarda, tais como da continuidade do lar e do bem estar do menor, conforme destacam Carvalho (2010, p. 63): “é muito criticado na doutrina por criar instabilidade e insegurança no menor”, bem como Akel (2008, p. 114):

O exercício revezado da guarda se contrapõe à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o bem-estar da criança, e mostra-se inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, uma vez que o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica.

Embora seja considerada como uma modalidade de guarda de filhos, a guarda alternada é pouco adotada no Brasil, tendo em vista os prejuízos causados ao menor, em razão de não possuir endereço fixo, transformando a criança em uma espécie de pingue-pongue, contrariando os Princípios Constitucionais informadores do Direito de Família.

4.3.4 Guarda compartilhada

Prevista no artigo 1.583, *caput* e parágrafo 1º, segunda parte, do Código Civil, a guarda compartilhada, ao contrário da guarda unilateral, se verifica quando ambos os genitores são os guardiões do menor, ou seja, quando,

simultaneamente, detém a guarda da prole. Esta modalidade de guarda “surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento” (AKEL, 2008, p. 103). Em direção oposta, também, à guarda conjunta, é pressuposto para a guarda compartilhada a falta de vínculo conjugal dos genitores do menor, no entanto há corresponsabilidade no exercício das funções parentais (LEVY, 2008, p. 54).

Segundo Lôbo (2009, p. 178), “a guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos [...] Ainda que separados os pais exercem em plenitude o poder familiar”.

Carvalho (2010, p. 63) destaca que o acordo entre os genitores do menor é necessário para que haja sucesso em tal modalidade de guarda. O mesmo afirma Akel (2008, p. 106): “para que o casal exerça a guarda de forma compartilhada em prol dos filhos menores, é de suma importância que entre os genitores haja conversa e harmonia com relação à filiação”, mas esclarece ser possível a fixação desta modalidade “tanto nos casos de litígio ou de consenso entre o casal, desde que as controvérsias não se referiram aos filhos menores, mas ao patrimônio a ser apurado”. Outrossim, para Venosa (2010, p. 185) a guarda compartilhada não pode ser imposta, destacando, também, a importância da “boa vontade e compreensão de ambos os pais”, assim como “conciliadores e juízes antenados com sua realidade social”.

A guarda compartilhada, portanto, recebe este nome uma vez que o exercício é atribuído a ambos os pais, ou seja, há um compartilhamento deste dever de cuidado e educação, bem como do exercício da guarda, visando o melhor interesse do menor e, ainda, minimizando os efeitos negativos decorrentes da separação ou divórcio de seus genitores, de modo a causar-lhe menos problemas possíveis, sem ter ele que escolher entre residir com o pai ou a mãe.

4.3.5 Aninhamento ou nidação

Trata-se de uma espécie rara, na qual o menor mora em residência fixa, e de forma alternada os pais se mudam para o endereço a fim de atender e conviver com a prole. Carvalho (2010, p. 64) a define como “alternação de

convivência com o filho no mesmo lar, ou seja, permanece a criança na residência e cada um dos pais reside com ele por um período, mantendo o menor no *ninho*”.

Ora, há uma relação entre esta modalidade de guarda e a guarda alternada, todavia nesta última são os genitores que possuem um lar fixo, devendo a prole se mudar de tempos em tempos, de modo com que resida com cada um dos genitores durante determinado período, ocorrendo o inverso na nidação, ou seja, o menor é quem possui residência fixa, cabendo aos genitores à mudança para esta de forma alternada, a fim de que o menor resida com os genitores em períodos distintos, sem ter que alterar significativamente sua rotina.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 599) destacam que sua finalidade é evitar que a criança vá de uma casa a outra, conforme o regime de visitas estabelecido, de modo com que ela permaneça no mesmo domicílio e os pais se revezam em sua companhia. Relatam ainda que esta modalidade é pouco frequente no Brasil, sendo mais adotada na Europa, uma vez que os genitores terão que manter a residência de seus filhos, bem como as suas, necessário, portanto, que tenham boa condição econômica para tanto.

5 DA GUARDA COMPARTILHADA

Diante das mudanças ocorridas no plano familiar, principalmente, levando-se em conta o fim da figura do *pater família*, bem como da predominância do princípio da igualdade, no qual equipara todos os membros familiares, fez-se necessário uma alteração da legislação vigente, a fim de que ela passasse a regulamentar a situação fática vivida pela sociedade.

O direito, portanto, deve seguir o mundo dos fatos. Assim, admitindo-se que o matrimônio não era mais indissolúvel, a rescisão do vínculo conjugal passou a ser cada vez mais frequente, no entanto, a prole deveria permanecer sob os cuidados de apenas um dos genitores, sendo ao outro garantido o direito de visitas em dias e horários determinados. Conseqüentemente, a criança ou o adolescente ia perdendo a referência daquele genitor não guardião, uma vez que não mais conviviam sob o mesmo teto, bem como ficava em sua companhia de forma esporádica, ficando prejudicado o desenvolvimento do menor.

Frente a este contexto, criou-se uma modalidade de guarda onde ambos os pais seriam, ao mesmo tempo, guardiões de seus filhos, em casos de separação, divórcio ou até mesmo quando estes nunca residiram juntos. Foi-lhe, então, atribuída a denominação de guarda compartilhada, em razão de os genitores compartilharem dos cuidados e responsabilidades relacionadas à prole.

É, portanto, neste capítulo que será abordada a guarda compartilhada e às questões a ela relacionadas, tendo em vista ser novidade no direito brasileiro e a preferência pela sua decretação é explícita no Código Civil atual.

5.1 Do Conceito De Guarda Compartilhada

Trata-se da mais recente modalidade de guarda do direito brasileiro, na qual os genitores, independente de conviverem juntos, figuram, concomitantemente, como guardiões de sua prole. Lisboa (2004, p. 192) relata que na guarda compartilhada “ambos os genitores poderão, embora separados ou divorciados um do outro ter a guarda do mesmo filho”. Outrossim, Lôbo (2009, p. 178) esclarece que, neste caso, os genitores separados detêm a guarda dos filhos, visando à convivência próxima entre pais e filhos, bem como o livre acesso. “Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa

manter elos de afeto com maior presença na vida dos menores" (VENOSA, 2010, p. 185).

Carvalho (2010, p. 62) define que a guarda compartilhada "ocorre quando os pais conjuntamente se responsabilizam pela criação e educação dos filhos ao mesmo tempo, decidindo de comum acordo". Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 599-600) destacam a ausência de exclusividade nesta modalidade, bem como a preferência pela sua aplicação em nosso sistema, tendo em vista suas inúmeras vantagens, devendo ser incentivada pelos magistrados.

A definição legal da guarda compartilhada se encontra atualmente no parágrafo primeiro, segunda parte, do artigo 1.583: "(compreende-se) 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".

Entretanto, ainda que a guarda seja deferida, simultaneamente, ao pai e à mãe da criança ou do adolescente, é necessário que haja a fixação da chamada guarda física, ou seja, o menor deve permanecer e residir com apenas um dos genitores, mas as decisões relacionadas a ele deverão ser tomadas por ambos. Marques (2009, p. 64) explica:

Na guarda compartilhada ou comum, os pais exercem ativa e conjuntamente a autoridade parental, partilhando as decisões importantes, mas somente um deles detém a guarda física ou fática, havendo, porém, em relação ao outro que não a detém, uma liberdade maior para estar em contato com a criança ou adolescente, sem cronogramas ou esquemas pré-estabelecidos.

Comunga da mesma opinião, Carvalho (2010, p. 63):

Na guarda compartilhada propriamente dita ou dividida também a guarda física é dividida, vivendo o menor alguns períodos com o pai e outros com a mãe. O filho possui dois lares, dividindo o período de vida entre as residências dos genitores, sendo que a autoridade parental é exercida por ambos conjuntamente. Nesta modalidade privilegia-se a ideia de *estar com* e de *compartilhar*, não existindo conotação de posse, pois é sempre voltada para o melhor interesse da criança e do adolescente e, conseqüentemente, dos pais.

Para Lôbo (2009, p. 178): "Esta providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro".

“Não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente” (VENOSA, 2010, p. 201). Akel (2008, p. 95) complementa a ideia ao relatar que “via de regra, os pais procuram o maior benefício para os filhos e, nessa perspectiva, o exercício compartilhado da guarda se apresenta como novidade, sendo mais adequado”.

Akel (2008, p. 106) relata a importância de se haver harmonia e conversa entre os genitores. Nesta mesma linha de raciocínio, Carvalho (2010, p. 63) ressalta que há exigência de “total acordo entre os pais” para que o sucesso na aplicação desta modalidade seja alcançado. Segundo Venosa (2010, p. 201) a aplicação deste modo de exercício de guarda “dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação”. Tal entendimento é ampliado por Marques (2009, p. 102-103), expondo que a necessidade de relação harmoniosa está ligada também aos genitores e seus filhos:

Para que a guarda compartilhada possa ser efetivada dentro de uma família fragmentada e dê certo, na consecução de seu objetivo maior, qual seja, o bem estar dos filhos, faz-se necessário o preenchimento de dois requisitos essenciais. Primeiramente, é preciso boa relação genitores/filhos. Em segundo lugar, condição também primordial e indispensável, é a de que os pais mantenham o mínimo de diálogo, ainda que, exclusivamente, para tratar tão só de assuntos referentes aos filhos. Caso o desgaste da relação dos pais tenha sido tão grande a ponto de não poderem conversar civilizadamente, dificilmente poderá ser adotada esta modalidade de guarda.

É essencial que os pais tenham “responsabilidade em encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito-dever de convivência”, segundo Lôbo (2009, p. 178). Este também é o entendimento de Madaleno (2008, p. 357): “a guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não os interesses egoístas dos pais”, bem como de Salles (2001) apud Madaleno (2008, p. 356):

para o desate da guarda compartilhada será a cooperação dos pais, [...] sendo imperiosa a existência de uma relação pacificada dos genitores, e um desejo mútuo de contribuírem para a sadia educação e para a hígida formação psíquica de seus filhos, especialmente por se apresentarem, de hábito, traumatizados pela separação de seus pais.

Segundo Lôbo (2009, p. 179), a guarda compartilhada “é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar”. Assim, para que a guarda compartilhada tenha efeitos positivos, conforme expõe Madaleno (2008, p. 256):

faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educativa aos filhos criados por pais separados.

Logo, é possível concluir que a guarda compartilhada é aquela atribuída a ambos os genitores que, separados ou divorciados, exercem a guarda em sua plenitude, sendo necessária, no entanto, a definição de um domicílio à prole. Assim, os genitores são responsáveis e guardiões, mas somente um deles possui a guarda física dos filhos comuns, assegurando dentre outros princípios, principalmente, o da Continuidade do Lar, garantindo-lhe uma referência domiciliar.

5.2 Da Previsão Legal Do Instituto

Embora não haja referência constitucional acerca desta espécie de guarda, não há também qualquer restrição a ela, assim como demonstra Marques (2009, p. 103) ao afirmar que o fundamento maior da guarda compartilhada é o próprio artigo 5º da Constituição Federal, que estampa o princípio da igualdade entre os gêneros feminino e masculino: “esta igualdade se projeta na questão do poder familiar, fazendo com que, na separação dos pais, este poder continue sendo exercitado por eles, em forma tal, sem interrupção, a fim de minimizar os efeitos traumáticos da separação”.

Abordada pela primeira vez pela Lei nº 11.698 de 13 de julho de 2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, instituindo e regulamentando a guarda compartilhada, uma vez que sua versão original não a previu.

O artigo 1.583 instituiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando e definindo o instituto:

Art. 1.583.A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (grifo do autor)

Enquanto que o artigo 1.584 trazia as hipóteses de decretação e definição da guarda dos filhos em favor de um ou ambos os genitores.

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 necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à 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.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou 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, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Segundo Akel (2008, p. 106):

A partir desse conceito de custódia, retira-se do instituto da guarda a pejorativa conotação de posse, privilegiando a realidade de “estar com”, ou seja, de compartilhadas, de dividir, sempre voltada, é claro, para a supremacia do interesse do menor.

Todavia a guarda compartilhada era pouco adotada uma vez que dificilmente se vislumbrava a harmonia entre o casal que passava por uma

separação ou divórcio, sendo a boa convivência essencial para a aplicação desta modalidade de guarda. Assim, os magistrados acabavam por fixar a guarda da prole em favor de um dos genitores, reservando ao outro o direito às visitas. O fundamento é, segundo Marques (2009, p. 107), que, embora a nova redação de ambos os dispositivos indicassem a possibilidade de a guarda ser compartilhada, faziam menção, também, à guarda unilateral, sem indicar o modelo prioritário.

Frente a este contexto, surge em 22 de dezembro de 2014 a Lei nº 13.058, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do atual Código Civil, de modo com que o sistema de compartilhamento passe a ser prioridade no momento de definir a guarda dos filhos. Importante frisar que a guarda compartilhada deve ser adotada ainda que não exista relação harmoniosa entre os genitores do menor e, por tal motivo, muitos sustentam a obrigatoriedade desta modalidade de guarda, entretanto, a lei ainda prevê uma cláusula de exceção, que permite ao nobre julgador definir a guarda unilateral dos filhos quando considerar impossível a fixação da guarda compartilhada.

É possível que não haja alteração alguma na prática, já que o juiz pode fixar a guarda unilateral desde que fundamente de forma adequada acerca da real necessidade.

A lei mantém o texto do artigo 1.583, *caput* e seu parágrafo primeiro, alterando os seguintes dispositivos:

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Quanto ao artigo 1.584, a lei trouxe as seguintes novidades:

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento

do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

O artigo 1.585 atualmente tem o seguinte texto:

Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

E, finalmente, dispõe o artigo 1.634 acerca das obrigações impostas aos genitores:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

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

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Neste viés, é possível perceber a grande importância desta recente forma de guarda de filhos, tendo em vista que sua criação se deu para aproximar os genitores de sua prole em casos de dissolução da sociedade conjugal, onde ambos ocuparão a posição de guardião e serão responsáveis por todas as decisões que envolverem os menores em questão.

Lôbo (2009, p. 178) explica a possibilidade de decretação da guarda compartilhada ainda que os pais não residam em locais próximos:

Não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo em países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações.

No entanto, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, Akel (2008, p. 109) defende que:

para se estabelecer a guarda compartilhada é de suma importância que, além de haver respeito recíproco entre os genitores, estes residam próximos a seus filhos; caso contrário, não será possível efetiva convivência.

Este também é o entendimento de Venosa (2010, p. 185): "A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade".

Deve-se, neste caso, levar em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na qual o juiz analisará a possibilidade da fixação desta espécie de guarda.

Ressalta-se, ainda, a possibilidade de alteração da modalidade de guarda, uma vez que o exercício da guarda compartilhada pode com o tempo gerar desentendimentos entre os genitores do menor, transformando a relação entre ambos e tornando-se impossível dar continuidade ao exercício desta modalidade de guarda, haja vista que o bom relacionamento é requisito essencial para a fixação e manutenção do compartilhamento da guarda dos filhos. Assim, deve-se levar em conta, igualmente no momento da definição da guarda, o melhor interesse do menor, onde o magistrado irá analisar o caso concreto e redefinir a guarda. (AKEL, 2008, p. 106)

Assim, para que seja fixada a guarda compartilhada deve-se observar o que dispõe a legislação pátria, bem como levar em conta o melhor ao filho, analisando as reais condições, físicas e mentais, dos genitores, bem como do menor. Importante ressaltar, também, que deve ser analisado o ambiente familiar de cada um dos genitores a fim de se definir a guarda física. Lembrando sempre que a

definição de uma modalidade de guarda não é absoluta, podendo ser alterada se demonstrada a necessidade e o melhor atendimento aos interesses do menor.

5.3 Da Preferência Pela Adoção Da Guarda Compartilhada

Antes de 13 de julho de 2008, apenas se falava em guarda exclusiva, de modo com que a única decisão a ser tomada com relação à guarda dos filhos, quando um casal se separava, era qual dos genitores seria o guardião. Tendo em vista os problemas decorrentes deste afastamento do genitor não guardião de seus filhos, surgiu a guarda compartilhada através da Lei nº 11.698/08. No entanto, como esta lei não deixou clara a preferência por nenhuma das modalidades de guarda, os magistrados acabavam por fixar a guarda unilateral, haja vista ser a mais comum até então.

O legislador optou por manifestar seu favoritismo pela adoção da guarda compartilhada, em 22 de dezembro de 2014, por meio da promulgação da Lei nº 13.058, alterando os dispositivos do Código Civil referentes ao tema, sem, todavia, excluir a possibilidade de aplicação de guarda exclusiva, mas tratando esta como uma exceção à regra.

Deste modo, com a vigência dos referidos dispositivos do Código Civil, alterados pela lei supra citada, deve-se adotar o modo de compartilhamento de guarda sempre que possível.

Neste sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal destacou durante o julgamento de uma apelação cível:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PREFERÊNCIA. RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES. NÃO CONFIGURADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA COMPARTILHADA QUE DEVE SER MANTIDA. PRESERVAÇÃO DO CONVÍVIO COM A FAMÍLIA EXTENSA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A guarda dos filhos, nos termos do Código Civil, será atribuída a quem oferece melhores condições para exercê-la, observada a necessidade específica do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. 2. Ao definir quem deve ficar com a guarda de uma criança, é fundamental que se busque solução adequada ao interesse do menor, verificando-se qual dos pais possui melhores condições para exercer o encargo de guardião. 3. A modalidade de guarda compartilhada é adotada, em nosso sistema, como modelo preferencial, porquanto possibilita a preservação dos laços de convivência do filho com ambos os pais, atendendo, assim, ao princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, consagrado em nossa legislação. Além de representar uma cooperação mútua entre os genitores, com vista a oferecer

conjuntamente, aos filhos havidos em comum, o cuidado e proteção necessária ao desenvolvimento da criança. 4. Tratando-se de guarda compartilhada, ambos os genitores deverão reunir as condições estruturais físicas e emocionais para propiciar o salutar desenvolvimento da criança, o que se revela possível na hipótese dos autos, tendo em vista que ambos os pais possuem condições de cuidar da criança. 5. Pelo que se afere dos elementos carreados ao processo, a guarda compartilhada é recomendável, porque, além de preservar a rotina que já vinha sendo praticada pelas partes, permitirá tanto a convivência da menor com os pais, como também o contato assíduo com os demais membros da família, que residem com o pai ou moram nas proximidades. 6. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJ-DF - APC: 20130610018712. Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 28/05/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 02/06/2015) (grifo meu).

Akel (2008, p. 137) conclui após diversas pesquisas sobre o tema que a guarda compartilhada “soa como um dispositivo mais adequado às recomendações da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, contribuindo para o direito de a criança ser educada por pai e mãe”, destacando a indispensabilidade desta modalidade para que aos filhos sejam garantidas as funções maternas e paternas determinantes para o completo desenvolvimento dos menores.

Assim, como a guarda compartilhada fora introduzida em nosso ordenamento jurídico recentemente, a fim de se evitar os prejuízos causados ao menor decorrentes da adoção das demais modalidades de guarda, é considerada como a solução ideal, por se adequar à realidade da sociedade atual, e, portanto, deve-se, primeiramente, analisar a possibilidade de sua aplicação e, somente em caso de impossibilidade, verificar as demais modalidades. Conclui-se, pois, que a guarda compartilhada tem preferência manifesta pela nova lei e sua aplicação somente não ocorrerá em caso de manifesta inviabilidade.

5.4 Interdisciplinaridade Do Tema

A fim de se buscar o melhor interesse do menor, bem como definir a guarda física em favor de um dos genitores e, ainda, acerca da aplicação de regras para o exercício da guarda, a situação deve ser analisada levando-se em conta outras áreas, tendo em vista a existência de ciências especiais nesta área, devendo ser levada em conta pelos profissionais do direito, não somente a legislação, doutrina e jurisprudência, mas também os ensinamentos nas áreas de sociologia,

psicologia, psiquiatria, pedagogia e serviço social. Neste sentido Marques (2009, p. 116) relata que:

O estudo do modelo da guarda compartilhada não se restringe ao campo do direito, fazendo-se necessária uma interação maior com outras ciências, como a sociologia, a psicologia e a pedagogia, porque, obviamente, na busca das regras que orientarão a guarda compartilhada, na sua evolução temporal, até que a maioridade dos filhos seja alcançada, torna-se indispensável o estudo e comportamento das pessoas que se envolvem no problema, além de se verificar as melhores condições físicas e psicológicas de construção do novo espaço doméstico, no qual não mais conviverão junto com os pais, além da descoberta dos meios pedagógicos apropriados para que os filhos não encontrem dificuldades na sua formação moral e cultural.

Assim, para que se estabeleça a guarda do menor, independente de ser ela unilateral, compartilhada, alternada ou de nidação, é necessária a ajuda de profissionais especializados no tema, além da análise pelo Poder Judiciário, visando sempre à busca pela total aplicação dos princípios informadores do Direito de Família, especialmente do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal aplica este entendimento, assim como observou durante a decisão da seguinte Apelação Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO GUARDA E RESPONSABILIDADE. MANIFESTAÇÃO. VONTADE DO ADOLESCENTE NÃO PREVALENTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, PARA ESTABELECEM A GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS GENITORES, FIXANDO-SE A RESIDÊNCIA DA MÃE COMO REFERÊNCIA DE LAR, COM VISITAS PATERNAS PERIÓDICAS. 1. na disputa da guarda do menor adolescente, não pode prevalecer a declaração de vontade deste manifestada em audiência quando não há qualquer fato que desabone o comportamento da mãe durante o longo tempo que foi sua guardiã. 2. demonstrado no parecer técnico do psicossocial que ambos os genitores possuem condições de deter a guarda do menor, pode ser estabelecida a guarda compartilhada. 3. recurso conhecido e parcialmente provido. unânime. (TJ-DF - APC: 20120510020082 DF 0001966-94.2012.8.07.0005, Relator: FÁTIMA RAFAEL. Data de Julgamento: 19/03/2014, 2ª Turma Cível, Data de Publicação 25/03/2014 . Pág.: 145) (grifo meu).

No que tange à guarda compartilhada, as análises pautando-se em estudos realizados por *experts* são essenciais, uma vez que a comprovação da capacidade e maturidade de ambos os pais para assumir a responsabilidade de serem guardiões conjuntamente, bem como a confirmação de boa relação entre todos os envolvidos no caso é necessária para o convencimento do magistrado de que a aplicação desta modalidade de guarda é a mais benéfica à prole. Afinal,

unindo-se os estudos nas esferas do direito, sociologia, pedagogia, psicologia, serviço social, psiquiatria, dentre outras, mais facilmente se terá uma melhor conclusão para o caso.

5.5 Objetivos Da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, para Akel (2008, p. 106), “promove uma inédita conotação ao instituto do poder familiar, anteriormente relacionada à ideia de poder, veiculando a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do próprio convívio familiar”.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 600) ressaltam que as vantagens desta modalidade de guarda são manifestas, principalmente tendo em vista a ausência da “danosa ‘exclusividade’ típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou do adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores”.

Segundo expõe Levy (2008, p. 54), a guarda compartilhada “tem por fim precípua minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da quebra ou mesmo da inexistência prévia de relacionamento conjugal. Busca preservar os laços paterno-filiais em condições de igualdade entre os genitores”, Lôbo (2009, p. 178) complementa a ideia ao relatar que a principal finalidade desta modalidade de guarda é “a igualdade na decisão em relação ao filho ou co-responsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais”.

Nota-se que esta modalidade de guarda foi criada, principalmente, observando o Princípio da Isonomia, uma vez que dá condições iguais a ambos os genitores, ainda que não vivam sobre o mesmo teto. Neste sentido, Salles (2001) apud Madaleno (2008, p. 356) define como objetivo da guarda compartilhada “o exercício em comum da autoridade parental em sua totalidade, estendendo aos pais as mesmas prerrogativas na tomada de decisões acerca dos destinos de seus filhos criados dos a ótica da separação dos pais”

Também defende este posicionamento, Marques (2009, p. 115):

A guarda compartilhada, nesse contexto, passa a ser mais vantajosa para pais e filhos, porque procura eliminar aquele regime *dual* que se instaura após a separação, procurando manter o regime igualitário existente antes

da desunião, o que, além de racional, concretiza a fusão dos princípios da paternidade responsável e do princípio do melhor interesse da criança, todos merecidamente considerados na Constituição Federal

O novo modelo de guarda gerou muita repercussão, uma vez que estabelece uma “relação continuada” entre pais e filhos que, geralmente, encerra com a separação ou o divórcio. Além disso, em sendo a guarda compartilhada, não é necessário que a prole opte por um dos genitores para ser seu guardião, não gerando desconforto ao menor, que fica angustiado e confuso com tal decisão, já que tem medo de magoar o genitor não escolhido. Assim, ambos os pais ficam responsáveis pela guarda, sustento e educação dos filhos. No mais, facilita a solução de problemas decorrentes da responsabilidade civil por danos causados pelos menores, haja vista que, em sendo a guarda compartilhada, os genitores responderão pelos danos de forma solidária, evitando conflitos gerados pela guarda unilateral, onde o responsável é o genitor guardião, bem como, pela guarda alternada, na qual o genitor responsável será aquele que detinha a guarda no momento do ato ilícito (AKEL, 2008, p. 107-108).

Venosa (2010, p. 201) declara que a opção por tal modalidade de guarda visa “manter laços entre pais e filhos”, de extrema importância no tocante ao desenvolvimento dos menores. No mesmo sentido, Carvalho (2010, p. 64) ressalta:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando-se a síndrome da alienação parental, auxilia na criação e educação, mantém os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, assumindo ambos, em igualdade, as responsabilidades de cuidados, criação e valores diferentes de um e outro e quebras nos referenciais de continuidade.

Destaca-se, ainda, que, conforme entendimento de Akel (2008, p. 108-109), o respeito mútuo dos genitores com o fim de desempenharem o poder familiar e tomarem as melhores decisões no que tange aos filhos: “Estabelecida a cooperação entre os genitores após a dissolução do vínculo conjugal, cria-se uma esfera de segurança e proteção em torno da prole, que só tem a contribuir para seu saudável desenvolvimento.”. Além disso, há uma mudança na visão do genitor perante seus filhos, passando da posição de mero visitante para exercer a função de genitor de forma efetiva.

É fácil vislumbrar que a guarda unilateral traz diversos problemas ao desenvolvimento do menor, uma vez que acaba por afastá-lo de um de seus

genitores, de modo com que o afeto existente anteriormente à separação do casal vá desaparecendo, até que um dia a prole perde totalmente a referencia a esta figura, que em tese, deveria ser tão importante à sua formação. Por este motivo, surge a guarda compartilhada, visando evitar a ocorrência de tais problemas, já que a dissolução de sociedade conjugal é cada vez mais frequente.

Vale ressaltar, segundo Carvalho (2010, p. 66), que “a guarda compartilhada tem grande vantagem de evitar o que se denominou de síndrome da alienação parental”. Alves (2009) *apud* Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 601) explica:

a guarda compartilhada possui o importante efeito de impedir a ocorrência do *Fenômeno da Alienação Parental* e a consequente *Síndrome da Alienação Parental*,[...] já que, em sendo o poder familiar exercido conjuntamente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de vingança contra o genitor que não convive com o mesmo, situação típica da guarda unilateral ou exclusiva

Esta modalidade de guarda possui inúmeras vantagens, tanto aos genitores que continuam a exercer o poder familiar, independente de conviverem maritalmente, como aos filhos, uma vez que o sofrimento decorrente da desunião de seus pais não atingirá sua relação com nenhum deles. A prole terá a interferência do pai e da mãe em seu dia-a-dia, tendo em vista que os guardiões devem, em conjunto, decidir as questões referentes a ela, bem como zelar por sua vida, saúde e educação, para isso, é necessário que os genitores mantenham contato e o mínimo de diálogo, ainda que este seja apenas destinado aos assuntos dos filhos. Ademais, é possível se evitar a Síndrome da Alienação Parental por meio da aplicação do modo de compartilhamento de guarda.

Por fim, é por tais vantagens que a guarda compartilhada é considerada como modalidade de guarda ideal para a realidade enfrentada atualmente.

5.6 Críticas Ao Sistema De Guarda Compartilhada

Não restam dúvidas de que a fixação desta modalidade de guarda, na qual os pais são, simultaneamente, guardiões de seus filhos, é bastante vantajosa aos menores. Entretanto, como é necessária uma boa relação entre os genitores, a guarda compartilhada passa a ser inviável quando os genitores vivem em constantes

discussões, não podendo, portanto, ser forçada sua decretação em sentença judicial quando não ficar comprovada a maturidade dos genitores, bem como suas boas intenções (MADALENO, 2008, p. 258).

Não há dúvidas que a dissolução de uma relação entre casais acontece em virtude da impossibilidade de suportarem a situação em que vivem, ou seja, na maioria dos casos, a separação ou divórcio decorre de uma série de brigas e ofensas, sendo inviável a manutenção da união. Assim, é difícil imaginar uma boa convivência entre os genitores logo após a decisão de não mais conviverem juntos. Ademais, é possível que um dos genitores seja desfavorável à dissolução da sociedade conjugal, evitando o contato com o outro, criando uma espécie de barreira entre eles.

Carvalho (2010, p. 64), por sua vez, destaca a possibilidade de “ser extremamente prejudicial à formação dos filhos, com disputas entre os pais, criação e valores diferentes de um e outro e quebras nos referenciais de continuidade”. Akel (2008, p. 110) estabelece, ainda, que a decretação deste tipo de guarda pode ser “desastrosa” quando os genitores “estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos”, concluindo que “nas famílias que predominam desavenças e desrespeito, que inviabilizam qualquer tipo de convivência entre os genitores, deve-se optar pela guarda única, [...] conferindo, ao outro, direito amplo de visitas”.

O impasse para a plena adoção desta modalidade de guarda com eficiência é, segundo Marques (2009, p. 118), “a grave pobreza material, mental, educacional e de dotes morais que, ultimamente, têm assolado a sociedade brasileira”, indicando diversas situações que impedem a aplicação da guarda compartilhada, tais como, a mãe que visa ser guardiã, exclusivamente para se valer da pensão alimentícia paga ao menor em questão, bem como do pai que deseja obter a guarda para si, apenas para não ser obrigado ao pagamento da mesma, ou da mãe que deixa de cuidar dos filhos em razão de um novo relacionamento amoroso, e, ainda, do pai que abandona a mulher e seus filhos, esteja ele pagando ou não verba alimentícia.

Ademais, é possível que exista medida protetiva em favor da mulher, decorrente de ameaças ou agressões físicas praticadas pelo marido, sendo inviável a adoção desta modalidade de guarda, haja vista o trauma sofrido pela genitora e

até mesmo pela prole, bem como a impossibilidade de contato entre os genitores, para a decisão das questões referentes aos filhos.

Por fim, Madaleno (2008, p. 356) defende a impossibilidade de aplicação desta modalidade de guarda “quando casais empreendem uma campanha de desprestígio de um contra o outro ascendente, causando os transtornos da Síndrome da Alienação Parental (SAP)”.

5.7 Da Relação Entre A Guarda Compartilhada E A Síndrome Da Alienação Parental

Acerca deste tema existem duas vertentes indicadas pela doutrina. Primeiramente, como já fora dito, a aplicação da guarda compartilhada torna-se impossível quando a criança sofre da chamada Síndrome da Alienação Parental, decorrente do emprego, por um dos genitores, de uma falsa imagem do outro, visando que o menor se sinta abandonado por este e passe a desprezá-lo ou até mesmo desenvolva um sentimento de ódio. Assim, o menor passa a ter dificuldades em seu desenvolvimento físico e mental. Tendo em vista a ausência de relacionamento entre o genitor alienado e o menor, bem como inexistência de boa convivência entre os genitores, torna-se inviável a aplicação da guarda compartilhada. Ora, perceptível que a alienação parental, neste caso, ocorre antes da definição de guarda.

Por outro lado, uma das vantagens desta modalidade de guarda indicadas anteriormente é evitar a prática de alienação parental, uma vez que estando os genitores figurando como guardiões do menor e, portanto, convivendo de forma mais próxima com este, a prática de tais atos torna-se mais difícil. Percebe-se, neste caso, a inexistência de notícias acerca da prática de alienação parental no momento da fixação da guarda dos filhos. Assim, deve-se aplicar a guarda compartilhada sempre que possível.

5.7.1 Da Síndrome da Alienação Parental

Bastante frequente após a separação do casal, haja vista que, embora não convivam mais juntos, ainda existe um sentimento que os movem, seja ele

positivo ou negativo. Entretanto, necessário destacar que a relação entre os genitores e sua prole subsiste à dissolução da relação existente entre o casal.

Outrossim, é possível que ocorra a dissolução de uma união estável ou de um casamento, porém é inadmissível se falar em dissolução de uma relação paterno-filial. Diante desta premissa, os genitores, ainda que separados, devem proporcionar sempre o melhor aos seus filhos, visando o menor sofrimento do menor em relação à separação de seus pais, mantendo-se um contato próximo com ambos.

Não é aceitável, portanto, o comportamento do genitor que, não aceitando ou não concordando com a separação, desenvolva sentimento de ódio em seu filho o que tange ao outro genitor, criando histórias e falsas características a respeito deste.

5.7.1.1 Conceito e disposição legal

Muito comum após a separação de um casal, na qual as mágoas ainda persistem, de modo com que um dos genitores induz o menor a repudiar o outro, inclusive, inventando ou dramatizando histórias a seu respeito com a finalidade de evitar o contato entre o genitor e os filhos. Na maioria dos casos, o genitor, frustrado com a separação, vê a possibilidade de se vingar do outro ou, ainda, de reconciliação do casal, usando seu próprio filho. Assim, o genitor visa afastar pai/mãe e filho, a fim de causar remorso naquele que tenha deixado o lar, ou ainda, se utiliza do filho como espécie de isca para fisgar o outro genitor e trazê-lo de volta ao ambiente familiar, sem perceber, no entanto, o mal que causa ao menor, que poderá sofrer com as dores desta síndrome por toda a vida.

O termo “Síndrome da Alienação Parental” foi usado pela primeira vez pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, na década de 1980, que a define como um distúrbio infantil decorrente da disputa de posse e guarda da prole. De modo com que a criança acabe por difamar um dos genitores sem justificativa plausível. (SOUSA, 2010, p. 13-15, 99).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 603) a síndrome da alienação parental nada mais é do que um “distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais

com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor”. Carvalho (2010, p. 66) complementa tal ideia:

A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontínuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos.

Segundo Gardner (2001) *apud* Sousa (2010, p. 99), para que se configure tal síndrome é necessário, além da programação da criança, por parte de um dos genitores, para a rejeição ou sentimento de ódio com relação ao outro, a colaboração da própria criança, ou seja, é essencial que o menor participe de forma ativa na difamação de seu genitor.

A Lei n.º 12.318/10 foi criada com a finalidade de se evitar a prática de alienação parental e, conseqüentemente, a síndrome decorrente desta. Com o intuito de não gerar dúvidas acerca do seu real conceito, o artigo 2º, *caput*, traz a definição:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (grifos meus)

Enquanto que o parágrafo único do mesmo dispositivo legal exemplifica alguns atos de alienação parental, sendo, portanto, apenas um rol exemplificativo:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Além disso, o artigo 3º da Lei da Alienação Parental diz expressamente que tal prática fere o direito fundamental do menor de convivência familiar saudável, prejudica o estabelecimento de afeto com o genitor e familiares, bem como caracteriza abuso moral contra a criança ou adolescente. No mais, quem pratica ato de alienação descumpre os deveres inerentes à autoridade parental.

Outrossim, a função de inibir a síndrome da alienação parental é observada, principalmente, no texto do artigo 6º, tendo em vista que dispõe acerca das possíveis medidas a serem adotadas quando da existência de prática de alienação parental:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Finalmente, temos que a Síndrome decorre da prática da Alienação Parental por um dos genitores, de modo com que o menor, influenciado pelo genitor alienante, passe a evitar o contato com o genitor alienado, criando uma espécie de barreira, em razão do sentimento de ódio desenvolvido por acreditar que foi abandonado por este. Trata-se de prática ilegal que o genitor, geralmente inconformado com o término da relação conjugal, se utiliza de seu próprio filho para atingir o outro genitor.

5.7.1.2 Sujeitos da Alienação Parental

Para Carvalho (2010, p. 66) a alienação parental é a “conduta do pai/mãe que possui a guarda unilateral de denegrir o outro perante o filho, com informações falsas e depreciativas, ao ponto de passar a rejeitá-lo”. Isto posto, conclui-se que de um lado temos a figura do alienador, ou seja, o genitor que pratica ato de alienação parental, geralmente aquele que detém a guarda do menor; e do outro, o alienado, ou seja, o genitor que está sendo vítima da alienação.

O alienador se dispõe de artifícios para que o filho perca o interesse de conviver com o pai, iniciando com a restrição de contato entre eles, até a alienação total. A tentativa de exclusão do outro genitor da vida dos menores (não o informando acerca dos compromissos do menor, tomando decisões importantes sem ao menos comunica-lo), a interferência nas visitas do genitor não guardião e o ataque à imagem deste, mediante falsas acusações e críticas ao seu comportamento, são, segundo o site da Alienação Parental, as principais características do genitor alienador. Duarte (2009) *apud* Carvalho (2010, p. 66-67) destaca que a manipulação acontece com por meio de táticas verbais e não verbais, não fazendo menção à real situação, visando que a prole perceba que existe apenas um genitor perfeito, bem como a faça acreditar que foi abandonada e desprezada pelo outro.

5.7.2 A Guarda Compartilhada como forma de evitar a Alienação Parental

Sousa (2010, p. 198) explica que para se evitar a Alienação Parental e, conseqüentemente, a Síndrome a ela ligada:

As instituições sociais, a legislação e seus representantes deveriam, por exemplo, atuar no sentido de afirmar a importância dos papéis de pai e de mãe, independentemente de estes estarem casados. Além disso, deveria se assegurar a ambos os pais o seu lugar como responsáveis pelo cuidado e educação dos filhos, com a criação de serviços ou políticas públicas voltadas para famílias que vivenciam o divórcio.

Está claro o objetivo da criação da guarda compartilhada, bem como as alterações atuais em seus dispositivos legais vislumbrando a sua importância e a destacando como modalidade preferencial. Ademais, como a autora explica, não

basta a criação e aplicação do compartilhamento da guarda dos filhos para a abolição total da prática de alienação parental, entretanto deve-se ser reconhecido como um avanço no combate a tal Síndrome, tendo em vista que os genitores participam ativamente da vida dos filhos.

6 CONCLUSÃO

Assim como tudo na vida, o instituto da família vem, ao longo dos anos, sofrendo diversas alterações. A família romana possuía um líder masculino, denominado *paterfamilia*, sendo-lhe conferidos amplos poderes, de modo com que os demais membros do grupo estavam subordinados a ele em todos os sentidos (economicamente, socialmente, religiosamente, dentre outros). Neste período a ocorrência do casamento se dava de duas formas distintas, se *cum mano*, destinado aos romanos nobres e com realização de cerimônia e rituais específicos, a esposa passaria aos poderes do marido, deixando de ser vinculada aos poderes do *pater* de sua família, porém se o casamento fosse *sinemano*, ou seja, automático, sem a realização de cerimônia e rituais, a mulher continuava subordinada ao seu pai. Além disso, se o casal não tivesse filhos após o casamento, a mulher era excluída da sociedade. No direito canônico, por sua vez, tendo em vista a grande influência da igreja católica sobre as questões estatais, exigia-se a realização de uma cerimônia matrimonial para a constituição de uma família, sendo o casamento indissolúvel. Aqui, a figura do *pater* deixa de existir e ao contrário da família romana que abrangia os pais e filhos, bem como aqueles que se casavam com estes e os escravos, considerava-se família neste momento o pai, a mãe e sua prole. No que tange à contemporaneidade, com o avanço tecnológico, as mulheres adentraram ao mercado de trabalho. Além disso, a família deixa de ser mera instituição e passa a ser considerada como núcleo de formação de seus membros, priorizando a afetividade, e como consequência, o casamento deixa de ser essencial, ampliando-se o conceito de família.

A medida com que ocorrem alterações na sociedade surge, também, a necessidade de adequação das leis vigentes. Assim, atualmente é possível encontrar dispositivos constitucionais ligados à família, inclusive, conceituando-a e garantindo-lhe a proteção estatal. Ademais, há previsão acerca do dever da família de proteção ao menor, não podendo ser afastado ainda que ocorra a dissolução da sociedade conjugal - agora permitida por lei. Neste sentido, o legislador se viu no dever de garantir ao menor esta integral proteção, principalmente, quando seus genitores não mais conviverem sob o mesmo teto, prevendo o instituto da guarda.

Inicialmente, a guarda da prole era deferida ao genitor que não fosse considerado culpado pela separação do casal ou, se ambos fossem considerados

culpados, seria levado em conta a idade dos filhos, sendo a guarda deferida à mãe se os menores tivessem menos de seis anos e após esta idade, o pai seria guardião. A lei que instituiu o divórcio relatava, ainda, que a guarda dos menores deveria ser acordada pelos genitores quando da dissolução da união, mas em caso de litígio, seria guardião o cônjuge inocente, mantendo-se a ideia de preferência pela mãe, quando se tratasse de criança com pouca idade. Somente com o atual Código Civil a ideia de culpa na separação dos cônjuges deixou de ser requisito para a fixação da guarda dos menores, de modo a priorizar a aplicação dos princípios previstos na Constituição Federal, principalmente, levando em consideração o interesse do menor, estabelecendo que na ausência de acordo entre os genitores acerca da guarda dos filhos, seria guardião aquele que demonstrasse melhores condições para o seu exercício. Ao outro genitor era conferido o direito de visitas, sendo estas definidas previamente. No entanto, em razão desta exclusividade verificada na guarda unilateral, o menor acabava, por questões naturais, se afastando do genitor não guardião e, conseqüentemente, perdia as referências deste, trazendo-lhe prejuízos para o seu desenvolvimento.

Frente a este contexto, a doutrina passou a questionar acerca da guarda compartilhada já presente em legislações estrangeiras, de modo a incentivar sua adoção no Brasil. O legislador, acatando as conclusões doutrinárias, altera os dispositivos do Código Civil, prevendo tal modalidade de guarda, a fim de minimizar os impactos causados pela guarda exclusiva, haja vista que ambos os genitores, ainda que separados ou divorciados, figurariam, simultaneamente, como guardião do menor.

Embora houvesse previsão legal, a guarda compartilhada era pouco adotada, tendo em vista ser novidade em nosso ordenamento jurídico. Achou-se por bem realizar nova alteração nas normas vigentes, de modo a manifestar a preferência por tal modalidade de guarda.

Tendo sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, e aperfeiçoada no final de 2014, trata-se da mais recente modalidade de guarda dos filhos e, portanto, a prioritária. É sabido que as normas seguem a realidade fática da época, portanto, se mais atual é, também, a mais adequada.

Não se tem dúvidas acerca das vantagens desta modalidade de guarda, no entanto é de se questionar sua efetividade. A guarda compartilhada estreita os laços entre pais e filhos, além de evitar a prática de alienação parental,

pois a criança mantém contato direto e próximo com ambos, que na figura de guardiões devem manter diálogo e bom relacionamento, o que, de plano, já cria reflexos no bom desenvolvimento dos filhos. Entretanto, é difícil de aplicá-la, haja vista a necessidade de compreensão e vontade de ambos os pais em cooperarem na criação e educação da prole conjuntamente.

Ora, um casal que convive sem problemas substanciais não tem motivos para o pedido de dissolução da união, logo, a separação de um casal decorre de divergências de interesses ou até mesmo de desavenças entre eles.

Temos, portanto, que o processo de dissolução da sociedade conjugal gera um desequilíbrio emocional, justamente pela ausência de sintonia do casal, de modo com que não consigam vislumbrar a prole como outro indivíduo, e, conseqüentemente, usam-na como instrumento para atingir o outro, em razão de suas próprias frustrações (alienação parental).

Finalmente, como já exposto, exige-se uma boa convivência e diálogo entre genitores para o sucesso da guarda compartilhada, assim, para que ela seja aplicada desde o início da separação do casal, essencial seria o acompanhamento de profissionais especializados, tais como psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, visando o trabalho emocional de todos os envolvidos, destacando a individualidade da criança e, ainda, que o rompimento do vínculo afetivo está relacionado ao casal como homem e mulher, tornando-se possível a guarda compartilhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um Avanço para a Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: editora JC, 1981.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Brasília-DF, 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 19 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro, RJ, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 24 ago. 2015.

BRASIL. **Lei 11.698, de 13 de junho de 2008**. Brasília-DF, 13 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Brasília-DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

BRASIL. **Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Brasília-DF, 22 dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito da criança e do adolescente. Recurso Especial 964836/BA (2007/0151058-1), da 3ª. Turma. Brasília, 02 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/bancojuris1.asp?idmodelo=15343>>. Acesso em 02 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Direito de Família. Apelação Cível 20130610018712, 1ª Turma Cível. Brasília, 28 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194520454/apelacao-civel-apc-20130610018712>>. Acesso em: 15 out, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Direito de Família. Apelação Cível 20120510020082, 2ª Turma Cível. Brasília, 19 de março de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115348874/apelacao-civel-apc-20120510020082-df-0001966-9420128070005>>. Acesso em: 15 out, 2015.

CALDERÓN, Adolfo Ignacio; GUARÁ, Isa Maria Ferreira da Rosa; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. **Guarda Familiar: desafios e propostas**. São Paulo: IEE PUC-SP/CBIA, 1994.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos: Na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CARLAN, Cláudio Umpierre. O mundo romano no século IV: decadência ou reestruturação. **Fênix – Revista de História e Estudos Culturais**. Jan, fev, mar. 2007. Vol. 4, ano IV, nº1. Disponível em: <<http://www.revistafenix.pro.br/PDF10/DOSSIE6.Claudio.Umpierre.Carlan.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASEY, James. **A história da família**. Tradução: Sérgio Bath. São Paulo: Editora Ática, 1992.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **O direito de família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto de Direito Constitucional, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 9 ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. **A família e a escola como contextos de desenvolvimento humano**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a03.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007.

DIAS, Maria Berenice. et al. **Direito de família e o novo Código Civil**. 3 ed, rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Núcleo Universitário de Guaporé da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 25 abr. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. V. 5.

ELESBÃO, Elsitá Collor. et al. **Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ENGELS, Fredrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Editora Global, 1984.

FAMÍLIA. In: DICIONÁRIO de português online Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fam%EDlia>> . Acesso em: 18 abr. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. V. 6.

GUARDA. In: DICIONÁRIO de português online Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=guarda>> . Acesso em: 15 jul. 2015.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos: Os conflitos no Exercício do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 3 ed, ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. V. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

O que é a Alienação Parental. **Site da Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>>. Acesso em: 09 out. 2015.

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 3 ed, rev. e ampl. Belo Horizonte: BH Editora, 2009.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto San José da Costa Rica"), 1969, ratificado pelo Brasil em 1992.

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. V. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. Disponível em

<<http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=HwhAx1SKgxAC&oi=fnd&pg=PR7&dq=hist%C3%B3rico+direito+de+fam%C3%ADlia&ots=cVvcql0Vkr&sig=zw1BkN3A84F4ve0GfXE9czS6q9c#v=onepage&q=hist%C3%B3rico%20direito%20de%20fam%C3%ADlia&f=false>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora. 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.