

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ALINE KELLE RIBEIRO

**GUARDA COMPARTILHADA: PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO
MENOR.**

São Luís
2016

ALINE KELLE RIBEIRO

**GUARDA COMPARTILHADA: PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO
MENOR.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa
Oliveira

Ribeiro, Aline Kelle

Guarda compartilhada: preservação do melhor interesse do menor / Aline Kelle Ribeiro. – São Luís, 2016.
61f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

Orientadora: Profa. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

1. Direito de família. 2. Guarda compartilhada. 3. Alienação parental. I. Título.

CDU 347.6

ALINE KELLE RIBEIRO

GUARDA COMPARTILHADA: PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (Orientadora)

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

Dedico este trabalho a todos da minha família, pelo amor e pelo apoio irrestrito.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por ter me dado saúde e força para que eu superasse todas as minhas dificuldades e por iluminar o meu caminho em todos esses anos de curso possibilitando que aqui chegasse.

Aos meus pais, Vera Ribeiro e Domingos Ribeiro por nunca terem desistido de mim, e não terem medido esforços para que eu pudesse obter êxito em mais uma etapa da minha vida, agradeço também ao meu irmão Alexandre Ribeiro por ter ficado ao meu lado em todos esses anos.

Aos meus tios, tias, primas e primos pelo apoio irrestrito em todos momentos de dificuldade e felicidade. Ao meu noivo, Deilton Lourenço Baptista pelo amor, respeito, companheirismo, por me fazer sorrir e caminhar ao meu lado.

Às minhas amigas Déborah Penha, Rayce Cutrim e Gleydianne Cantanhêde, pela amizade, companheirismo, apoio nos momentos difíceis vividos dentro e fora do curso e por acreditar junto comigo que amizades são feitas para durarem a vida inteira.

À minha orientadora, Prof^a. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira, por todos os ensinamentos dados no curso da minha vida acadêmica.

E, por fim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram na elaboração desta monografia.

Quando me detenho, é quando avanço.

(José Narosky)

RESUMO

O Direito de Família é o ramo do direito em que está mais ligado a vida das pessoas, e ao longo do tempo esse direito vem se modificando de acordo com a evolução da sociedade. É um agrupamento espontâneo de pessoas que possuem vínculos entre si, sendo uma construção cultural onde todos possuem lugar. Surgindo assim para preservar o lar. É bem notório que o nosso direito de família foi influenciado pelo direito canônico, e que foi se modificando com as transformações culturais, sociais e históricas, adaptando-se a nossa realidade. As alterações de comportamento entre os indivíduos são determinadas pelas constantes mudanças na sociedade, contribuindo para o crescimento da importância dos pais junto aos filhos mesmo após uma separação. Com essas mudanças é notado um grande número de rupturas conjugais e assim surge o instituto da guarda compartilhada, com o objetivo de sanar os efeitos negativos oriundo de um rompimento conjugal, pois nessa modalidade de guarda as decisões sobre criação e educação do menor devem ser tomadas em conjunto e visando a preservação do melhor interesse do menor.

O presente trabalho dispõe sobre A guarda compartilhada: preservação do melhor interesse do menor.

Palavras-chave: Direito de Família – Guarda Compartilhada- Melhor interesse do menor.

ABSTRACT

The Family Law is the branch of law that is more connected to people's lives, and over time this right has been modified according to the evolution of society. It is a spontaneous grouping of people with ties to each other, being a cultural construction where all have place. thus appearing to preserve the home. It is well known that our family law was influenced by canon law, and that was modified with the cultural, social and historical transformations, adapting our reality. Changes in behavior between individuals are determined by constant changes in society, contributing to the growth of the importance of parents with their children even after separation. With these changes we are noticed a large number of marital disruptions and thus arises the institute of shared custody, in order to remedy the negative effects arising from a marital breakup, because this guard mode the creation decisions and lower education must be taken together and aimed at preserving the best interests of the minor.

This paper deals with the shared custody: preserving the best interests of the minor.

Keywords: Family Law - Guard Compartilhada- Best interests of the minor.

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
p.	Página
§	Parágrafo
nº	Número
ed.	Edição

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA	14
2.1	Aspectos históricos da família no ordenamento jurídico atual.....	16
2.2	Características e os Princípios do Direito de Família	22
2.3	Da natureza jurídica do direito de família.....	25
2.4	Do Poder Familiar no direito de família	28
2.5	Dos direitos e dos deveres dos pais para com os filhos	31
3	DOS ASPECTOS GERAIS DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
3.1	Evolução e conceito da Guarda na legislação brasileira	34
3.2	Modalidades legais da guarda.....	36
3.2.1	Unilateral	37
3.2.2	Compartilhada	39
4	CONSIDERAÇÕES GERAIS DA NOVA GUARDA COMPARTILHADA – LEI Nº 13.058/14.....	40
4.1	Das novas alterações dadas pela Lei nº 13.058/14	43
4.2	Guarda compartilhada e a preservação do melhor interesse do menor	45
4.3	Guarda compartilhada como instrumento de inibição da alienação parental	48
4.4	Apontamentos jurisprudenciais que versam sobre a Guarda Compartilhada	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS	55
	ANEXOS	58

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o modelo de família sofreu inúmeras modificações ao longo da história e que nos dias atuais são aceitas diversas formas derivadas de família. Ao longo dos anos a família era pautada em um modelo patriarcal, onde apenas o patriarca detinha poder sobre a prole, tendo a mãe apenas papel secundário.

O divórcio era proibido, pois acreditavam que era contra os princípios familiares e por estar pautada em uma esteira religiosa e por ser a família uma importante célula na constituição da igreja, por esse motivo não era admitido divórcio. Com o advento da Lei do Divórcio tudo mudou, dando um novo direcionamento para a família, mudando a vida dos ex-cônjuges bem como dos filhos.

Com a dissolução do casamento é importante ressaltar que os deveres dos pais não cessam em relação aos filhos menores, tendo que educar, dar assistência, assegurar um devido desenvolvimento até o alcance da maioridade. Com o instituto da guarda tais deveres terão que ser observados, ou seja, há uma preocupação no melhor interesse do menor.

A nossa Constituição Federal, adota o princípio da proteção ao melhor interesse do menor, bem como o Estatuto da Criança e Adolescente, onde ambos dão inigualável importância ao melhor interesse do menor, pois estes ocupam um papel de vulnerabilidade e por estarem em pleno desenvolvimento e por tais motivos as necessidades dos menores são colocadas no primeiro plano, haja vista sobre a tutela da Sociedade, Família e do Estado.

É sabido que, com a dissolução da sociedade conjugal os envolvidos acabam esquecendo dos menores, a saber, dos seus direitos de convivência. Com intuito de preservar e proteger o melhor interesse do menor após a dissolução da sociedade conjugal, é estabelecido pelo juiz a guarda, que pode ser estabelecida legalmente sob duas modalidades, a saber, guarda unilateral e guarda compartilhada.

O instituto da guarda compartilhada sofreu modificações com adventos da lei 11.698/08, e logo em seguida foi modificada pela Nova Lei da Guarda

Compartilhada (13.058/14), trazendo um novo conceito para tal instituto bem como tornando-a obrigatória.

Com efeito, a guarda compartilhada se faz necessária, pois impede que o menor perca contato com o genitor que não é detentor da guarda deste, afastando assim a possibilidade da existência da Alienação Parental.

É sabido que a Lei da Nova Guarda Compartilhada veio de encontro com a Lei da Alienação Parental, onde ambas objetivam o melhor interesse do menor. Ver-se que a nova Lei 13.058/14, representou marco importante no Direito de Família Brasileiro ao dispor sobre a nova Guarda Compartilhada.

Observa-se que o Judiciário procura aplicar da melhor forma o instituto ora estudado, procurando proteger e preservar o melhor interesse do menor. Neste interim, emerge o cerne deste trabalho. O questionamento sobre a aplicabilidade da Guarda Compartilhada e a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA.

O Direito de Família como sabemos está ligado diretamente ao Direito Privado, ou seja, está ligado as relações familiares de forma íntima, fazendo parte assim de uma parcela do Direito Civil. Tal direito vem a ser um conjunto de determinadas regras que regulam os direitos patrimoniais e pessoais das relações de família.

Este instituto é conceituado como sendo um pequeno grupo social constituído por indivíduos que se relacionam uns com os outros em razão de fortes afetos que são recíprocos entre si, ocupando assim um lar ou conjunto de lares que perduram por séculos. Em um contexto histórico-social a família vem desenvolvendo as suas funções desde os primórdios da humanidade, possuindo desde sempre a responsabilidade de manter o padrão da moral e da ética, evoluindo assim de acordo com as mudanças do mundo.

Aduz GONÇALVES (2014, p.16):

Conforme a sua finalidade ou o seu objetivo, as normas do direito de família ora regulam as *relações pessoais* entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as *relações patrimoniais* que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das *relações assistenciais*, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua.

Monteiro e Silva (2010, p.15) nessa mesma perspectiva afirmam:

Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante a sua existência embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes das referidas entidades, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto de direito de família.

Inquestionavelmente afirma (ULHÔA, 2012, p.43) que “a família é fenômeno plural: o filho havido fora do casamento e seu pai, casado, mantêm uma relação juridicamente regulada pelo direito de família. Apesar de morarem em casas separadas e não conviverem, integram uma família jurídica. De fato, pela ausência

de coabitação e vínculos afetivos, não se poderia falar aqui, estritamente, em família sob o ponto de vista sociológico e psicológico. No censo, por exemplo, não aparecerão como membros da mesma unidade familiar. Mas, juridicamente falando, não é despropositado falar-se numa espécie de família monoparental, cujos membros têm direitos e deveres um para com o outro”.

Afirma VENOSA (2013, p.10), que:

O direito de família, ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social.

Podemos ainda afirmar que o instituto do direito de família, constitui um campo do direito mais protegido e influenciado por ideias religiosas e também morais. Considerado como um complexo de direitos e deveres, o direito de família está centrado nos deveres, diferente dos outros ramos que estão ligados aos direitos. Ainda no que se refere à noção dos aspectos gerais, o direito de família, é importante mencionar a seguinte lição de GONÇALVES (2014, p.262):

O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele.

Com o passar dos tempos e com o aumento dos conflitos houve a necessidade de criação de leis que solucionasse esses conflitos e mais ainda para organizar os vínculos interpessoais. Com as modificações nas formas familiares é nítido a dificuldade que as leis possuem em acompanhar essas modificações ao longo dos tempos. Salienta DIAS (2010, p.29):

O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei. O influxo da chama globalização impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do direito das famílias. Quando se trata das relações afetivas- afinal é disso que trata o direito das famílias -, a missão é muito mais delicada em face de seus reflexos

comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. É o direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano. Como adverte Sérgio Gishkon Pereira, o regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia.

E como afirmativa afirma Ruggiero (2005, p.30):

O Estado intervém no âmbito familiar não somente para fortalecer seus vínculos, mas para garantir a segurança de suas relações, disciplinar e conduzir a família à finalidade primordial a que se destina, como primeira base da sociedade.

2.1 Aspectos históricos da família no ordenamento jurídico atual.

A família como sabemos, vem evoluindo ao longo do tempo e é considerada como a primeira partícula de uma organização social pelo simples fato de ser mais antiga que o Estado. Essas modificações ao longo do tempo estão relacionadas a fatores de ordem cultural, política, econômica e religiosa, que foram e ainda são vivenciadas nas distintas sociedades. O Direito de família brasileiro sofreu grande influência do direito canônico, em razão da sua colonização cristã, que mesmo com o passar do tempo, são preservadas até os dias atuais alguns de seus princípios básicos. Sobre esse aspecto da evolução aduz PEREIRA (2014, pag.42):

Quem rastreia a família em investigação sociológica encontra referências várias a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática; mais prevalece a generalização de ocorrências particulares do que a indução de fenômenos sociais e políticos de franca aceitabilidade.

E nesse mesmo liame aduz STOLZE (2014, pag.53):

A depender da acepção da expressão, os primeiros grupamentos humanos podem ser considerados núcleos familiares, na medida em que a reunião de pessoas com a finalidade de formação de uma coletividade de proteção recíproca, produção e/ou reprodução, já permitia o desenvolvimento do afeto e da busca da completude existencial.

Há relatos a respeito da origem da família, que em um primeiro momento as famílias não eram difundidas nas relações individuais, estas se relacionavam sexualmente, o que se denominava endogamia. Assim, afirma-se que a família era matriarcal, pois era a mãe que dava estrutura psicológica para o desenvolvimento das crianças. Caio Mario da Silva Pereira (2014, pag.42,43) acredita que a família matriarcal não ocorreu em todos os povos primitivos, sobre isso ele afirma:

Com efeito, não faltam referências a que a família haja passado pela organização matriarcal, que não se compadece, contudo, com a proclamação de que foi estágio obrigatório na evolução da família. Pode ter acontecido eventualmente que em algum agrupamento a ausência temporária dos homens nos misteres da guerra ou da caça haja subordinado os filhos à autoridade materna, que assim a investia de poder. Ou pode supor-se (como o faz Westermack, com base em costumes observados em primitivos atuais) que a certeza da maternidade foi erigida em elemento determinante das relações de parentesco (irmãos uterinos, especialmente), desprezando-se ou relegando-se a plano secundário o parentesco na linha masculina. Mas aceitar como certa a existência de um tipo de família preenchendo todo um período evolutivo, no qual à mulher estaria reservada a direção do lar, parece realmente pouco provável.

Já em Roma, a família era considerada um conjunto de indivíduos que estavam sob o poder patriarcal, ou seja, era organizada sob o princípio da autoridade do patriarca. O pai que exercia sobre o filho o direito de vida e de morte, tendo até o direito de vendê-lo como escravo e aplicar-lhe castigos. Quando o patriarca vinha a falecer o poder patriarcal não era transferido para a matriarca e sim, ao filho mais velho ou até mesmo para outro homem que fizesse parte daquele núcleo familiar. O pai era denominado de *pater*, sendo responsável por administrar as atividades do lar, ficando reservado para a mulher apenas a figura subordinada ao marido. E sobre o esse assunto aduz STOLZE (2013, pag.56):

Em Roma, a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o pater famílias. A mencionada figura jurídica consistia no ascendente mais velho de um determinado núcleo, que reunia os descendentes sob sua absoluta autoridade, formando assim o que se entendia por família. Assim, independentemente da idade ou da convalidação de matrimônio, todos os descendentes continuavam a lhe dever respeito e obediência, permanecendo o pater como o chefe da comunidade familiar até seu falecimento. Vale destacar que o prestígio exercido pelo pater famílias era enorme, a ponto de deter o poder sobre a vida e a morte de todos que estavam sob sua autoridade.

Nessa mesma perspectiva corroborando com o que foi dito acima, afirma VENOSA (2013, pag.4):

Em Roma, o poder do pater exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar. No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana. O pater podia nutrir o mais profundo sentimento por sua filha, mas bem algum de seu patrimônio lhe poderia legar (Coulanges, 1958, v. 1:54). A instituição funda-se no poder paterno ou poder marital. Essa situação deriva do culto familiar. Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo pater. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas. Por esse largo período da Antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados.

Com o crescimento do Cristianismo, o Império Romano decaiu, havendo assim uma alteração no significado da família. Em virtude dessa mudança salienta STOLZE (2013, p.57):

Se a família pagã romana era uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se consolidou na herança de um modelo patriarcal, concebida como célula básica da Igreja (que se confundia com o Estado) e, por consequência, da sociedade. Fundada essencialmente no casamento, que, de situação de fato, foi elevado à condição de sacramento, tal modelo se tornou hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade para a Idade Média, até chegar Idade Moderna, marginalizando potencialmente outras modalidades de composição familiar.

Nessa época não se aceitava o divórcio, acreditava-se que o divórcio era contrário aos princípios familiares, por contribuir para a desunião entre os indivíduos da família, e conseqüentemente prejudicariam a criação dos filhos. A partir desse momento as famílias eram instituídas através de cerimônia religiosa. A família tida como instituição sempre foi considerada a célula básica da igreja, esse era o motivo desta ter uma preocupação grande em evitar que aquela que é considerada seu apoio fosse dissolvido por motivos banais.

Segundo ULHÔA (2012, p. 27):

A difusão do cristianismo retirou da família a função religiosa. Algumas características dessa religião podem ser apontadas como causa. A primeira é o monoteísmo: à profusão de deuses familiares, contrapôs a crença num

único Deus, pai de toda a humanidade. A segunda, a evangelização: pela primeira vez na história, uma religião atribuiu-se a tarefa de converter todos para sua crença, espalhando a Boa Nova. A terceira característica do Cristianismo decisiva para tirar a religião do recesso doméstico e torná-la pública é a apostólica: só os escolhidos por Cristo direta (os Apóstolos) ou indiretamente (os sacerdotes da Igreja fundada por Pedro) podem presidir os rituais religiosos.

É patente salientar que a família canônica, a família romana e a germânica, foram uma grande influência para a conceituação da família brasileira. O direito canônico merece uma maior atenção, pois este é considerado a maior influência do direito de família brasileira, como consequência da colonização lusa. A família formada por pais e filhos, não foi muito alterada com a sociedade urbana, mas podemos ver que a família atual se difere das formas antigas quando relacionado às finalidades, papel de pai e mãe e das composições. E sobre o tema salienta GONÇALVES (2014, pag. 24) “As Ordenações Filipinas foram à principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez”. Nesse liame aduz VENOSA (2013, p.6):

Nesse quadro, superficialmente traçado, há inexoravelmente novos conceitos desafiadores a incitar o legislador e o jurista, com premissas absolutamente diversas daquelas encontradas no início do século passado em nosso país, quando da promulgação do Código Civil de 1916. Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado. Lembrando a magnífica e essencial obra de Gilberto Freyre, o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da Casa-Grande, esquecendo da Senzala. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX.

A instituição família, considerada peça fundamental da sociedade era supervalorizada pelo Código Civil de 1916, tendo que ser protegida a todo custo. Nesse código a família era constituída apenas pelo matrimônio. Segundo MADALENO (2013, pag.08) “O casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar,

marginalizando quaisquer outros vínculos informais. Para triunfo do casamento era importante o princípio da monogamia, que não tem texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas surgiu no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseado na predominância do homem e na certeza da paternidade de seus filhos, assim conferindo maior solidez aos laços conjugais, embora ao homem sempre fosse tolerado o direito à infidelidade, de sorte que ao morrer o homem teria a certeza de estar transmitindo sua riqueza e por herança aos seus filhos, e não aos filhos de qualquer outro”.

Tinha como proibição a dissolução do casamento e fazia ainda distinção entre seus membros e os qualificava de forma discriminatória, às aquelas pessoas que não se uniu através do matrimônio, e aos filhos que eram havidos fora do casamento. “Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos integrantes, a maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (*“o que Deus uniu o homem não pode separar”*) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial (ALVES, 2010, p.01)”. Nessa época, além da proibição da dissolução do casamento, a mulher possuía apenas uma capacidade relativa. A família era patriarcal, assim afirmava o artigo 233 do Código Civil Brasileiro de 1916, afirmando que só o pai detinha o poder perante a família, sendo considerado chefe da sociedade conjugal.

A respeito desse tema afirma GONÇALVES (2014, pag.24):

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

Podemos observar que a mulher e os filhos eram os menos favorecidos nessa época, pois estes não eram considerados sujeitos de direito, deviam apenas obedecer ao patriarca. De acordo com DIAS (2015, pag. 32) “As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento”.

O Código Civil de 1916 adotou o pátrio poder, designando o poder do pai sob os filhos, devendo ser obedecido e prevalecendo ainda a autoridade paterna sobre a materna.

As melhorias relacionadas ao melhor interesse do menor e as melhores condições de vida das mulheres foram inseridas mais tardiamente, com o advento da Lei nº 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada. Este Estatuto igualou os cônjuges, devolvendo a mulher que antes possuía apenas a capacidade relativa, e com o advento do Estatuto esta adquiriu a capacidade plena resguardando ainda os bens adquiridos com o resultado do seu trabalho, podemos citar, por exemplo, a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), que veio para acabar com a indissolubilidade do casamento.

Sobre uma substancial evolução no direito de família, afirma GONÇALVES (2014, p. 24):

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

As significativas alterações na metade do século passado e com o advento da Constituição Federal de 1988 levaram para a aprovação do nosso atual Código Civil aprovado em 2002, neste diploma houve uma convocação dos pais para uma paternidade responsável, os vínculos de afeto se sobrepujam. Sendo priorizada a família socioafetiva, bem como proibida qualquer forma de discriminação de filhos, e não menos importante, sendo reconhecido o núcleo monoparental como entidade familiar.

E sobre o tema expõe LÔBO (2011, p. 44):

O Código Civil de 2002, cujo Projeto tramitou no Congresso Nacional durante três décadas, deu tratamento confuso ao direito de família, pois o texto resultou de difícil conciliação entre dois paradigmas opostos. O paradigma do Projeto de 1969-1975 era a versão melhorada do que prevaleceu no Código Civil de 1916, fundado na família hierarquizada e matrimonial, no critério da legitimidade da família e dos filhos, na

desigualdade entre cônjuges e filhos, no exercício dos poderes marital e paternal. Já o paradigma da Constituição de 1988 aboliu as desigualdades, os poderes atribuídos ao chefe da família, o critério da legitimidade e a exclusividade do matrimônio. A adaptação do texto originário do Projeto ao paradigma constitucional implicou mudanças radicais, mas que deixaram resíduos do anterior, impondo-se a constante hermenêutica de conformidade com a Constituição. Em razão disso, logo após sua entrada em vigor, vários projetos de lei procuraram corrigi-lo, modificando, acrescentando ou suprimindo matérias, total ou parcialmente. A mais significativa alteração decorreu da nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição pela EC/66, de 2010, que extinguiu a separação judicial e os requisitos subjetivos ou objetivos para a realização do divórcio, importando revogação da legislação ordinária que tratava dessas matérias.

Diante de tais modificações que foram expostas acima, o presente trabalho afirma que o Poder Familiar não é mais um direito absoluto e dirigido apenas ao pai, este é agora reconhecido como instituto que confere proteção ao melhor interesse do menor e, não mais proibindo a mulher de possuir apenas capacidade relativa, colocando-a em situação de igualdade em relação ao homem.

2.2 Características e os Princípios do Direito de Família.

O direito de família possui características que os diferem dos demais ramos do direito privado. Nessa esteira GONÇALVES (2014, p. 264):

Uma característica dos direitos de família é a sua *natureza personalíssima*: são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis por herança. Desse modo, “ninguém pode transferir ou renunciar sua condição de filho. O marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher; ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio.

O direito de família segundo VENOSA (2013, p. 14) “disciplina a relação básica entre os cônjuges, se casados, ou entre companheiros, na ausência de núpcias. A sociedade conjugal tem proteção do Estado com ou sem casamento, nos termos de nossa Constituição de 1988. Essas relações absorvem vários aspectos pessoais e patrimoniais. Delas decorrem também os direitos relativos à filiação e ao parentesco direto (membros de um mesmo tronco), ou por afinidade (relação do cônjuge com os parentes do outro cônjuge)”. A respeito do tema assegura novamente VENOSA (2013, p. 14):

Uma característica presente dos direitos de família, quando examinados sob o prisma individual e subjetivo, é sua natureza personalíssima. Esses direitos são, em sua maioria, intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis. Aderem indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Desse modo, o pátrio poder ou poder familiar e o estado de filiação são irrenunciáveis: ninguém pode ceder o direito de pedir alimentos, ninguém pode renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação.

O direito de família como já vimos possui características próprias e nessa esteira WALD (1999, p. 26) afirma: Destaca-se assim nele a *importância primordial do elemento social e ético*, dependendo pois de uma realidade oriunda de contingências históricas”.

O autor VENOSA (2013, p. 18,19) destaca as principais características do Estado de Família:

1. intransmissibilidade: esse status não se transfere por ato jurídico, nem, entre vivos nem por causa da morte. É personalíssimo, porque depende da situação subjetiva da pessoa com relação à outra. Como consequência da intransmissibilidade, o estado de família também é intransigível; 2. irrenunciabilidade: ninguém pode despojar-se por vontade própria de seu estado. O estado de filho ou de pai depende exclusivamente da posição familiar. Ninguém pode renunciar ao pátrio poder, agora denominado poder familiar, por exemplo; 3. imprescritibilidade: o estado de família, por sua natureza, é imprescritível, como decorrência de seu caráter personalíssimo. Não se pode adquirir por usucapião, nem se perde pela prescrição extintiva; 4. universalidade: é universal porque compreende todas as relações jurídico-familiares; 5. indivisibilidade: o estado de família é indivisível, de modo que será sempre o mesmo perante a família e a sociedade. Não se admite, portanto, que uma pessoa seja considerada casada para determinadas relações e solteira para outras; 6. correlatividade: o estado de família é recíproco, porque se integra por vínculos entre pessoas que se relacionam. Desse modo, ao estado de marido antepõe-se o de esposa; ao de filho, o de pai, e assim por diante; 7. oponibilidade: é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade e transfere por ato jurídico, nem entre vivos e nem por causa mortis; 7. oponibilidade: é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade.

Segundo MONTEIRO E SILVA (2010, p. 15), “todo homem ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o chamado organismo familiar. O homem mesmo ligado a esse organismo familiar vem a constituir uma nova família. Posto assim que esse entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes das referidas entidades, dar origem a um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que assim formam o objeto de direito de família”.

Como em todos os ramos, o direito de família também é regido por alguns princípios e para acompanhar a evolução social e os bons costumes, o Código Civil de 2002 procurou adaptar-se a essa evolução e não esquecendo as mudanças legislativas. É importante citar a observação feita por DIAS (2015, p.43) quanto aos princípios do direito de família:

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Daí a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica.

De acordo com GONÇALVES (2014, p. 262), os principais princípios que norteiam o direito de família são:

- Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana: Este princípio está localizado no art.1º, III, da Constituição Federal. Tem como principal objetivo a proteção dos membros, constituindo assim base da comunidade familiar, garantindo principalmente a proteção da criança e do adolescente;
- Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos: Está elencando no artigo 227, §6º, da CF, onde dispõe que aqueles filhos que são havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações;
- Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros: previsto no art.226, § 5º, da CF, este princípio aduz que os direitos e deveres serão exigidos de forma igualitária entre os cônjuges;
- Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar: elencado no art.226, § 7º, da CF, onde o planejamento familiar é de livre decisão do casal;
- Princípio da comunhão plena de vida: previsto no art. 1.511 do Código Civil, reforçado pelo art. 1.513 do CC, que proíbe

qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado, de interferir na comunhão de vida.

- Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar: proibida qualquer interferência do Estado perante a comunhão conjugal, este princípio está previsto no art. 1.513 CC.

2.3 Da Natureza Jurídica do Direito de Família.

Defendia-se no passado que a família constituía uma pessoa jurídica, tendo como justificativa o fato dela ser detentora de direitos extrapatrimoniais, como o nome, o poder familiar e os direitos patrimoniais.

Sobre o tema GONÇALVES (2014, p.20):

Já foi dito que a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares.

Nesse mesmo sentido assegura LÔBO (2011, p. 28):

A repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo proprietário, que determinou o conteúdo das grandes codificações.

Para VENOSA (2013, p. 07, 08):

No passado, defendeu-se a ideia de que a família constituía uma pessoa jurídica. Essa personalidade seria conferida à família, tendo em vista ser ela detentora de direitos extrapatrimoniais, como o nome, o pátrio poder, hoje poder familiar no vigente Código, e direitos patrimoniais, como a propriedade de bem de família, sepulcros. Essa posição foi prontamente superada pela imprecisão do conceito. Em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma

se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados.

Defendia-se que a família era constituída por um organismo jurídico, mas esse dado era apresentado como um dado sociológico e biológico, possuindo um caráter natural reconhecido pelo Estado. Sendo a família um fenômeno natural preexistente, por sua vez o direito imposto pelo Estado não pode abstrair tal fenômeno. A família é conceituada como instituição pela doutrina majoritária, mesmo esta não sendo homogênea. Embora seja considerada como instituição pela maioria, o conceito de família é impreciso e por demais vago.

Sobre isso aduz VENOSA (2013, p. 8):

Essa teoria foi enunciada na França por Maurice Hauriou e desenvolvida em seguida. Como instituição, a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade. Nesse sentido, família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos (Belluscio, 1987, v. 1: 10).

No Direito de Família há outra discordância, a saber, se o Direito de Família está inserido no direito privado ou no público. Sabemos que o Direito público disciplina os interesses da coletividade, ou seja, engloba a sociedade política, sendo assim estruturado pelos serviços, pelas organizações e pela tutela dos direitos individuais, já o Direito privado regula as relações entre os indivíduos. Em boa parte do Código Civil, o Direito de Família tem ocupado uma posição de destaque no direito privado, constituindo assim um conjunto de normas disciplinares entre pessoas que estão ligadas pelo casamento e pelo parentesco.

Na defesa da corrente em que se situa o direito de família na ordem privada temos VENOSA (2013, p.11):

Desse modo, embora o direito de família se utilize majoritariamente de normas imperativas para ordenar as relações entre seus membros, como afirma Guillermo A. Borda (1993, v. 1 :9), a pretensão de deslocar a família do direito privado representa um contrassenso. Não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. O direito de família visto como direito público prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima, como tantos que ocorrem ordinariamente.

Predominam no direito de família as normas de ordem pública, em razão de sua importância social, onde estas impõem antes deveres do que direitos. É no direito familiar que são considerados os vínculos como sendo impostos e as faculdades com competência para atribuir direitos quanto para impor os deveres. Os direitos são reconhecidos e regulados na lei, mas de forma majoritária assume o caráter de deveres. Daí podemos observar a intervenção crescente do Estado no direito de família, pois esse tem como objetivo a proteção às novas gerações. Alguns doutrinadores pretendem retirar do direito privado o direito de família e alocá-lo no direito público e até alguns doutrinadores o classificam como direito *sui generis* (direito social). Nesse liame assevera GONÇALVES (2014, p.21):

Malgrado as peculiaridades das normas do direito de família, o seu correto lugar é mesmo junto ao direito privado, no ramo do direito civil, em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas a que visa disciplinar. Destina-se, como vimos, a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e interesses afins. Como assinala ARNALDO RIZZARDO, a íntima aproximação do direito de família “ao direito público não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado não observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica”¹⁸.

Dessa forma não se pode admitir o direito de família como direito público em um Estado que é considerado democrático, pois este tem a função de proteger e tutelar a família, vindo a intervir de forma indireta. Fortalecendo este raciocínio afirma PEREIRA (2014, p. 48) “com estas conotações, que às vezes assumem a condição de reservas doutrinárias marcantes, Caio Mário entende que o Direito de Família conserva a caracterização disciplinar do Direito Privado, e não desgarrar da preceituação do Direito Civil. No estado atual da ciência civilista, é aí que ainda há de permanecer, embora se reconheça nele a presença constante de preceitos de ordem pública”. Não mais que distante do assunto debatido aduz STOLZE (2014 p.67):

E, com a instalação do processo de “constitucionalização do Direito Civil”, a publicização de suas normas se tornou ainda mais necessária, com o objetivo de se atender, plenamente, a sua função social. Com isso, podemos concluir que o Direito de Família, ramo do Direito Civil, integra, sob o ponto de vista enciclopédico, o Direito Privado, posto reconhecemos a

cogência da grande maioria de seus institutos, integrantes de seu corpo normativo positivo.

2.4 Do Poder Familiar no direito de família.

Anteriormente o Poder Familiar era denominado de pátrio poder, de acordo com a legislação de 1916, tendo a figura paterna como a responsável pelo dever e pela obrigação dos pais em relação aos filhos, ou seja, não havia a figura do pai e da mãe exercendo juntos os poderes e deveres como ocorre nos dias atuais, o pai era o único responsável pela educação e por controlar os filhos, a mãe cabia apenas o papel de auxiliar na educação destes.

Aduz VENOSA (2013, p.311):

No Direito Romano, a patria potestas representava um poder incontrastável do chefe de família. Nosso Código de 2002, a exemplo do que já fazia o velho diploma, no art. 379, sem defini-lo, dispõe no art. 1.630: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar; enquanto menores. "

Podemos notar que com o passar do tempo, a sociedade foi se modificando, possibilitando o surgimento de outros tipos de família, fazendo assim com que o poder familiar evoluísse e com isso atender às necessidades jurídicas das novas famílias brasileiras que surgiam. E como marco dessa evolução é importante citar o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), este estatuto contribuiu para a emancipação feminina em inúmeras áreas. Houveram diversas modificações com este Estatuto, o marido deixou de ser chefe exclusivo da sociedade conjugal, a mulher tornou-se economicamente ativa em relação ao marido, não necessitando assim de autorização deste, salvo quando tiver ação que o marido também precise de consentimento para tal feito.

De acordo com DIAS (2015, p.100):

Hoje, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família.³ Sua emancipação jurídica forçou o declínio da sociedade conjugal patriarcal. A partir do momento em que ela assumiu a condição de "sujeito de desejo", o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu, uma vez que a histórica resignação feminina é que sustentava os casamentos.

Outro fator que contribuiu para a evolução do poder familiar foi a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que com a possibilidade de separação, pôde assim preencher as lacunas que o CC de 1916 era omissivo, podemos citar como exemplo, a guarda dos filhos. Mas, como marco da evolução do instituto tem-se a promulgação da Constituição de 1988. Gonçalves (2014, p. 280,281) afirma a importância da Carta Magna de 1988 nas transformações do direito de família:

A igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges só se concretizou com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo art. 226, § 5º, dispôs: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Em harmonia com o aludido mandamento, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 21: “O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

O princípio da igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos e as entidades familiares, foi elevado para o status de direito fundamental, no artigo 5º da CF, onde diz: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. O artigo 226, § 5º, afirma que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A nossa Constituição, junto com o também nosso Código Civil de 2002, como vemos modificaram o modelo de família que tinha vigência do Código Civil de 1916, garantindo assim a proteção, afetividade e igualdades dos membros de uma família.

Os pais não podem renunciar o poder familiar e nem transferi-lo a outra pessoa, salvo como citado no artigo 166 do ECA “Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado”. Tal instituto também é considerado imprescritível, podendo perder apenas em casos expressos em lei, não podemos esquecer da sua incompatibilidade com a tutela, sendo assim, não se pode nomear tutor aos menores cujos pais não foram destituídos ou suspensos do poder familiar.

Como leciona o artigo 1.630 do Código Civil “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, segundo GONÇALVES (2014, p.280):

O dispositivo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos. Os nascidos fora do casamento só estarão a ele submetidos depois de legalmente reconhecidos, como foi dito, uma vez que somente o reconhecimento estabelece, juridicamente, o parentesco.

Em nossa Constituição de 1988 foram especialmente protegidos os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Estabeleceu-se no artigo 227º do texto constitucional que “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.” E como complemento e também como forma de efetivar os direitos citados acima, foi promulgada a lei n. 8.069 em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituto este que veio como forma de proteção da infância, dando ensejo ao que foi afirmado no texto constitucional.

Segundo preconiza ULHÔA (2012, p. 412):

À ingente responsabilidade que os pais têm devem corresponder os meios para cumpri-la. Por isso, a família se organiza com a atribuição a eles de um *poder*, que exercem sobre os filhos. Justifica esse poder o adequado cumprimento das funções associadas à paternidade e maternidade. É um simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais, e espera sejam atendidos, na formação de seus membros. Tanto assim que pode ser suspenso ou mesmo retirado esse poder daqueles que não o exercem visando cumprir a responsabilidade paterna ou materna.

Quando tais direitos são subtraídos, tem-se a suspensão, extinção ou perda do poder familiar. A Suspensão do Poder Familiar, está elencada no artigo 1.637 do Código Civil, onde afirma que “se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.” Já o parágrafo único do supracitado artigo, afirma “Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados

por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

A perda do poder familiar está elencada no Art. 1.638 onde aduz que: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I. Castigar imoderadamente o filho; II - deixar /o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.” Considera-se a perda do poder familiar a forma mais grave de destituição, sendo determinada por decisão judicial.

A extinção do poder familiar se deferência da perda, segundo a doutrina pelo fato de ocorrer pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. Definida como um termo jurídico que pode ser aplicada em situações em que ocorre interrupção definitiva do poder familiar, podendo ocorrer também em casos de adoção da criança ou do adolescente ou até mesmo em caso de decisão judicial. O nosso Código Civil descreve as causas causadoras da extinção do pátrio poder no art. 1.635: “Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.”

2.5 Dos direitos e dos deveres dos pais com os filhos.

O devido exercício do poder familiar compreende um conjunto de direitos e deveres dos pais para com os filhos, ou seja, este dever tem por finalidade o bem dos menores e ao tempo que estes vão adquirindo capacidade para discernir sobre seus atos, o exercício do poder familiar vai reduzindo. O nosso atual Código Civil traz elencado em seu art. 1.634, as hipóteses de atribuições que são conferidas aos pais em relação aos filhos, dentre elas estão: “dirigir-lhes a criação e educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 do CC; representa-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 parte, suprindo-lhes o consentimento; exigir que lhes prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 22 da Lei 8.069/90, afirma que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos

menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” Vimos que não só a Constituição de 1988, mais a legislação especial visa sempre em primeiro lugar o melhor interesse do menor.

Os direitos e deveres dos pais com os filhos ultrapassam a esfera do arrimo material, abrange também a questão do afeto, sendo algo que não pode ser deixado de lado. O afeto constitui parte de suma importância na assistência aos menores, esta relação paterno-filial sempre será composta pelo afeto. Mas o que vemos nos dias atuais é a preocupação da maioria dos pais com a questão material e acabam esquecendo o afeto que deveria estar sempre presente. Preconiza DIAS (2015, p.265) que:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão dos genitores, deixando de garantir a sobrevivência dos filhos, como, por exemplo deixando imotivadamente de pagar alimentos, confira delito de abandono material (CP 244).

3 DOS ASPECTOS GERAIS DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Como sabemos a família é a base de uma sociedade e é no direito de família que é estudado a dissolução do casamento e a proteção dos filhos menores. Com a dissolução do casamento dar-se ensejo a guarda dos filhos menores ou aos maiores inválidos, sendo este instituto um dos mais complexos no direito de família. A guarda será estabelecida pelo juiz de direito, sempre objetivando o melhor interesse do menor. Após a dissolução do casamento as obrigações dos pais para com os filhos não dissolvem. Na nossa Constituição (CF 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 4º), é imposto a obrigatoriedade de sustento, guarda e educação da prole. De acordo com o tema a autora DIAS (2015, p.175) afirma:

Exercem ambos os genitores o poder familiar durante o casamento (CC 1. 631) . Depois do divórcio, não se modificam os deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1. 579) . Assim, mesmo depois de dissolvido o casamento, persiste o dever de sustento e de educação da prole. O ônus é de ambos os pais. O genitor que não está com a guarda física do filho necessita contribuir para a sua manutenção na proporção de seus recursos (CC 1. 703) . A responsabilidade é divisível, pois depende dos bens e rendimentos de cada um, tanto que estão sujeitos à prática do delito de abandono material (CP 244). Ou seja, os deveres dos pais para com os filhos são individuais. Cada um deve contribuir, na proporção de sua condição econômica, para a manutenção dos filhos. Porém, a impossibilidade de um de honrar o compromisso de sustento não transfere ao outro a obrigação de pagar sozinho o sustento da prole. A transmissão do encargo não é ao outro genitor, mas aos parentes do credor (CC 1. 696 e 1. 698).

O instituto da guarda vem implícito no texto constitucional no art. 226, onde afirma que os genitores têm o dever de assisti-los, bem como criar e educar a prole. Ainda sobre esse tema afirma GONÇALVES (2014, p.434):

Na separação judicial por mútuo consentimento ou no divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, dizia o art. 1.583 em sua redação original, presumindo-se que são os maiores interessados no futuro e bem-estar da prole. Mas o juiz poderá “recusar a homologação e não decretar a separação” se não estiverem preservados os interesses dos filhos menores e dos maiores inválidos (CC, arts. 1.574, parágrafo único, e 1.590). Não vale, portanto, o que resolverem contrariamente à ordem pública ou ao interesse dos filhos (v. n. 6.8, retro).

Podemos perceber que a guarda está intimamente ligada ao pátrio poder. O nosso ordenamento jurídico brasileiro dá respaldo a guarda em suas legislações especiais. A situação das crianças e dos adolescentes após a dissolução conjugal é a mais frágil nesse meio, por estarem em desenvolvimento estas não possuem discernimento para desenvolver os aspectos sociais, afetivos, intelectuais, não possuem também capacidade para proteger a própria vida, a sua integridade física e a saúde. Por estes motivos a sociedade sempre busca formas de proteger os menores e o instituto da guarda se constitui em uma dessas formas. Para alguns doutrinadores a guarda é uma particularidade do poder familiar, mas não se confundindo com este, ambos podem existir sem o outro. A guarda vem a ser uma manifestação em que há um conjunto de itens que versam sobre a constituição do caráter dos menores, entre eles estão: o sustento, o dever de assistência, e por último um direcionamento no processo de formação da personalidade destes.

Ao longo desse trabalho foi dito que o poder familiar sobre o menor é conferido a ambos os genitores, vivendo sob o mesmo teto cabendo aos pais

exercer igualmente um conjunto de itens que visam a formação dos menores até que atinjam a maioridade, caracterizado como sendo irrenunciável, personalíssimo, improrrogável, intransmissível, zelando assim pelo equilíbrio na participação de ambos os genitores.

Afirma DIAS (2015, p.522):

A palavra guarda significa verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito. Daí a preferência pela expressão direito de convivência. Como refere Gustavo Tepedino, a carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho.

E ainda sobre esse assunto a autora DIAS (2015, p. 522) afirma que:

Quanto mais conflituado o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente deve ser regulamentado o regime de convivência, estabelecendo-se dias e horários de forma bem rígida. Esta é a única forma de não deixar um genitor à mercê do poder do outro, só tendo acesso ao filho quando o outro “deixa”.

3.1 Evolução e o conceito da Guarda na legislação brasileira.

É sabido que o meio jurídico vive em constante evolução e o instituto da guarda passou por inúmeras transformações, chegando nos dias atuais com mais destaque na questão da aplicabilidade em relação aos filhos. No Código Civil de 1916, a guarda era concedida ao genitor inocente no caso de separação judicial. Podemos observar que o instituto da guarda no Código de 1916 estava vinculado a culpa e não ao melhor interesse do menor. A ilustríssima autora DIAS (2015, p.519) afirmava em seu livro que:

A Lei do Divórcio igualmente privilegiava o cônjuge inocente (LD 10): os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. No entanto, a própria lei admitia abrandamentos. Havendo motivos graves, a bem dos filhos, era facultado ao juiz decidir diversamente (LD 13).

No Código Civil de 1916 a mulher era tida como incapaz de realizar determinados atos, e para o que necessitasse ela deveria pedir autorização ao marido, inclusive, esta não possuía direitos sobre os filhos. Com a publicação do

Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.021/62), a mulher adquiriu mais espaço, podendo ter direitos sobre o filho, podendo ainda em caso de separação pedir a guarda do menor.

O Estatuto da Mulher Casada marcou o início de diversas transformações, dando a mulher maior visibilidade juntamente com os direitos. E sobre este tema a autora Maria Berenice Dias em seu artigo A mulher no Código Civil, afirma que “O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 6.121 de 1962. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família”.

Logo em seguida com o advento da Lei do Divórcio nº 6.515/77, a questão da guarda foi mais aprofundada. Neste dispositivo cabia aos pais em caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, decidir sobre a guarda dos filhos menores (Art. 9º da lei nº 6.515/77). Mas, podemos observar que o legislador se preocupou apenas com a guarda dos filhos de pais que haviam optado pela separação legal, deixando de lado aqueles casos em que os pais se separavam de fato, mas que por algum motivo não haviam se separado judicialmente, deixava de lado também os filhos tidos fora do casamento, ou seja, de uma relação extraconjugal.

No artigo 227, §6º da CF, dar-se uma nova direção em relação ao que foi dito anteriormente, lá expõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”, isto é, os filhos tinham os mesmos direitos. E sobre essa colocação DIAS (2015, p.519) afirma:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade masculina.

Ao longo dos anos inúmeros conceitos foram atribuídos ao instituto da guarda. Pode ser conceituada como sendo um meio que mostra a existência ou não de uma relação de autoridade parental. Consiste em uma obrigação que tem os pais de dar aos menores apoio, suprir todas as suas necessidades, ou seja, é a simples manifestação do poder patriarcal, vale dizer que esse instituto é exercido por ambos os pais.

LÔBO (2011, p.147) preconiza:

A guarda, para fins dos deveres comuns dos cônjuges, tem o sentido amplo de direito-dever de convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança (art. 227 da Constituição), e ainda de manutenção do filho, sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, deveres esses inerentes ao poder familiar (art. 1.630 do Código Civil). Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33), a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança”.

Quando falamos ou pensamos em guarda, vem à mente a ideia de posse, detenção de algo, ou no caso em que estamos estudando a ideia de uma pessoa, com a simples finalidade de proteção e assistência. Vimos que durante muito tempo o menor não era considerado um sujeito de direito, muito menos protegido pelo Estado, pela sociedade ou até mesmo pela família. A família estava estruturada de uma forma em que apenas o pai detinha o poder sobre todos da prole.

É sabido então que a guarda constituiu tanto um direito como um dever de ambos os genitores, não sendo assim, indisponível. “Dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem seus filhos, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho” (RODRIGUES, 2008, p. 344).

3.2 Modalidades legais da guarda.

Após a ocorrência da dissolução da sociedade conjugal, entra em questão como já foi dito neste trabalho, a definição da guarda do menor. Na maioria dessas dissoluções conjugais o menor é o que mais sofre, causando nestes um demasiado sofrimento. É importante salientar que os pais após a dissolução da sociedade conjugal precisam ter a consciência de que não haverá rompimento dos direitos e deveres de proteção e assistência em relação aos filhos. LEITE (1997, p. 198) assevera que:

É nesse sentido que a prioridade conferida ao interesse do menor emerge como o ponto central, a questão maior, que deve ser analisada pelo juiz na disputa entre os pais pela guarda do filho. O interesse do menor é sempre supremo, caso o juiz verifique circunstâncias que indicarem a necessidade de mudanças poderá ele rever seu posicionamento, bem como as partes. Devendo os pais passarem por cima de ressentimentos, contribuindo no processo de separação ou divórcio para que possam regular acordos pertinentes aos filhos, com a finalidade maior de privilegiar o melhor interesse dos filhos.

Os direitos dos menores sempre têm que está sobreposto a qualquer direito, ou seja, são direitos inerentes aos menores, “tratando-se, enfim, de posse e guarda de filho, o interesse do bem-estar do menor é o único critério a solucionar o problema (GRISARD FILHO, 2002, p.67)”. O nosso ordenamento jurídico prevê duas modalidades legais de guarda, a saber, guarda unilateral e guarda compartilhada. Há também outras formas de guarda, a saber, a guarda comum que é exercida por ambos os pais durante o casamento, ou seja, ambos residem com os filhos; tem a alternada que é aquela que ocorre a divisão temporal entre os genitores, a guarda dos menores é dividida de forma que a cada 15 dias o menor fica com um dos genitores.

Mais embaixo será estudado detalhadamente as duas modalidades legais, sendo que uma sofreu no último ano uma alteração que deu uma maior visibilidade em relação aos filhos.

3.2.1 Unilateral.

Antigamente a guarda unilateral era denominada de guarda partilhada, neste tipo de guarda o filho fica com um dos pais, enquanto ao outro concede-se o direito de visitas e o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Preconiza ULHÔA (2012, p.237) que “nessa espécie, o filho mora com o ascendente titular da guarda, que tem o dever de administrar-lhe a vida cotidiana, levando-o à escola, ao médico e às atividades sociais, providenciando alimentação e vestuário. Ao outro cabe conviver com o filho em períodos, de duração variada (algumas horas ou dias), previamente estabelecidos de comum acordo com o titular da guarda. Nessas oportunidades, chamadas legalmente de *visitas*, o ascendente que não tem a guarda pega o filho em casa, leva a passeios ou eventos familiares, tem-no em sua

convivência, e o devolve no horário aprazado. Durante a visita, o pai ou a mãe que não titula a guarda responde pela saúde, física e mental, e bem-estar do menor”.

No Código Civil de 1916 a guarda unilateral, como afirma ALVES (2010, p.166) era tida de forma distinta:

Nesse sentido, o Código Civil de 1916, como forma de valorizar a única forma de família, a *família matrimonial*, impunha freios, desestímulos aos cônjuges quanto à separação judicial, notadamente na *separação-sanção*, ao estabelecer graves sanções ao tido como culpado pelo fim do relacionamento conjugal, dentre elas a perda automática da guarda judicial dos filhos, dispendo no seu artigo 326 que “sendo desquite judicial, ficarão dos filhos menores com o cônjuge inocente”. Além disso, na hipótese de culpa de ambos os cônjuges, o art. 321 do *Codex* determinada que a guarda seria exercida por terceira pessoa.

E nosso atual Código Civil, a guarda unilateral vem definida no art. 1.583 §1º, onde aduz que esta é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, mas sendo a guarda compartilhada tida como preferência. Afirma DIAS (2015, pag. 524):

A guarda unilateral será atribuída a um dos genitores somente quando o outro declarar, em juízo, que não deseja a guarda do filho (CC 1.584 § 2º). Caso somente um dos pais não concorde com a guarda compartilhada, pode o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. A guarda unilateral obriga o não guardião a supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem legitimidade para solicitar informações e até 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 (CC 1.583 § 5º).

O Poder Judiciário terá que interferir na relação familiar, apenas com a finalidade de solucionar o conflito e tornar mais ameno a crise que assola a família. Como já foi dito anteriormente, os pais acabam se priorizando no que tange a dissolução do casamento e se esquecem do que será melhor para o crescimento da criança. Segundo o art. 1.584 inciso I do CC, a guarda pode decorrer do consenso de ambos, ainda sendo obrigatório ao juiz informar a ambos a importância e o significado da guarda compartilhada, como aduz o art.1.584 §1º do CC “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”, redação dada pela Lei nº 11.698/08. Nessa seara autora DIAS (2015, p.524):

Quando o filho é reconhecido somente por um dos pais - geralmente a mãe -, é claro que fica sob a guarda de quem o reconheceu (CC 1.612). Aliás, nem poderia ser diferente. Registrado no nome de um dos genitores, passa ele a exercer a guarda unilateral e constituem uma família monoparental. Mas se a genitora for casada, o filho não poderá residir no lar conjugal se não houver o consentimento do seu cônjuge (CC 1.611). A norma, além de inconstitucional, é para lá de discriminatória. A Constituição Federal (227) assegura, com prioridade absoluta, a convivência familiar. Nada justifica a necessidade da concordância do cônjuge para o filho residir na companhia de seu genitor. Como deve prevalecer o melhor interesse da criança, nada pode impedir que a guarda seja atribuída a quem o reconheceu, sendo totalmente descabido condicioná-la ao consentimento de cônjuge ou companheiro.

Tratando das consequências dessa modalidade de guarda, afirma ainda DIAS (2015, p.525) que:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.

3.2.2 Compartilhada.

Espécie de guarda que é aplicado após a cessação da sociedade conjugal, dando a ambos genitores titularidade para exercê-la, ou seja, constitui uma modalidade de guarda mais flexível, havendo um revezamento entre eles. Esta modalidade tem como principal finalidade a de proporcionar ao menos uma maior convivência e contato com os genitores, existindo assim uma convivência deles em igualdade de deveres e direitos. Observamos que tal instituto veio para reorganizar o interior da família e dar maior valorização as relações familiares de afeto, equilibrando e trazendo benefícios para estes. GONÇALVES (2014, p.195) preconiza que:

Um novo modelo passou, assim, aos poucos, a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e,

consequentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do Norte com o nome de *joint custody*.

Extrai-se do Código Civil mais respectivamente do art. 1.583, §1º que a guarda será unilateral ou compartilhada:

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 (grifo nosso).**

O instituto da guarda compartilhada pôr ser considerada um tema de muita importância no direito de família e por se tratar do tema do presente trabalho, deve e será estudada de forma mais aprofundada no próximo capítulo.

4 CONSIDERAÇÕES GERAIS DA NOVA GUARDA COMPARTILHADA – LEI Nº 13.058/14.

Em dezembro de 2014 foi aprovada e logo em seguida sancionada a nova Lei da Guarda Compartilhada, a 11.058/14, trazendo para o direito de família pátrio, um novo tipo de relação familiar, que alterou significativamente o Código Civil nos artigos que elencam o instituto da Guarda Compartilhada, do qual antes foi alterada pela antiga lei da guarda compartilhada, a 11.698/08. De 2008 para 2014 ocorreram três momentos que marcaram significativamente o Direito de Família, haja vista, em 2008 foi institucionalizada a Guarda Compartilhada pela lei 11.698/08, em 2010 a Lei de combate a Alienação Parental e, recentemente a nova Lei da Guarda Compartilhada, com a lei nº 13.058/14.

A antiga lei de guarda compartilhada foi promulgada, como já foi dito, em 2008, e percebemos que a aplicabilidade desta não foi eficaz como era esperado, pois só era aplicada quando havia um “bom relacionamento” entre os genitores, “a maior dificuldade a ser enfrentada pelos adultos (...) é a resistência em mudar a perspectiva do desempenho do papel parental, desvinculando-o da noção de família conjugal e aproximando-o da concepção de família enquanto grupo de afeto e

solidariedade.” Assim, a *Guarda Compartilhada* é conveniente quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares. “É preciso ter claro que ser pai e ser mãe é algo vinculado à personalidade de cada pessoa, e não à sua condição de parceiro amoroso ou sua posição conjugal (PEREIRA, 2014, p.386)”. Por mais que constasse a hipótese de guarda compartilhada e mesmo que esta fosse bem clara sobre o assunto onde dizia que “será aplicado sempre que possível, a guarda compartilhada”, poucas foram as decisões judiciais que optaram pela guarda compartilhada, após a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, mantinha-se a outra hipótese de guarda, a unilateral. Sobre isto afirmava PEREIRA (2014, p.385):

A Guarda Compartilhada foi instituída pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Mantida a residência fixa de comum acordo com qualquer deles ou com terceiros, nesta modalidade de guarda os filhos permanecem assistidos por ambos os pais, dividindo responsabilidades, sem a necessidade de fixação prévia e rigorosa dos períodos de convivência, cabendo-lhes as principais decisões relativas à educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer etc.

Ainda nesse liame a respeito da guarda de 2008 o autor LÔBO (2012) assevera que “a lei nº 11.698, de 2008 (Lei da Guarda Compartilhada), não apenas introduziu explicitamente uma modalidade de guarda, mas reformulou todo o modelo de relacionamento entre pais separados e filhos, notadamente pelo fortalecimento da concepção de direito de convivência no lugar da dicotomia guarda/visita. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas. Quando os pais não chegarem a mútuo acordo, após a separação ou o divórcio, acerca do modo de convivência que cada um entretecerá com os filhos comuns, deve o juiz assegurar a estes o direito de contato permanente com aqueles. A criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de ter ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor. Com tais cuidados, deve o juiz oferecer oportunidade à criança de ser ouvida, sempre que entender necessário para seu melhor interesse, sem jamais levá-la a escolha difícil e traumática”.

A nova lei de guarda compartilhada vem de encontro com três princípios constitucionais, a saber, o princípio da igualdade entre os cônjuges (art. 226, §5º da CF), o princípio da igualdade gênero (art. 5º, I, da CF) e por último o princípio do melhor interesse e proteção integral da criança, que origina-se no princípio da dignidade humana, o qual consiste no centro do nosso ordenamento jurídico. E sobre isto preconiza LÔBO (2014) "os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei".

Tais princípios são tratados como sendo pilares básicos para o direcionamento do instituto da guarda compartilhada. O instituto da guarda compartilhada vem de encontro com princípios ora citados, visando assegurar a melhor possibilidade de proteção aos menores, pois possibilita que os pais tenham maior participação na criação destes e ao mesmo tempo atende a igualdade entre os genitores e a igualdade de gêneros. A partir disso vemos que as crianças e os adolescentes passam a serem tratados como sujeitos de direito e não mais apenas como sujeitos passivos. É sabido que a lei de 2008 já estabelecia a aplicação da guarda unilateral e a compartilhada, junto a isto já havia a consagração de tais princípios, caso tivesse sido aplicada de forma efetiva a regra da lei anterior, não seria preciso a criação de uma nova lei.

Nessa mesma perspectiva GUAZZELLI (2014, p.7) afirma que:

O princípio do melhor interesse da criança, pois, serve de norte para as relações que envolvam os filhos e importa na intervenção do Estado e na criação de regras em todas as questões que tratem dos menores visando justamente a sua proteção integral. Destarte, a guarda compartilhada, como regra geral, é o modelo legal ideal e o mais aconselhável, por permitir ao filho, pelo menos em tese, a continuidade da presença de ambos os pais no cotidiano, na rotina de sua vida, dividindo e partilhando as responsabilidades de sua criação.

Opina DIAS (2015, p. 525):

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo com ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade. Garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar

da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

A principal diferença entre a lei da guarda compartilhada anterior e a atual reside no fato de que na primeira a guarda seria aplicada apenas se houvesse um bom relacionamento entre os genitores e na atual será aplicada mesmo havendo desacordo, pois esta preconiza a proteção do melhor interesse do menor.

4.1 Das novas alterações dadas pela Lei nº 13.058/14.

A nova lei altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585, 1.634 do CC, com a prerrogativa de fornecer o significado de guarda compartilhada e suas respectivas formas de aplicação. Dá análise retirada do art. 1.583 §§ 2º,3º do CC, extrai-se que a guarda será unilateral ou compartilhada:

“Art. 1.583.

.....
 § 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.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

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

Frisa-se que diante do que foi exposto nos parágrafos §§2º,3º que a busca do melhor interesse do menor é primordial, pois com a dissolução da sociedade conjugal ver-se que, a busca pelo equilíbrio familiar é de suma importância para a manutenção do bem-estar do menor. No artigo 1.584, §2º, ver-se a principal inovação trazida pela nova lei, instituiu a guarda compartilhada como regra, não havendo discordância o magistrado optará pela guarda compartilhada do menor, aduz o citado artigo do CC que:

“§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e 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.”

Segundo a nova lei, não existe necessidade de definir uma residência de um dos genitores como referência, caberá aquela que atender ao melhor interesse da criança ou adolescente, mas para que um não fique dependendo da boa vontade do outro, caberá ao juiz estabelecer detalhadamente sobre as atribuições de cada um e nesse mesmo sentido estabelecerá o período de convivência de forma que seja equilibrada. No artigo 1.584, §3º do CC afirma que:

§ 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.

Embora a guarda compartilhada seja um direito dos pais, quando não houver acordo entre eles, caberá ao juiz determiná-la, continuando o juiz com prerrogativa para adotar medidas que sejam efetivas, sempre objetivando o melhor interesse do menor, como assegura os parágrafos do artigo 1.584 do CC:

§ 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.” (NR)

Outra alteração dada pela supracitada lei foi ao art. 1.585 do CC, define que “em caso de medida cautelar que envolva menores, será feita uma audiência diante do juiz, salvo quando a proteção do melhor interesse do menor, façam a exigência da concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, sendo aplicadas as disposições do art. 1.584 do CC”. E por fim o artigo 1.634, do exercício do poder familiar, onde a nova lei acrescentou novos incisos, afirma DIAS (2015, p. 529, 530):

Além da obrigação de dirigir a criação e a educação, exercer a guarda dos filhos e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, vários encargos foram impostos de forma conjunta aos genitores e que dizem com o exercício do poder familiar (CC1.634 III, IV, V, VII): conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência

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

Podemos observar que a nova lei da guarda compartilhada traz diversos benefícios, entre eles está em consagrar os direitos das crianças e dos adolescentes. A nova lei traz novas mudanças em suas prerrogativas. Esta só não será aplicada quando um dos genitores ou até mesmo os dois se mostrarem incapazes de exercerem o poder familiar.

4.2 Guarda compartilhada e a preservação do melhor interesse do menor.

Já sabemos que a principal finalidade da guarda compartilhada é a busca da preservação do melhor interesse do menor, ou seja, busca a proteção dos laços de afetividade, sempre objetivando amenizar as consequências desastrosas que o fim da sociedade conjugal pode deixar. Os pais são responsáveis, conjuntamente, pelo desenvolvimento do filho e pela educação destes. O Poder Judiciário dá prioridade para o melhor interesse do menor. No que tange a guarda compartilhada, o melhor interesse do menor pode ser utilizado como controle e até mesmo como solução. No que diz respeito ao controle, pode se afirmar que este é caracterizado como um instrumento que tem como principal objetivo a vigilância da autoridade parental e sobre a solução, esta ocorre quando o juiz após analisar o caso concreto, decide pela aplicação da guarda conjuntamente.

É importante ressaltar que a preservação do melhor interesse do menor é prioridade, sendo interesses absolutos e indiscutíveis, pois com a dissolução da sociedade conjugal será tratada qual será o destino do menor, assim como sobre a evolução, criação e proteção. A nossa Constituição Federal, como já foi dito neste trabalho, consagrou no art. 227, expressando de forma bem nítida o princípio da preservação melhor interesse do menor, constituindo assim prioridade absoluta diante dos genitores.

No dizer expressivo de PEREIRA (2014, p. 67,68):

Ao lado do princípio do melhor interesse, a prioridade absoluta exerce importante papel no que se refere à primazia dos direitos das crianças e dos

adolescentes nas questões que os envolvem em todas as esferas de interesses, seja na esfera judicial, extrajudicial, administrativa, social ou familiar. Assim, observa-se que o art. 227 da Constituição Federal pretende que “a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas”, no que se refere à população infantojuvenil.⁹⁶ O *caput* do art. 4º do ECA reproduz quase que de forma idêntica o art. 227, acrescentando, em seu parágrafo único, que a garantia de prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

De acordo com ULHÔA (2012, p. 242, 243):

Na espécie humana, em vista do atual estágio de evolução, uma vez desmamado o rebento, qualquer um dos ascendentes pode cuidar dele de modo satisfatório. O melhor, evidentemente, é que o menor tenha os cuidados tanto do pai como da mãe, estejam casados ou não. A necessidade psicológica de ter pai e mãe, o filho atenderá como a espécie tem atendido desde tempos imemoriais, substituindo o ausente por alguém próximo que lhe faça as vezes (marido da mãe ou esposa do pai, avô ou avó, tio ou tia, irmã ou irmão mais velho etc.). Das necessidades morais, materiais, físicas, educacionais e sociais, contudo, o pai ou a mãe pode sozinho dar conta.

Ainda nessa perspectiva AKEL (2015, p.01):

No entanto, a condição do filho menor, cidadão do amanhã deve ser sempre colocada em relevância, uma vez que a proteção da criança é algo que tem que ser preservada e resguardada por todos. É o que diz, inclusive, o próprio texto constitucional ao consagrar o princípio da supremacia do interesse do menor. A fragilidade das relações conjugais infelizmente, acaba por acarretar um prejuízo significativo nas relações paterno, materno - filial. A própria criança sabe mesmo de forma inconsciente, o vínculo que possuem com os pais, sendo esses, o sustentáculo em que se apoia por toda a vida. Logo, esse apoio transforma-se numa experiência afetiva e intelectual que fornece de maneira segura e estável, elementos para as primeiras apreensões da realidade, que constituirão as sementes da vida futura.

Com a dissolução da sociedade conjugal, o alicerce que é dado durante a formação da personalidade dos menores sofre um abalo que poderá ter como consequência de um mal desenvolvimento das crianças, “tendo em vista toda essa situação e problemática vivida pela sociedade, a tendência moderna alicerçada por experiências positivas está caminhando na busca de fórmulas alternativas capazes de minimizarem os impactos negativos e marcantes provenientes dos conflitos

oriundos das rupturas familiares, uma vez que o sentimento de desamparo, medo e incerteza provenientes da desunião são sentimentos que de uma forma ou de outra surgirão, sendo, de forma inequívoca, prejudicial ao menor” (AKEL, 2015, p.01).

Nesse sentido é de indiscutível importância ressaltar que a guarda compartilhada surgiu com a principal finalidade de buscar uma maneira que mantivessem o genitor que não convive com o filho, mais próximos, assegurando assim a proteção do laço afetivo, sempre buscando amenizar o efeito de uma dissolução conjugal. “Nos Tribunais e no âmbito político-administrativo, a proteção da família é centrada especialmente nos filhos menores, e orientada, a cada dia, pelo princípio do “melhor interesse da criança” como um novo paradigma, valorizando a convivência familiar dentro ou fora do casamento (PEREIRA, 2014, p 45)”.

Preleciona ainda PEREIRA (2014, p.67):

No campo do planejamento familiar, o princípio do melhor interesse da criança ganha relevo, diante da priorização dos seus interesses e direitos em detrimento dos interesses de seus pais, a impedir, assim, que a futura criança venha a ser explorada econômica ou fisicamente pelos pais, por exemplo. Pode-se considerar que o espectro do melhor interesse da criança não se restringe às crianças e adolescentes presentes, mas abrange também as futuras crianças e adolescentes, frutos do exercício consciente e responsável das liberdades sexuais e reprodutivas de seus pais. Trata-se de uma reformulação do conceito de responsabilidade jurídica para abranger as gerações futuras, e, nesse contexto, é fundamental a efetividade do princípio do melhor interesse da criança no âmbito das atuais e próximas relações paterno-materno-filiais.

Para que a guarda seja de fato fixada é necessário a verificação de diversos fatores, entre eles estão, os aspectos morais e educacionais, bem como a relação afetiva e a afinidade, entre outros que visão a busca do melhor interesse do menor. O princípio do melhor interesse do menor, enseja um conjunto de direitos, então vemos que cabe o juiz diante das dificuldades que surgem no momento da aplicação da guarda, prezar pela máxima potencialização, fazendo uso das normas constitucionais bem como as infraconstitucionais que as tem como prerrogativa do cargo que ocupam, uma vez que é obrigação do Poder Judiciário a busca pela primazia dos interesses dos menores.

Dessa forma como expressa de forma magnífica AKEL (2015, p. 02):

(...)torna-se a Guarda Compartilhada a meu ver, o modelo ideal para os nossos dias sendo considerado um avanço para o direito de família, proclamando se, com ela, a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e impondo aos pais obrigações comuns e recíprocas com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais.

Vimos que a Guarda Compartilhada, representa a busca da preservação do melhor interesse do menor e nessa seara afirma ainda ALVES (2010, p.171), sobre a questão da pensão alimentícia do menor:

É certo que a guarda compartilhada não elimina, por exemplo, a clássica obrigação de pagamento de pensão alimentícia a ser assumida por um dos genitores. Não obstante, ela visa essencialmente ampliar os horizontes da responsabilidade dos pais, fomentando, em verdade, uma a corresponsabilidade, uma pluralidade de responsabilidades na educação dos filhos, enfim, uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor.

4.3 Guarda compartilhada como instrumento de inibição da alienação parental.

A Alienação Parental é conceituada de acordo com a Lei 12.318/10 como:

Art. 2º 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.

Esta lei veio com o objetivo de introduzir novas formas de solucionar os conflitos entre os cônjuges após a dissolução do casamento. A alienação Parental é considerada como sendo uma forma de violência psicológica, pois ocorre que um dos pais induz o menor a repudiar o outro genitor, “ao mesmo tempo em que assistimos à preocupação dos genitores descontínuos pleitearem nos Tribunais o direito de efetiva participação na educação e no desenvolvimento dos filhos, de outro lado, não podemos deixar de citar, sobretudo nos processos de dissolução da sociedade conjugal, uma série de atitudes do genitor guardião no sentido de desfazer a imagem do outro, num flagrante espírito de vingança. Neste jogo de manipulações, para lograr o seu intento, o guardião dificulta as visitas e cria toda forma de empecilho para que elas não ocorram. Alega que o filho está doente ou tem outro compromisso. Leva-o a viajar nos períodos que teria que estar com o

outro genitor. Impede o acesso à escola, sonega informações sobre questões de saúde e, muitas vezes, muda de cidade, de estado ou de país.105 (PEREIRA, 2014, p. 255)".

Ainda nesse mesmo liame TARTUCE (2015, P.999):

No âmbito jurisprudencial, já se entendia que a alienação parental poderia levar à perda da guarda pelo genitor; bem como provocar discussão a respeito da destituição do poder familiar. Ilustrando, podem ser transcritas as seguintes ementas:

“Destituição do poder familiar. Abuso sexual. Síndrome da alienação parental. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento” (TJRS, Agravo de Instrumento 70015224140, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, decisão de 12.06.2006). “Regulamentação de visitas. Guarda da criança concedida ao pai. Visitas provisórias da mãe. Necessidade. Preservação do superior interesse da menor. Síndrome da alienação parental. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido, com determinação” (TJSP, Apelação com Revisão 552.528.4/5, Acórdão 2612430, Guarulhos, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 14.05.2008, *DJESP* 20.06.2008).

A nova guarda compartilhada como já sabemos trouxe inovações significativas, ela veio para complementar a lei da Alienação Parental, tornando-a mais efetiva, tendo como função a prerrogativa de manter intacto o exercício do poder familiar com a dissolução da sociedade conjugal, evitando assim conflitos que possam a vir prejudicar no desenvolvimento do menor. No novo modelo de guarda a tomada de decisões a respeito do menor é feita de forma conjunta.

Abrahão (2007 apud FONTENELES, 2013) preconiza que:

[...] através do exercício conjunto da educação e cuidados da prole, os pais afastam a incidência da chamada Síndrome da Alienação Parental, que é tão frequente nos casos de guarda exclusiva, principalmente quando há conflito entre o genitor guardião o não guardião.

[...] a cooperação entre pais e o compartilhamento dos deveres relativos à pessoa dos filhos minimizam a probabilidade das crianças e adolescentes desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais.

[...] diminuir as pressões e responsabilidades em relação à educação do filho que sempre se concentraram na mãe, que geralmente permaneceria com a guarda dos filhos enquanto o pai assumia o papel apenas de provedor, de alimentante.

[...] a participação de ambos os genitores em todas as decisões acerca de atos e interesses dos filhos, outra vantagem do modelo estaria no fato de que há um progressivo aumento no respeito mútuo entre aqueles.

[...] a guarda conjunta evitaria os escândalos e as dissimulações promovidas por algumas mães que, alegando o instituto materno de proteção da prole, tentam afastar o pai do relacionamento com o filho, para

assim não perder o controle da situação e ter maior poder de negociação com o não guardião.

Com “a utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral é, entre tantos benefícios, um meio de evitar que a alienação parental ocorra (FREITAS (2014, p.96)”, pois com a guarda unilateral o surgimento da alienação parental é esperado, por esta ser atribuída a um só genitor ou a alguém que o substitua.

Ainda nessa seara Silva e Fogiatto (2007, p. 101) afirmam que:

Como na guarda compartilhada a vivência cotidiana é mais fácil de ser exercitada, fator que proporciona à criança maior segurança dos seus sentimentos, diminuindo, por consequência, a possibilidade de sofrer as influências negativas e de ser manipulada e, ainda, pelo fato de que nenhum dos genitores poderá utilizar-se do argumento de que em razão da guarda estar consigo poderá agir com exclusividade sobre a criança, é este um importante instrumento para amenizar a ocorrência da Alienação Parental.

Resta concluir que a guarda compartilhada é detentora de impedir a ocorrência da Alienação Parental, pois sendo o poder familiar exercido de forma conjunta, não tem como um dos genitores utilizarem o mesmo como instrumento de chantagem e podemos ainda afirmar como forma de vingança conta o genitor que não convive com o menor, ou seja, o instituto da guarda compartilhada objetiva também a diminuição dos casos de Alienação Parental.

4.4 Apontamentos jurisprudenciais que versam sobre a Guarda Compartilhada.

Admite-se que por ser um tema que ganhou maior visibilidade no último ano, o instituto da Guarda Compartilhada é devidamente reconhecido pelo Direito de Família, possuindo poucas jurisprudências sobre a aplicabilidade da nova guarda compartilhada, bem como a proteção ao melhor interesse do menor. A Guarda Compartilhada traduz a busca de uma melhor forma de tratar do interesse do menor. Visto isso há uma necessidade do reconhecimento no caso concreto dos indícios que a configuram:

acerca da guarda de menores são SEMPRE tomadas exclusivamente no **interesse** deles, levando-se em conta todos os aspectos de seu desenvolvimento psicológico, moral e afetivo. 2 A modificação da guarda exige demonstração de situação fática que demanda dilação probatória, sendo assim, revela-se mais prudente aguardar a instauração do contraditório e a instrução processual na ação originária, a fim de avaliar o **melhor interesse** da **criança**. 4 . Recurso conhecido e desprovido. (grifos da autora).

Vimos que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, afirma que as decisões tomadas a respeito da guarda do menor, tem que tomar como prerrogativa o melhor interesse da prole, dando ensejo ao seu desenvolvimento mental, psicológico e principalmente o afetivo. À guisa de exemplo, cita-se as manifestações também do Tribunal de Justiça do Distrito Federal a respeito das visitas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DA **CRIANÇA** E DO ADOLESCENTE. VISITA. RESTRIÇÃO. PRINCÍPIO DO **MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**. 1. Na regulamentação de visitas, primeiramente deve ser resguardado sempre o **melhor interesse** da **criança**, que está acima do **interesse** ou da conveniência de ambos os genitores, levando-se em consideração a teoria da proteção integral da **criança** e do adolescente. 2. Recurso conhecido e provido. (grifos da autora).

É sabido que o melhor interesse do menor está acima de qualquer direito ou interesse de ambos os genitores. Nesse sentido faz se importante salientar que a guarda compartilhada cumpre um papel de extrema importância naquele ambiente que em conflito, nessa esteira faz necessário citar exemplos de casos em que a guarda fora aplicada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE **GUARDA** PROPOSTA PELO GENITOR. **GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA**. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU O ATENDIMENTO DO MENOR E SEUS GENITORES POR PSICÓLOGA NOMEADA PELO JUÍZO, COM O ACOMPANHAMENTO DA CRIANÇA PELO GENITOR. RECURSO DA GENITORA. Nova decisão proferida nos autos principais para determinar que o tratamento do núcleo familiar seja realizado pelo Setor de Psicologia do Tribunal de Justiça, semanalmente e com horário a ser estabelecido pelo referido núcleo, o que acarreta a perda do objeto de parte da decisão. Manutenção da condução da criança pelo pai ao tratamento é medida que se afigura correta diante da notícia de descumprimentos por parte da genitora, o que, aliás, pode causar prejuízos ao menor em relação à convivência com o genitor. Tratamento agora realizado semanalmente e em horários designados pelo núcleo multidisciplinar. Desnecessidade de alteração. Recurso que deve ser recebido somente no efeito devolutivo, pois a sentença apenas confirma a antecipação de tutela concedida, não se demonstrando ainda os alegados prejuízos físicos ou psicológicos para a criança com o compartilhamento da **guarda** realizado, o que inviabiliza a aplicação da exceção de concessão de duplo efeito ao recurso de apelação interposto pela Agravante/ré.

Guarda Compartilhada hoje que se apresenta como regra de acordo com a nova legislação protetiva (Lei 13058/2014) que alterou artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Parecer da Procuradoria de Justiça no sentido do provimento parcial do recurso tão somente no que diz respeito à alteração da profissional para atendimento da agravante. Decisão mantida. Negativa de Seguimento ao recurso, na forma do artigo 557, caput, do CPC. Precedentes.

Temos uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que julgou provimento parcial da forma abaixo exposta:

DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA - CRIAÇÃO SOB O INFLUXO DE AMBOS OS PAIS - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - MUDANÇA QUE TRAGA BENEFÍCIOS PARA O MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL- O instituto da **guarda** foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o **direito** de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus. - As mudanças impostas pela sociedade atual, tais como inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de uma geração de pais mais participativos e conscientes de seu papel na vida dos filhos, vem dando a ambos os genitores a oportunidade de exercerem, em condições de igualdade, a **guarda** dos filhos comuns. Além disso, com a nova tendência de constitucionalização do **direito de família**, da criança e do adolescente, a questão da **guarda** deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor. - Na **guarda compartilhada** pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. - Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da **guarda**, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de **guarda** unilateral, mas da **guarda compartilhada**. - Para sua efetiva expressão, a **guarda compartilhada** exige a custódia física conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos. - Se um dos genitores quer mudar de cidade ou de Estado, para atender a interesse próprio e privado, não poderá tal desiderato sobrepujar o interesse do menor. Só se poderia admitir tal fato, se o interesse do genitor for de tal monta e sobrepujar o interesse da criança. provimento parcial.

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações

devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer, como conclui DIAS (2015, p.525, 525).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O Estado classificou a família como sendo uma ordem que preconiza a família como sendo uma instituição estruturada em uma ordem constitucional, e com a nova lei da guarda compartilhada é evidente que ela veio assegurar os princípios que são elencados no texto constitucional, entre eles estão o princípio da preservação do melhor interesse do menor, princípio da igualdade entre gêneros bem como o princípio da igualdade entre os cônjuges.

O Instituto da Guarda Compartilhada tem como principal objetivo a preservação do melhor interesse do menor, da mesma maneira, resguardar ao filho menor o direito de conviver com ambos pais, tendo a participação dos dois em todos os momentos importantes da sua vida.

É importante ressaltar que a guarda compartilhada é o instituto que versa garantir de forma efetiva os deveres dos genitores, bem como os direitos dos filhos menores. Sendo a guarda dos filhos o reflexo mais fiel do que é, e o que deve ser o poder familiar. E mesmo que haja conflitos no processo da dissolução da sociedade conjugal, é importante que haja entre os cônjuges uma negociação em relação a guarda do menor e não havendo consenso entre eles, o Poder Judiciário terá que intervir, com o objetivo de decidir o melhor interesse do menor.

Se faz necessário citar que nem sempre será aplicado o compartilhamento nos casos concretos, pois cada caso terá que ser analisado cautelosamente, procurando não só atender ao melhor interesse do menor, mais sim a maior proteção possível a este.

A nova lei vem para edificar a prioridade dos menores, devendo os pais mesmo após a dissolução conjugal participar ativamente da vida dos filhos, buscando sempre pelo melhor a prole.

Os magistrados e os operadores do direito ao nosso ver, têm que se adaptarem a esse novo modelo de guarda compartilhada, isso na esfera jurídica, e do outro lado aqueles pais menos comprometidos com a prole terão que se fazerem mais presentes na vida cotidiana do filho menor. Nesse mesmo liame se fala dos pais que se acham únicos na criação dos filhos menores, terão que aceitar e respeitar o outro genitor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 1916 e legislação em vigor**: organização, seleção e notas por Theotonio Negrão, com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código Civil de 2002 e legislação em vigor**: organização, seleção e notas por Theotonio Negrão, com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

ABRAHÃO, Ingrith Gomes. **Uma releitura da guarda compartilhada à luz do direito brasileiro**, 2007. In: FONTELES, Celina Tâmara Alves. A guarda compartilhada: um instrumento para inibir a síndrome da alienação parental. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/27631/a-guarda-compartilhada-um-instrumento-para-inibir-a-sindrome-da-alienacao-parental>> Acesso em: 27.mar. 2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Temas Atuais de Direito de Família – Atualizado de acordo com as leis números 12.004/09 e 12.010/09. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

AKEL, Ana Carolina Silveira. Artigo- Guarda Compartilhada – Um avanço para a família moderna, 2015. Disponível em:<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo>. Acesso em: 27.03.16.

BRASIL. **Lei 6.515/77, de 26 de dezembro de 1.977**: Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm: Acesso em:15.02.2016.

BRASIL. **Lei 4.121, de 27 de agosto de 1.962**: Dispõe sobre a situação jurídica de mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm: Acesso em: 24. Março. 2016.

BRASIL. **Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm: Acesso em: 23.02.2016.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>: Acesso em 26.01.2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, família, sucessões.** Volume 5/ Fábio Ulhôa Coelho. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil, 2012. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf.
Acesso em: 24.03.2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias I Maria Berenice Dias. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias. - 6.ed.rev, atual. e ampl. -- são Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Douglas Philips. **Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família** – de acordo com Lei n. 12.874/2013 / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado, v.3/**Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2014.- (Coleção esquematizado).

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GUAZZELLI, Mônica. A nova lei da guarda compartilhada. 2014. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150427123958.pdf> : Acesso em 26.03.2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil).

LÔBO, Paulo. **Relações de família e direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 2, p. 9, Belo Horizonte, IBDFAM, mar./abr. 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: importância da detecção, aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva 2008.

RUGGIERO, Roberto de apud ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 20150020161479, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, julgado em: 09/09/2015.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº20150020026088, Relator, Leila Arlanch, julgado em: 15/04/2015.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 16º Câmara Civil. Agravo de Instrumento nº 00008762820158190000, Relator: DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO, julgado em: 16/04/2015

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 4º Câmara Civil. Apelação Cível nº10210110071441003 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, julgado em: 30/07/2015

WALD, Arnoldo. O novo direito de família/ Arnoldo Wald. – 12. Ed. Ver., atual. E ampl. Pelo autor, do livro Direito de Família, de acordo com a jurisprudência e como referências ao projeto de Código Civil, com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199. – (Curso de direito civil brasileiro; v. 4)

ANEXOS

LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014

Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583.

[§ 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.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

[§ 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.” (NR)

“Art. 1.584.

§ 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.” (NR)

“Art. 1.585. 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.” (NR)

“Art. 1.634. 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.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de dezembro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Claudinei do Nascimento