

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

WANDERSON PATRÍCIO DE S. BRAGA

**GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE À
ALIENAÇÃO PARENTAL-** Uma análise dos aspectos jurídicos e sociológicos dos
Institutos no Direito das Famílias.

São Luís
2017

WANDERSON PATRÍCIO DE S. BRAGA

GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL- Uma análise dos aspectos jurídicos e sociológicos dos Institutos no Direito das Famílias.

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

Orientadora: Prof.^a Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

São Luís
2017

BRAGA, Wanderson.

GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL: Uma análise dos aspectos jurídicos e sociológicos dos Institutos no Direito das Famílias / Wanderson Braga. - 2017.

125 f.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

Orientadora: Prof^a. Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

1. Alienação Parental. 2. Família. 3. Guarda. 4. Guarda Compartilhada. 5. Poder Familiar. I Título.

CDU

WANDERSON PATRÍCIO DE S. BRAGA

GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL- Uma análise dos aspectos jurídicos e sociológicos dos Institutos no Direito das Famílias.

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 Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (Orientadora)

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

A Deus, por sua infinita bondade e glória, e
aos meus pais, pelo amor e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por toda sua honra e glória, e por ser sempre meu socorro nos momentos de angústia.

À minha mãe Jozélia de Souza, uma grande inspiração, a quem devo a minha vida e devoção. Sou ciente de seu apoio mesmo que forma implícita.

Ao meu pai Itamar de Menezes Braga, meu maior apoiador e patrocinador do meu sucesso. Sou testemunha de sua luta diária para oferecer a mim e as minhas irmãs educação e alimento. Um homem cuja fibra e honra são minhas fontes de inspiração.

À minha madrastra Edilene Braga que mesmo de forma silenciosa torce e anseia pelo meu crescimento profissional.

Às minhas irmãs Anna Lidhia, Millena Braga e Melissa Braga pelo companheirismo fraternal.

À minha avó Úrsula Souza e minha bisavó Eunice Costa (*in memoriam*) e a todos meus familiares por sempre aclamarem às minhas conquistas.

À Ediane Gomes por seu trabalho incansável de cuidar de mim, da casa e de todos os meus familiares. Sua contribuição no meu sucesso é tamanha, pois sem você dificilmente eu teria tempo de estudar, trabalhar e realizar todos os afazeres domésticos.

Aos meus amigos que gostam de mim apesar de mim.

Aos professores que foram tão importantes em minha vida acadêmica, pois desempenharam com dedicação as aulas ministradas, em especial, a professora Maria Eugênia Serra Aguiar (*in memoriam*) por ter despertado em mim a paixão pelo Direito das Famílias.

À minha orientadora Professora Maria Tereza, pelas contribuições valiosas a esse trabalho e por ser uma fonte de inspiração para todos que admiram a docência.

À Coordenadoria do Curso de Direito desta Instituição, por estar à disposição pelas vezes que eu precisei de sua colaboração.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“O que é uma família senão o mais admirável dos governos?”

(Henri Lacordaire)

RESUMO

O instituto da guarda compartilhada adquire feições de grande importância no atual Direito das Famílias brasileiras, ao passo em que, diferente dos outros modelos de guarda, privilegia a relação do filho com pai e a mãe (ou pais e pais e mães e mães), nos casos de dissolução da sociedade conjugal, e mesmo nos casos em que sequer se constituiu uma convivência. A alienação parental é uma forma de abuso, em que um dos pais desmoraliza a figura do outro genitor, criando um sentimento de antipatia e rejeição na criança para com o cônjuge alienado. Assim, na guarda compartilhada se solidificam as relações familiares e afasta-se a alienação parental, pois se eleva a relação mútua e afetiva de ambos os genitores com os filhos, garantido o exercício conjunto e a paternidade responsável, em que acima dos problemas conjugais está a figura da criança ou do adolescente e seu desenvolvimento físico e psíquico. Deste modo, o presente trabalho busca compreender os institutos da guarda compartilhada e da alienação parental, seus aspectos jurídicos e sociológicos com ênfase no Direito das Famílias, bem como analisar a efetividade do modelo de guarda compartilhada no combate a alienação parental.

Palavras-chave: Família. Guarda Compartilhada. Alienação Parental. Poder Familiar.

RESUMEM

La custodia compartida Instituto de gran importancia para las características de la actual Ley de las familias brasileñas, momento en el que, a diferencia de otros modelos de la Guardia, favorece la relación del niño con la madre y el padre (o los padres y las madres y los padres y madres) en caso de disolución de la sociedad civil, e incluso en los casos en que incluso si constituía una vida. La alienación parental puede ser entendida como una forma de abuso en la que un padre desmoraliza a la figura del otro padre, creando una sensación de desagrado y rechazar al niño con esto. Por lo tanto, en la custodia compartida solidificar las relaciones familiares y se aleja de la alienación parental, ya que aumenta la relación recíproca y afectiva de los padres con sus hijos, lo que garantiza el ejercicio conjunto y la paternidad responsable, en la que más problemas maritales es la figura del niño o adolescente y su desarrollo físico y psicológico. Por lo tanto, este estudio busca entender los institutos de la custodia compartida y la alienación parental, sus aspectos jurídicos y sociológicos con énfasis en el derecho de las familias y para analizar la efectividad del modelo de custodia compartida para combatir la alienación parental.

Palabras - clave: Familia. La custodia compartida. La alienación parental. Los daños materiales. Poder familiar

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CNJ	Conselho nacional de Justiça
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
PLS	Projeto de Lei do Senado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA	15
2.1	Evolução histórica	16
2.2	A família no direito brasileiro	19
2.3	A importância do afeto	23
2.4	A união homoafetiva como entidade familiar	26
2.5	Princípios constitucionais aplicados ao Direito das Famílias	30
2.5.1	Princípios gerais	31
2.5.2	Princípios próprios	33
3	PODER FAMILIAR	36
3.1	Histórico e denominação	36
3.2	Conceito	39
3.3	Natureza jurídica e características	41
3.4	Conteúdos do Poder Familiar	43
3.4.1	Em relação à pessoa dos filhos	43
3.4.2	Quanto aos bens dos filhos	46
3.5	Suspensão, perda e extinção do poder familiar	48
4	O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	53
4.1	Sobre o instituto da guarda	53
4.2	Aspectos históricos	54
4.3	Critérios para a determinação da guarda	59
4.4	Tipos de guarda	61
4.4.1	Guarda unilateral	64
4.4.2	Guarda alternada	67
4.4.3	Guarda nidal ou aninhamento	68
5	GUARDA COMPARTILHADA	70
5.1	Evolução histórica no Brasil	70
5.2	Jurisprudência da guarda até a positivação da Lei n.13.058/2014	74
5.3	A Lei 13.058/2014	79
5.4	Efeitos da guarda compartilhada	84
5.5	Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada	91
6	ALIENAÇÃO PARENTAL	93
6.1	Origem	93
6.2	Conceito	95
6.3	O alienador	97
6.4	Consequências da alienação parental para os filhos	100

6.5	A lei 12.318/2010	101
6.6	Responsabilidade civil nos casos de alienação parental.	107
6.7	Diferença entre alienação parental e síndrome da alienação parental(SAP).....	108
7	A GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL.....	110
8	CONCLUSÃO.....	115
	REFERÊNCIAS.....	119

1 INTRODUÇÃO

Ao findar da convivência conjugal, não raras vezes nasce a querela sobre a guarda da prole, e, sobretudo das responsabilidades que cada genitor adotará diante da nova relação que se configura, havendo em muitos casos além do fim da convivência conjunta, uma ruptura dos laços afetivos e o sistemático abandono e afastamento dos filhos em relação aos pais, propiciando assim, o surgimento da Alienação Parental.

Embora nem sempre litigioso, o término da relação conjugal, ecoa também nas relações sócio afetivas dos pais com os filhos, o que acarreta na maioria dos casos, consequências indesejáveis para o âmbito familiar já tão esfacelado pela separação. Estes problemas tendem a aumentar nos casos em que a dissolução da sociedade conjugal se dá de forma litigiosa, em que caberá ao magistrado aplicar o direito e decidir com base na análise do caso concreto com qual dos genitores deverá ficar a guarda da prole.

Neste sentido, o objetivo principal deste trabalho é buscar compreender o Instituto da Guarda Compartilhada e seus nuances no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo-o como um sistema que garante igualdade entre os cônjuges, dando-lhe igual importância no exercício do poder familiar, e contribuindo na diminuição dos efeitos negativos da separação, entre eles, e talvez o mais preocupante, a alienação parental.

Diante disto, observa-se também, a preocupação em se estudar os pontos principais pertinentes ao Direito das Famílias, em especial o Poder Familiar e seus desdobramentos após o término da relação conjugal; para com isto demonstrar-se que ambos os genitores possuem o direito e o dever de convívio diário com seu filho, bem como as responsabilidades de criação e educação, buscando sempre o melhor desenvolvimento da criança e o fortalecimento dos vínculos afetivos com a família.

Como fio condutor deste trabalho, entendemos que entre os diversos modelos de guarda presente na legislação pátria, a que melhor coíbe a Alienação Parental é a compartilhada, ao passo que propicia ao filho a convivência pacífica e responsável

com os genitores, bem como minimiza os efeitos da separação, protege o máximo possível a prole deixando-a fora do processo de separação e de seus desdobramentos.

Desta feita, e diante das questões práticas observados nos Tribunais através dos processos de separação e guarda, o legislador brasileiro levando em consideração o melhor interesse da criança aprovou a Lei nº 13.058/14 que estabelece o novo estatuto da guarda compartilhada e sua aplicação quando da separação do casal em relação à prole.

Assim sendo, buscamos entender a guarda compartilhada em seus aspectos legais, esmiuçando os critérios para sua aplicação, e os impactos que ela causa no desenvolvimento dos filhos e em sua relação com os pais. E o mais importante, compreender sua efetividade no combate a alienação parental.

Para o desenvolvimento desta monografia e melhor compreensão dos temas tratados, utilizamos da metodologia trazida por Antonio Carlos Gil em seu livro **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**.

Segundo este, a pesquisa se classifica como exploratória e como descritiva.

É objetivo da pesquisa exploratória:

[...] proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Pode ser dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de instituições¹.

Desta forma, a presença da pesquisa exploratória tem a função de encontrar através de um exame minucioso do objeto de estudo, a caracterização da guarda compartilhada, a relação dos filhos com os pais e como este tipo de guarda tende a acabar com o fenômeno da alienação parental.

Sobre a pesquisa descritiva, Gil assevera que “tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis²”.

Neste trilhar, encontra-se também no texto a preocupação com pesquisa qualitativa de caráter descritivo, em que a partir da análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como da literatura jurídica e da Psicologia,

¹ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos**. 4. Ed. São Paulo. Atlas, 2007, p.42.

² Ibid., p. 43.

entende-se o fenômeno da Alienação Parental e seus desdobramentos no Direito das Famílias.

Pertinente observar ainda, que seguindo a linha adotada pela ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias e outros autores modernos, optamos por usar neste texto a denominação Direito das famílias e não Direito de Família como é comumente chamado este ramo do direito. Fazemos isto por acreditar que tal denominação é a mais correta haja vista as novas configurações familiares em que se considera o pluralismo e se privilegia o afeto.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE FAMÍLIA.

O termo *família* pode carregar em si inúmeras conotações nas mais diversas áreas existentes no campo das relações humanas e suas ciências. Neste trabalho para os fins de estudo e compreensão do tema proposto usamos o viés do direito e os conceitos trazidos pelas ciências jurídicas e suas implicações nas relações sociais e legais, tendo como base o ordenamento pátrio, a jurisprudência dos tribunais acerca do tema e a rica doutrina pátria.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz um conceito definido da família. Desta forma, fica a encargo da doutrina apresentar esclarecimentos sobre o vocábulo. Maria Helena Diniz³, em estudo sobre o tema apresenta três entendimentos para o termo, identificando-os em seu sentido amplíssimo, lato e restrito.

Para esta autora, família no sentido amplíssimo está ligada a consanguinidade ou afinidade. Pela acepção lato sensu do termo a ligação está além do laço de sangue ou de afinidade perpassando as figuras dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, e abarcando os parentes da linha reta ou colateral, assim como os afins (os parentes dos cônjuges ou companheiros). O sentido restrito limita a família ao círculo formado pelos pais e filhos, seja proveniente de matrimônios ou uniões estáveis, e os decorrentes da filiação.⁴

O Brasil em sua legislação incluiu os três sentidos defendidos pela autora, sendo que cada um tem sua aplicabilidade em diferentes faces das diversas formas de relações familiares. Assim, graduam-se os direitos e obrigações de acordo com a com o grau de proximidade do círculo familiar.

Neste trilhar, Orlando Gomes traz um interessante conceito de família. Para este respeitável autor do Direito Civil família é “o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.⁵

³ DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 9.

⁴ Ibid., p. 10.

⁵ GOMES, O. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.

Entende-se destes conceitos e de outros defendidos por outros doutrinadores que o legislador trata a família não apenas enquanto instituição de personalidade jurídica, mas em todo seu âmbito social, com diversas faces e diferentes tipos de relações. Com bem ensina Paulo Lôbo:

Sob a ótica do direito, a família é composta por duas estruturas em associação: os vínculos e os grupos. Existem três tipos de vínculos, que podem coexistir ou existir distintamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. Dos vínculos de família formam-se os inúmeros grupos que a integram: grupos dos cônjuges, grupo dos pais e filhos e outros⁶.

Assim, para o direito, a família compreende o agrupamento social formado por vínculos sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

2.1 Evolução histórica

A família é a unidade social mais antiga do ser humano, pois mesmo antes de o homem agrupar-se em *genos* andantes ou sedentários, já se verificava sua existência como um conjunto de pessoas agrupado a partir da relação de um ancestral comum ou pela convivência do matrimônio.

As primeiras entidades familiares foram denominadas de clãs, em que se as pessoas se uniam por laços de consanguinidade ou de parentesco. Todos nestas células familiares assumiam obrigações morais entre si, capitaneados por um ancestral comum, chamado de patriarca, vindo geralmente da linhagem masculina, organizando em seu entorno todos os seus descendentes identificados pela proximidade cultural e patrimonial.

Com o passar dos anos os clãs começaram a observar um crescimento territorial e populacional, sendo que alguns possuíam dezenas e até centenas de membros. Assim, essas outrora reduzidas entidades familiares, unidas apenas por laços de parentesco passaram a se unir formando as primeiras tribos, mas mantendo entre si o aspecto da descendência. Desta forma, a organização inicial

⁶ LÔBO, P. **Direito Civil: Famílias De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio)**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 27.

das famílias, baseada basicamente nas relações de parentesco sanguíneo deu início ao primeiro tipo de organização das sociedades. Destarte, que como consequência natural do passar dos tempos, as tribos cresceram bastante e tornaram-se sociedades mais complexas, na qual o rastro sanguíneo era cada vez mais dissolvido entre a imensa população e misturava-se com sociedades advindas de outras tribos de regiões diferentes.

Em Roma, cunhou-se a expressão *família natural*, composta apenas por um casal e seus filhos. Diferenciando-se, portanto dos clãs que eram grupos maiores formados a partir da relação de um parentesco que tinha como base um ancestral comum.

O casamento para os romanos era uma instituição que se formava através de duas principais modalidades, o *confarreatio*, caracterizado por uma cerimônia religiosa e exclusiva da classe patrícia devido a seu alto custo, em que se dava grande festa regada a vinho e oferendas aos deuses; e o *coemptio*, figura na qual a plebe se casava através de uma fictícia venda da noiva por seu pai para o futuro genro. Além destas duas principais modalidades havia na sociedade romana a figura do *usus*, instituto no qual o homem adquiria a mulher pela posse após decorrido o período de um ano de vida em comum.⁷

Os pressupostos para o casamento em Roma estavam solidificados na coabitação e no denominado *affectio maritalis*, caracterizado pelo desejo expresso de se viver como marido e mulher. Quando quaisquer uns desses pressupostos deixavam de existir por parte do casal, findava-se o casamento, mas sempre mantendo o afeto adquirido durante a convivência.⁸ Embora houvesse a valorização do afeto na relação matrimonial, mantinha-se na família romana uma estrutura bastante hierarquizada e despótica, centrada na figura do ascendente comum mais velho da casa. Outra figura importante na dinâmica familiar romana era o *pater familias*, responsável por exercer a chefia da denominada família natural, regendo sua esposa, seus descendentes ainda não emancipados, bem como as mulheres casadas com seus filhos.

⁷ DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 50..

⁸ CASTRO, A. M. O. de. **A família, a sociedade e o direito**. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). **Pessoa, gênero e família**: Uma visão integrada do Direito. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2002. p. 70.

Interessante observar, que a denominada família natural concebida pelos romanos foi adaptada pela Igreja Católica, que a partir deste conceito idealizou o casamento como uma instituição sagrada de vínculo indissolúvel, cristã, e fundada na união de dois indivíduos de sexos diferentes, que se unem através de uma cerimônia cheia de ritos e solenidades, e que predomina até os dias atuais.

Cânon 1055, §1º: Cânon 1055 – § 1º- A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento.

§ 2º- Portanto, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, ao mesmo tempo, sacramento.⁹

Nota-se que dentro do paradigma canônico de família deu-se grande importância ao ato sexual, sendo que a união carnal entre os noivos adquiriu força de prova e convalidação do matrimônio. Isto é reflexo da procriação enquanto condição *sine qua non* para o matrimônio, que pelo seu caráter e importância somente poderia ocorrer após a cerimônia do casamento.

Compreendia-se assim, que a finalidade do matrimônio enquanto instituição era a procriação, advindo disso a obrigação de educação da prole e seu preparo para a vida adulta; sendo portanto, a prática do ato sexual dos cônjuges autorizado para este fim (...).¹⁰

Ademais, o Direito canônico preconizava ser o matrimônio um vínculo indissolúvel, não podendo findar-se pela vontade dos cônjuges, exceto pela morte. Não se devia considerar a existência de afeto entre as partes, uma vez assumido e sacralizado deveria perdurar mesmo se já não houvesse vontade comum de viver juntos.

Desta forma, buscou-se demonstrar de forma sucinta a evolução das famílias, principalmente nas denominadas sociedades ocidentais, em que os laços baseavam-se no princípio da consanguinidade entre seus membros, formando grandes grupos familiares ligados por um patriarca comum. Com o passar do tempo e principalmente pelo crescimento da população, essa estrutura foi gradualmente substituída por grupos familiares menores, advindos a partir da união entre

⁹ CASTRO, op. cit., p. 90

¹⁰ CAPPARELLI, J. C. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999. p. 20

indivíduos de sexos opostos mediante um ato formal, denominado casamento. Este foi consolidado e adquiriu feições sagradas pela Igreja Católica perdurando no mundo ocidental por séculos.

Tal modelo de concepção familiar, baseado no caráter nuclear e paternalista persiste ainda hoje estando presente na maioria das legislações ocidentais vigentes, como bem preconiza Orlando Gomes:

Na conjectura jurídica da família moderna é muito presente a influência do direito canônico. Pela concepção cristã, a família deve fundar-se no matrimônio, elevado ao sacramento por seu fundador. A igreja sempre teve a família como base, preocupando-se com sua organização e disciplinando-a por sucessivas regras durante seus mais de dois mil anos de existência, que por extenso período histórico vigoraram, como único estatuto matrimonial aceito. Considerável, em consequência, é a influência do *direito canônico* na estruturação jurídica do grupo familiar.¹¹

2.2 A família no direito brasileiro

Em função da colonização pela Coroa Portuguesa em 1500, o Brasil foi governado dentro dos preceitos da Igreja Apostólica Romana, e tinha como legislação vigente no país, as Ordenações Filipinas de 1595. Por este código, a única entidade familiar reconhecida era a formada pelo casamento, que poderia ser o solene realizado pela autoridade eclesiástica na igreja e convalidado pela conjunção carnal e o denominado casamento com marido conhecido, em que o matrimônio era decorrente do trato público e do conhecimento geral da sociedade. Esta última modalidade não era reconhecida pelo direito canônico.¹²

Entretanto, mesmo esta modalidade de casamento dita não solene e que não encontrava respaldo no Direito canônico, e de certa forma até contrariasse a doutrina católica no que se referia à sacralidade do matrimônio, deveria observar os preceitos católicos, em especial a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

No Brasil, durante bastante tempo, a Igreja Católica foi a detentora quase que absoluta dos direitos e obrigações matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 as normas e princípios do direito canônico ditavam todas as regras pertinentes ao ato nupcial.¹³

¹¹ GOMES, O. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.

¹² WALD, A. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 712 p. 12.

¹³ DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 55.

Nas legislações imperiais o casamento continuou a ser a única entidade familiar reconhecida juridicamente, porém diferente das ordenações filipinas foi estendido aos não católicos, reconhecendo-se em 1861 como casamento civil também os provenientes de outras uniões religiosas.¹⁴

No entanto, mantiveram-se as demais regras canônicas ao instituto, até meados de 1890, quando Rui Barbosa criou o Decreto nº 181, que preconizou como único com válido o casamento oficializado pelas autoridades civis do Estado, desprovendo de valor jurídico o casamento religioso¹⁵. Este decreto inovou ainda ao relativizar a indissolubilidade da união matrimonial possibilitando aos cônjuges a separação de corpos nos casos em que não havia mais a vontade comum de viver em conjunto.

O decreto acima mencionado vigeu no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916 – Lei 13.016 - que em linhas gerais não alterou muito a concepção paternalista da família, mantendo o homem como chefe da família e a mulher quase como sua propriedade, inclusive considerando a mulher casada como relativamente incapaz. Consagrava ainda o matrimônio como o único instituto juridicamente capaz de formar uma família, o que dificultava a adoção. Em relação aos filhos permitia-se o reconhecimento apenas quando não provenientes de relações adulterinas ou incestuosas.

A adoção enquanto instrumento criador de uma relação de parentesco só foi regulamentada pela Lei nº 3.133/57, entretanto, com ressalvas quanto a sua extensão patrimonial, pois quando houvesse concurso com os outros filhos considerados legítimos o adotado só fazia jus a metade da herança. Tal opção pelo legislador em diferenciar o adotado dos outros filhos revela a clara intenção de sobrepor a consanguinidade em relação ao parentesco formado pelo afeto. Consagra, ademais, o Código de 1916, de tal forma a instituição familiar formado pelo casamento que não previa a dissolução da sociedade conjugal, permitindo apenas o denominado “desquite”.

Igualmente, as uniões de feições puramente convivencial e de companheirismo foram completamente esquecidas pelo legislador de 1916 que não

¹⁴ WALD, A. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 712 p. 20.

¹⁵ *Ibid.*, p. 21.

destinou qualquer proteção legal às entidades familiares que não fossem formadas pelo casamento. Desta forma, o convívio, o concubinato entre outras, não eram tuteladas pelo Estado, portanto, consideradas como uniões ilegítimas.

Existia no não reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento um claro caráter de sanção, em que se buscava impedir a existência de filhos fora dos 'sagrados laços do matrimônio. Ao reforçar que o casamento era indissolúvel a lei igualmente queria advertir os cônjuges para que não se separassem mesmo quando da falência do casamento. Punia-se, portanto, a existência de vínculos extramatrimoniais baseados nos vínculos afetivos. Nessa conjectura, o desquite apresentava-se como uma estranha figura que rompia, mas não dissolvia o casamento, mantendo todos no âmbito das famílias originalmente constituídas. Na limitada concepção do Código Civil de 1916, a intenção precípua da família era a continuidade. Portanto, revestia-se de juridicidade apenas o casamento oficial, afastando quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais.¹⁶

A primeira Constituição no Brasil a dedicar um capítulo à família foi a de 1934, que em seu texto garantiu expressamente proteção especial do estado, elementos estes repetidos pelas constituições que lhe sucederam. Entretanto, as novas cartas constitucionais praticamente não alteraram as normas do Código Civil de 1916, conservando o caráter patriarcal da estrutura familiar, o casamento como única entidade capaz de formar uma família, a manutenção da diferenciação expressa entre os filhos nascidos fora do casamento ou havidos por adoção e a total falta de respaldo legal aos vínculos afetivos, sobretudo os decorridos do companheirismo, seja na forma de união de conhecimento geral ou decorrente de concubinato.

Tais paradigmas só começaram a sofrer mudanças e até certa relativização a partir da Lei de Adoção (Lei n° 3.133/57) e Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77). Importante lei, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n° 4.121/62) tirou a mulher casada do rol dos relativamente incapazes, devolvendo-lhe plena capacidade.

Mesmo com essas alterações constitucionais e legislativas, no período compreendido entre a promulgação do Código Civil de 1916, até a Constituição Federal de 1988, o casamento permaneceu sendo a única instituição reconhecida como capaz de formar uma família, estando a união estável e o concubinato, ignorados pelo legislador, bem como a doação relegada a nível inferior, havendo diferenças expressas entre os filhos sanguíneos e os provenientes da adoção.

¹⁶ Ibid., p. 18.

Com a Constituição de 1988, o Direito das Famílias, ganhou um tratamento especial, tendo inclusive destacado um capítulo apenas para esta área do Direito (Capítulo VII do Título VIII), trazendo profundas transformações para o tema. Diferente do Código Civil de 1916, o paradigma de família trazido pelo texto constitucional está baseado em princípios e preceitos como a isonomia, a igualdade, e o respeito à dignidade da pessoa humana, pilares e objetivos do Estado brasileiro.

Interessante observar, que a nova Constituição solidificou normas já previstas no ordenamento jurídico pátrio, e ao mesmo tempo, inovou ao respaldar como família também a união estável, ao não diferenciar o homem e a mulher na sociedade conjugal, bem como proibiu a diferenciação de direitos, de status ou de tratamento entre filhos, sejam estes havidos no seio do casamento, fora dele, ou os adotivos.

A carta de 1988 trouxe grande progresso para o conceito e preservação dos direitos da família, Não extinguiu o casamento e seu caráter oficial, mas também não marginalizou os outros tipos de relações familiares, reconhecendo os decorrentes da convivência como também dignos da tutela jurídica do estado. Desta forma, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º).¹⁷

Ao não diferenciar o filho adotivo do sanguíneo e ao tutelar as famílias decorrentes do companheirismo e da vontade de viver juntos, a Carta Magna de 1988 foi pioneira no ordenamento jurídico brasileiro a reconhecer no afeto a capacidade de formar uma família. Sem fazer distinção entre os vínculos decorrentes dele ou de o casamento solene.

Seguindo as diretrizes presentes no texto constitucional e em consonância com o novo modelo de relações familiares baseados na convivência, foi promulgada a Lei n° 9.278/96, que trata de direitos dos companheiros, entre eles alimentos e sucessão. Nesta toada, promulgou-se também a Lei 9.278/96 que regulamenta a união estável – prevista na Constituição Federal no artigo 226, § 3º - garantindo as uniões decorrentes da convivência e sem o ato solene do casamento os direitos e obrigações trazidos pelo texto constitucional.

¹⁷ Ibid., p. 27.

Embora se reconheça as inovações trazidas por estas leis, as normas constitucionais que tratam da família só foram de fato regulamentadas no âmbito infraconstitucional com o advento da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o Código Civil de 2002.

Neste diploma destacam-se como novidades a igualdade dos cônjuges, expresso literalmente no texto, findando o poder patriarcal, bem como novas regras para a dissolução do vínculo conjugal, inovações no campo da adoção, sem qualquer diferenciação entre os filhos de sangue e os adotados. Chama atenção também a preocupação do legislador em regulamentar as uniões estáveis e em reconhecer a existência de direitos provenientes do concubinato.

Não obstante as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 sejam de grande importância para a seara do direito familiar ao abranger em seu texto as diversas formas de família, formadas por relações consanguíneas, pelo casamento solene ou pelo afeto, é importante destacar que seu projeto original data década de 70, e que embora tenha sido quase que completamente reformado pela Constituição de 1988 ainda é carente de outras mudanças necessárias em virtude das transformações pela qual a sociedade tem passado.

2.3 A importância do afeto.

Conforme explicado nos itens anteriores, a família enquanto instituição teve ao longo da história duas origens: o laço de sangue e a união entre duas pessoas, formalizados pelo ato solene do casamento. Embora em Roma, o direito tenha reconhecido o afeto também como uma característica do casamento, de certo que os laços afetivos não adquiriram feições de grande importância. A igreja católica relegou ao afeto papel ainda menos importante ao sacralizar o casamento e oficializá-lo como único capaz de dar origem a uma família, sendo o mesmo indissolúvel independentemente da vontade dos cônjuges.

Entretanto, não sendo o direito imutável e não estando o mesmo dissociado das transformações pelo qual a sociedade passa a Constituição Federal de 1988 atenta a estes movimentos introduziu uma nova realidade para Direito das Famílias,

ao reconhecer e tutelar como entidade familiar, além do casamento as uniões decorrentes da convivência e as famílias monoparentais.

Mesmo não havendo menção expressa à palavra afeto no texto constitucional, é inegável que este goza de proteção pela Carta Magna. Nesse sentido assevera Maria Berenice Dias:

(...) ao se reconhecer como instituto familiar merecedor de proteção jurídica a união estável, que se dão sem a oficialidade do casamento, eleva-se a importância do afeto, que une e enlaça duas pessoas, dando-lhe a devida importância, reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.¹⁸

Na mesma seara é o ensinamento de Rodrigo da Cunha Pereira, que preconiza que ao relativizar o casamento equiparando-o às uniões estáveis, que são muito mais flexíveis em suas formalidades “(...) significa, em última análise, a compreensão de que o verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas reminiscências cartoriais. O Direito deve proteger a essência, muito mais do que a forma ou a formalidade”.¹⁹

Outra importante inovação trazida pelo texto de 1988 foi garantir aos filhos providos da adoção, instituto jurídico baseado na afetividade, igual tratamento e direitos dados aos filhos de sangue. Desta forma, eleva-se o afeto ao mesmo patamar dos vínculos oriundo da genética. Sérgio Resende em lição sobre o tema preconiza ser o afeto uma característica inata dos seres humanos, que por isto, mais do que uma garantia constitucional é um direito natural do homem:

O direito ao afeto é possibilidade de afeiçoar-se um indivíduo ao outro. Constitui-se, portanto, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.²⁰

O afeto supera o laço sanguíneo e transcende a própria família. Não somente une os integrantes de um núcleo familiar, ou é um valor jurídico, mas, sobretudo

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 63.

¹⁹ PEREIRA, R. C. Da união estável. _____; DIAS, M. B.; (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 230.

²⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**. p. 607-620. In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004. p. 616.

configura-se como um sentimento repleto de emoções que está acima dos frutos da biologia.

Ao se acentuarem os sentimentos se acentuam também o afeto e as relações familiares mudam. Os vínculos de familiaridade e irmandade e as relações conjugais existem e deixam de existir de acordo com o grau de afeto entre as pessoas, e o direito, por ser uma ciência humana e instrumento do povo, deve reconhecer sua importância.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.²¹

Em virtude de sua importância e de seu destaque no texto constitucional, embora não de forma expressa, a parentalidade socioafetiva tem ganhado bastante destaque nos tribunais pátrios, tendo sido objeto de dois enunciados na I Jornada de Direito Civil, organizado pelo Conselho da Justiça Federal, sob a batuta do Superior Tribunal Federal, que não somente reconhece a instituição da parentalidade socioafetiva, como assevera o valor do afeto para o direito brasileiro, como pode se depreender abaixo:

Enunciado nº 103 – O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado nº 108 – No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva²².

²¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **“Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos**. In: Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35- 48.

²² ENUNCIADOS. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/> > Acessado em 14 de agosto de 2016.

Desta forma, verifica-se que pelo ordenamento jurídico pátrio, em especial a Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudências dos tribunais, que o afeto tem adquirido status de elemento formador das famílias.

2.4 A união homoafetiva²³ como entidade familiar

O texto constitucional de 1988, não traz nenhuma menção expressa aos relacionamentos homoafetivos. Em virtude disto, várias foram as discussões levantadas sobre o assunto e diversos foram os posicionamentos doutrinários. O Código Civil de 2002 também não trata do tema.

Conforme se depreende do artigo 226, § 3º da Carta Magna, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, estando a lei infraconstitucional apta a facilitar a conversão em casamento. Em virtude do mencionado artigo muitos foram os que se apegaram a literalidade da lei dando ao mesmo uma interpretação restritiva. Assim, afirmavam não ser possível o reconhecimento da união estável homoafetiva, exceto se houvesse uma eventual reforma constitucional.

Porém, muitos doutrinadores se opuseram a ideia de ser a união estável aplicada somente aos casais de orientação heterossexual. Entre eles, destaca-se a figura do constitucionalista Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, que ao defender a união estável de casais homoafetivos afirmou que a menção do legislador a homem e mulher no referido artigo não caracteriza uma proibição da extensão deste regime também a outras relações..

Para Barroso, não se deve interpretar uma regra da Constituição em contrariedade aos próprios princípios constitucionais e sem levar em consideração os fins que a justificaram, pois a regra prevista no artigo 226, § 3º foi introduzida no texto constitucional com o intuito de acabar com a discriminação que recaía entre os casais que não fossem formados pelo casamento oficial. Assim sendo, a expressão “união estável entre homem e mulher” não deve ser entendido como uma negativa para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Interpretar de forma

²³ Homoafetivo é o adjetivo que qualifica uma pessoa que gosta e sente atração por pessoas do mesmo sexo. Advém de Homoafetividade, vocábulo criado pela desembargadora e jurista Maria Berenice Dias.

restritiva e literal seria para este doutrinador, anacrônico, preconceituoso e inconstitucional.²⁴

O Supremo Tribunal Federal ao ser provocado sobre o tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.277/DF, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres de Britto, solidificou interpretação favorável aos homoafetivos, ampliando o alcance do termo família, e assim, amenizando os efeitos advindos da omissão do legislador. Segue, *in verbis*, a decisão:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/pag-direitos-lgbtt/copy_of_documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/Parecer-Barroso-uniao-homossexuais > Acesso em: 10 set. 2016.

E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família

constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²⁵

Após este entendimento do STF, os casais homossexuais foram alcançados por alguns direitos que até então eram garantidos somente aos casais heterossexuais como direito a comunhão parcial dos bens, pensão alimentícia no caso de separação, direito de colocar o companheiro como dependente em planos de saúde e pensões no caso de óbito, entre outros. É necessário destacar ainda, que a decisão do STF na ADCI N° 4.22/DF igualou a união estável homossexual á heterossexual, mas não o casamento. Entretanto, como bem acentua Berenice Dias, o texto constitucional em seu artigo 226, preconiza que a lei deve facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento.²⁶

Nesta toada, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no dia 14 de maio de 2013 aprovou uma resolução que obrigou todos os cartórios brasileiros a realizarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, embora não haja lei taxativa sobre o casamento homoafetivo os casais podem com base nessa resolução e amparados legalmente pela decisão do STF, bem como pelo artigo 1.726 do Código Civil, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável, através de petição direcionada ao juiz e assento no Registro Civil, conforme se observa nos seguintes termos, abaixo:

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo n° 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 set. 2016.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 31.

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103 -B, da Constituição Federal de 1988;

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (grifos nossos).²⁷

2.5 Princípios constitucionais aplicados ao Direito das Famílias

A Constituição de 1988 provocou diversas alterações no que se refere às relações familiares através da introdução de princípios constitucionais. Conforme assevera Luiz Edson Fachin “a “constitucionalização” da filiação e a superação do sistema clássico da filiação originário do Código Civil brasileiro”²⁸ modificaram a visão da radiografia do modelo jurídico da filiação e da família. Revela-se desta forma, como uma verdadeira revolução, pois se rompeu com os velhos modelos paternalistas, dando uma efetiva atenção aos direitos e garantias individuais.

Para Maria Berenice Dias os princípios “consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”.²⁹ No novo cenário de hermenêutica civil-constitucional, os princípios receberam força de normas jurídicas que se destinaram a atenuar os conflitos nas relações familiares, sempre visando à dignidade da pessoa humana.

²⁷ Resolução Nº 175 de 14 mai. 2013 do CNJ. Publicado no DJE/CNJ nº 89/2013. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754> >. Acesso em 10 set. 2016.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P.47.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 p. 25.

2.5.1 Princípios gerais

Os princípios gerais servem de guias para os mais diversos ramos do direito, quais sejam: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Inicialmente destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da CF/88, sendo princípio maior, pilar do Estado Democrático de Direito, e o mais universal de todos os princípios, que tem objetivo primordial garantir a proteção da dignidade de todos os indivíduos.

Sobre este princípio assevera Berenice Dias:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.³⁰

Embora não haja hierarquização entre os princípios, a dignidade da pessoa humana é entendida como pressuposto máximo para a formação da Carta Magna, ao passo em que é preexistente a qualquer codificação ou experiência legislativa. A dignidade, portanto, é algo imanente que nasce com o ser humano e dele nunca pode ser separada.

Conforme ensina Maria Helena Diniz o princípio da dignidade humana é essencial para garantir o pleno desenvolvimento de todos os membros da comunidade familiar, em especial o da criança e do adolescente.³¹ Esclarece ainda esta autora que a família tem passado por diversas transformações necessárias para sua reconfiguração enquanto organismo jurídico sensível as transformações da sociedade.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana se configura como:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias

³⁰ Ibid., p. 28.

³¹ Ibid., p. 35.

fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.³²

É sempre bom ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um princípio de grande importância para a humanização do conceito de família e seus desdobramentos, principalmente no que se refere aos requisitos para o estado de filiação. Assim, observar esse princípio é sempre um desafio a ser vencido pelos aplicadores do direito.

O princípio da isonomia, ou igualdade, em especial entre homens e mulheres e entre os filhos, encontra-se disposto no artigo 5º³³, I da Constituição e no artigo 1.596³⁴ do Código Civil, respectivamente. Este engloba tanto a igualdade jurídica concedida aos cônjuges e aos companheiros na família em que direitos e deveres devem ser exercidos de forma igualitária entre homem e mulher, como a igualdade jurídica de todos os filhos, em que se proíbe qualquer diferenciação ou discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos.

O princípio constitucional da liberdade deve ser entendido como a possibilidade de escolha e capacidade de ser ter autonomia para constituir e extinguir as entidades familiares.

Conforme Maria Helena Diniz:

O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.³⁵

Esses são os princípios gerais que norteiam as relações familiares e que embora possuam um caráter genérico são de muita relevância para o instituto da família.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 p.48.

³³ Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

³⁴ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.6 p 18.

2.5.2 Princípios próprios.

Concomitante aos princípios gerais é possível listar alguns que são próprios do Direito das Famílias. Tais princípios refletem em sua essência as alterações que as famílias têm passado ao longo dos anos e em razão da denominada constitucionalização do direito familiar. São eles: o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, da consagração do poder familiar igualitário, do melhor interesse da criança, do pluralismo familiar e da afetividade.

O princípio da igualdade entre filhos tem previsão no artigo 227, § 6º do texto constitucional, preconizando que, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O ECA baseado neste princípio e também no artigo 1.596 do Código Civil³⁶, reforça a proibição constitucional da existência de qualquer discriminação entre os filhos, sejam os havidos no seio da relação matrimonial ou de qualquer outra maneira, vedando quaisquer meios discriminatórios que os diferenciem como, por exemplo, menções no registro de nascimento sobre a adoção.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz³⁷ a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderá falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial, reconhecido e não reconhecido.

O princípio do poder familiar igualitário tem supedâneo no art. 226 § 5º da Constituição Federal quando esta afirma que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O artigo 1.634³⁸ do Código Civil reforça este dispositivo constitucional ao tratar do exercício do poder familiar distribuindo igualmente entre os cônjuges. Este princípio será assunto de capítulo a parte devido a sua importância para o entendimento do tema deste trabalho.

³⁶ Ibid., p. 21.

³⁷ Ibid., p. 38.

³⁸ Neste sentido, assevera que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos”.

O princípio do melhor interesse da criança encontra previsão no artigo 227, *caput*, da Constituição. Por este, busca-se sempre os meios mais benéficos aos anseios e necessidades das crianças, levando em consideração que é neste período da vida que os indivíduos estão desenvolvendo seus valores e adquirindo suas qualidades.

Necessário se faz asseverar que o melhor interesse da criança (*best interest of the child*) foi alçado a princípio fundamental pela Convenção de Haia Sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes no que concerne à Matéria de Adoção Infantil³⁹. Desta forma, o Brasil enquanto signatário desta Convenção deve sempre tomar medidas que garantam sua efetivação nos casos em que houver dissídios que envolvam o tema.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama diz ser este princípio um importante modificador das relações familiares. Para este autor:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente significa uma importante mudança de direção nas relações familiares, ao passo em que o filho perde o status de objeto do litígio para ser alçado a sujeito de direito, assim renasce como pessoa humana digna e merecedora de tutela do ordenamento jurídico, porém com maior prioridade em razão de sua qualidade de criança ou adolescente comparativamente aos outros que componentes da família de que ele participa. Assim, busca-se reparar um grave desvio na história da civilização humana em que o infante era visto em um plano inferior.⁴⁰

Em relação ao princípio do pluralismo familiar, o atual Direito das Famílias tem abarcado outros modelos de entidades familiares e não só os resultantes do matrimônio formal e solene que durante tantos anos foi o único que logrou proteção do Estado.

Ao utilizar no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, o termo família como pilar da sociedade e digna de proteção do Estado, sem, contudo defini-lo, conceituá-lo ou restringi-lo, o legislador deixa claro seu intuito de reconhecer a existência de diversos modelos familiares, todas merecedoras de proteção estatal⁴¹. Ademais, no

³⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. ADOÇÃO INTERNACIONAL: CONVENÇÃO DE HAIA - REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/317.htm>> Acesso em: 10 set. 2016.

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008 p. 80.

⁴¹ Ver item 1.4.

parágrafo 3^{o42} e no 4^{o43} utiliza o termo entidade familiar, reforçando assim que o texto constitucional não é taxativo. Como bem ensina Maria Berenice Dias:

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226 §3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 §4º), que começou a ser chamada de família monoparental. No entanto, os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. [...]. Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.⁴⁴

Por fim, tem-se o princípio da afetividade que já foi esmiuçado no tópico 2.4 em que se falou da importância do afeto para a nova visão do Direito das famílias.

Em resumo:

O princípio da afetividade é base das relações interpessoais, bem como fundamento das relações socioafetivas, sejam elas patrimoniais, de caráter biológico, ou na comunhão de vida. A família atual não se justifica sem a presença do afeto, pois este é mote de formação e elemento estruturador da entidade familiar, fazendo com que a família seja uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo tudo o que for vinculado neste ter a proteção do Estado.⁴⁵

Esclarece-se, ainda, que existe diferença entre afetividade e afeto, não devendo se confundir estes conceitos. O afeto é segundo os estudiosos da psicologia um fator psicológico, exteriorizado na forma de sentimento, que pode ser de amor ou ódio, do gostar ou não gostar, da empatia e da não empatia, da afeição ou desafeição. Já a afetividade, para o campo do direito, é a forma que este achou para prover a carência quando o não houver afeto nas relações familiares.

Embora nem sempre exista afeto no seio familiar, em especial entre pais e filhos e entre os cônjuges, a Constituição estabelece o dever da existência da afetividade entre os mesmos.

⁴² § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁴³ § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 39-40.

⁴⁵ LÔBO, P. **Direito Civil: Famílias De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio)**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 79.

3 PODER FAMILIAR

3.1 Histórico e denominação

Conforme a legislação civil de 1916 o poder familiar era chamado de pátrio poder. Esta denominação demonstrava que o instituto atribuía ao pai poderes sobre a pessoa e os bens de seus filhos, além do controle e chefia da família e responsabilidade pela esposa, que durante boa parte da vigência deste código fora considerada relativamente incapaz. Nessa toada, o artigo 233 do citado código diz “ser o esposo o chefe da sociedade conjugal”; assim, atribuía-lhe o papel de provedor e cabeça da família.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.⁴⁶

Na vigência do Código de 1916, os filhos não eram detentores de bens próprios, sendo considerados na época *alienes júrís*, não possuindo capacidade de direito. Diferente destes era a posição do pai que por ser o único detentor da capacidade ampla exercia atos jurídicos, ou seja, *sui iures*. Faz mister lembrar, que esta visão familiar da legislação civil ainda era resquício das Ordenações do Reino, que por sua vez tinha inspiração nas leis romanas.

Lafayette Rodrigues Pereira em estudo do tema ressalva:

Entre nós prevalece ainda acerca deste grave assunto na antiga legislação portuguesa que não é senão a reprodução do Direito Romano, no estado em que o deixará o imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costumes lhe foram fazendo.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁴⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910. Revista dos tribunais. 498/106. São Paulo: RT, pg. 232

Conforme foi explicado no capítulo anterior, com o decorrer do tempo e com as transformações pelas quais a sociedade passou surgiram novos conceitos de família, baseados em laços diferentes do casamento formal, o que implicou também em uma mudança de paradigma do poder familiar, principalmente para atender as novas famílias e suas particularidades.

Assim entre as mudanças, destacam-se as advindas com a Lei 4.121/62⁴⁸, que ao modificar o artigo 380 do Código Civil de 1916, estendeu também à mulher o pátrio poder.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.⁴⁹

Esta Lei inovava ainda ao afirmar que a mulher que contraísse novo matrimônio não perdia o pátrio poder sobre a prole do matrimônio anterior, derrubando assim, a regra até então presente no Código de 1916, que proibia a viúva de contrair novo enlace matrimonial, caso quisesse resguardar os direitos do pátrio poder do primeiro casamento. Outra grande inovação veio com a Lei do Divórcio, que através do instituto do desquite, alterou o Código Civil de 1916, preenchendo lacunas em partes que aquele era omissivo como, por exemplo, a guarda dos filhos e provimento alimentar.

Mesmo com modificações, reconhece-se que a grande mudança no instituto se deu de forma com a promulgação da Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso I, preconiza que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher⁵⁰”.

Consoante os ensinamentos de Lôbo⁵¹ o paradigma igualitário da família conforme a Constituição se opõe ao modelo autoritário e patriarcal presente no Código Civil anterior. Esta nova estrutura familiar rege-se pelo consenso, pela solidariedade, e pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

⁴⁸ Conhecida como Estatuto da Mulher Casada

⁴⁹ BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. op.cit., loc.cit.

⁵⁰ Art. 226, § 6º da CF

⁵¹ LÔBO, Paulo. **Famílias/Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 05.

Diante disto, o Código Civil de 1916 assumiu para o Direito das Famílias uma feição de verdadeira legislação residual, pois a partir do novo modelo constitucional de igualdade entre o homem e a mulher, bem como a divisão igualitária dos direitos e deveres matrimoniais, todas as normas infraconstitucionais que não se adequavam às regras propostas pela Constituição foram tidas como letra morta.⁵²

Com o intuito de reforçar o princípio da igualdade presente na Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente diz que “todo menor tem direito ao pátrio poder, qualquer que seja a situação do pai ou da mãe em relação ao casamento”. Sobre este Estatuto, Marcos Alves da Silva citado por Denise Comel⁵³, afirma que embora deva se reconhecer a importância do ECA ao preencher certas lacunas deixadas pelo texto constitucional de 1988, muitas questões não foram respondidas, em grande parte pelo fato de o Código Civil de 1916 não ser aplicável, por muitas de suas regras afrontarem a Constituição.

Diante dessas questões e do quadro evolutivo das leis brasileiras, o legislador adequou as relações paterno-filiais nos termos da Constituição Federal ao introduzir na Lei 10.406 de 2002, o Código Civil de 2002, parâmetros para solução de divergências e preenchimentos de lacunas. Ademais, com o novo Código Civil o pátrio poder passou a ser chamado de Poder Familiar. Tal denominação foi adotada para que transparecesse uma maior coerência com o texto constitucional que assevera a existência de igualdade entre homens e mulheres dentro da sociedade matrimonial.

Alguns autores julgam que a expressão poder familiar não compreende a especificidade e não capta o espírito da igualdade dos cônjuges trazidos pelo texto constitucional de 1988, pois a palavra poder está ligado ao antigo direito romano e a nova concepção familiar não comporta a ideia de pai e mãe, mas sim da família em um todo. Nesse sentido, Waldy Grisard Filho esclarece:

A questão terminológica esbarra na palavra *poder* a qual se resiste por guardar resquícios da *pátria potestas* romana. Mas este poder tem de ser exercido, única e exclusivamente, no superior interesse do menor e, por

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 p. 82

⁵³ SILVA, Marcos Alves Da. **De filho para pai: uma releitura paterno-filial a partir do Estatuto da Criança e de Adolescente**. Júris Síntese Milenium: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. Porto Alegre: Síntese Publicações, n4, 2002 In COMEL, Denise Damo. *Do Poder familiar e o novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 46-47.

isso, deixa de ser um poder para constituir um dever, uma responsabilidade⁵⁴.

Denise Comel entende que, “a expressão familiar, a toda evidência, dá a ideia de que o encargo não é somente dos pais, senão da família, donde se poderia até pensar que também os avós, ou até mesmo os irmãos, estariam investidos na função⁵⁵”.

Para Paulo Luiz Lobo, a expressão que melhor atenderia a relação de parentesco que há entre pais e filhos, seria *autoridade parental*, uma vez que:

O conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função fundada na legitimidade e no interesse do outro, enquanto que o vocábulo parental quer dizer relativo ao pai e a mãe, de forma mais específica⁵⁶.

Assim, observa-se que o instituto evoluiu, não só por alterar seu nome para poder familiar, mas, sobretudo, por absorver em seu âmago a orientação constitucional da igualdade dos genitores dentro da sociedade conjugal, seja no casamento ou nas uniões estáveis.

3.2 Conceito

No Brasil, a legislação pátria não traz um conceito próprio sobre o instituto do poder familiar apenas regulamenta, ficando a cargo da doutrina esclarecer esse ponto e outras especificidades do tema. A doutrina nacional sobre o assunto escrita durante a batuta do Código Civil de 1916, tendo como referência o conceito de pátrio poder optava por definições relativamente lineares.

Para Lafayette Rodrigues Pereira, “O pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias⁵⁷”.

⁵⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 102.

⁵⁵ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.62.

⁵⁶ LÔBO, P. **Direito Civil: Famílias De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio)**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2011 p. 19.

⁵⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910. Revista dos tribunais. 498/106. São Paulo: RT, p. 235.

Nesta mesma seara, Clóvis Bevilacqua, assevera, “O pátrio poder é o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos⁵⁸”.

Observando estes conceitos, percebe-se de forma muito nítida a forte presença paterna na relação familiar, reflexo do direito romano que serviu de inspiração para as leis familiares no Brasil. À medida que o instituto evoluía, tendo como inspiração a reconfiguração das entidades familiares, a doutrina também alterava o conceito.

Assim, Silvio Rodrigues entendeu o pátrio poder como “o conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens aos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes⁵⁹”.

Nesta mesma toada, Caio Mario da Silva Pereira concebe o instituto como um “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226, § 5º da Constituição⁶⁰”.

José Antônio de Paula Santos Neto, em estudo sobre o tema traz um elaborado conceito de pátrio poder, para ele:

Pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.⁶¹

Neste conceito, Santos Neto elenca as duas faces da obrigação familiar, além de destacar o direito natural como elemento configurador do interesse da família e do filho menor, esse último de grande relevância para o poder familiar. Aborda, também, “quem são os titulares – passivo e ativo – a amplitude de conteúdo (sobre a pessoa e patrimônio do filho), bem como a finalidade: manter, proteger e educar”⁶².

⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12 ed. Atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960. v. 2, p. 151

⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio; SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Direito Civil: direito de família. Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.349

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 5º volume. 14 ed. Rio de Janeiro: Florense, 2004. p.233.

⁶¹ NETO, José Antonio de Paula. **Direito Civil: direito de família. Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.55.

⁶² COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.67.

Entre os diversos conceitos que a doutrina brasileira apresenta, nota-se que o instituto vem apresentando evolução em sua definição, em grande parte devido às transformações pelas quais a família tem passado nos últimos anos. Como bem explica Waldyr Grisard Filho:

O que existe, nas concepções atuais, é uma uniforme concepção *filhocentrista*, que desloca o seu fulcro das pessoas dos pais para as pessoas dos filhos, não mais como objeto de direito daqueles, mas ele próprio (o menor) é um sujeito de direitos e, conseqüentemente, com direito, dentre outros, ao seu integral desenvolvimento, a filiação, ao respeito, a diferença, a ser ouvido, à intimidade, à vida, enfim⁶³.

3.3 Natureza Jurídica e características

A natureza jurídica do Poder familiar está inserida no direito natural, ao passo em que é dever dos pais proteger e educar os filhos, pois estes dependem disto para sobreviverem até que alcancem a maturidade. Sendo os pais responsáveis por dar a vida ao filho nada mais correto que também seja de sua responsabilidade zelar pelo desenvolvimento de sua prole.

Para os romanos, os genitores deveriam ter poderes absolutos sobre seus filhos, ao ponto de no século II, os pais chegarem a ter poder de matá-los

Com o passar do tempo, abandonou-se esse entendimento graças à evolução das relações familiares e da importância do reconhecimento internacional dos direitos das crianças e dos adolescentes, influenciando toda a legislação mundial no sentido de se garantir maior proteção aos interesses do menor. Neste trilhar, destacam-se, a Convenção da ONU dos Direitos da Criança e a Convenção Européia que tiveram papéis de suma importância ao reforçar ser dever da família e do Estado a proteção da criança e do adolescente.

Em consonância com a orientação internacional, a Constituição Federal de 1988 resguarda os direitos da criança e do Adolescente no âmbito familiar, tendo como supedâneo o artigo 227, caput, que preconiza ser este um dever da família, da sociedade e do Estado.

⁶³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 102.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶⁴

Assim, neste novo viés jurídico, os direitos concedidos aos pais sobre os filhos têm feições de cumprimento de deveres e proteção, e não devem ser vistos apenas como uma forma de imposição de autoridade. Como bem afirma José Afonso da Silva, “a paternidade deve ser consciente, não animalésca, como outrora⁶⁵”.

Para Orlando Gomes, “os poderes outorgados aos pais têm como medida o cumprimento dos deveres de proteção do filho menor⁶⁶”.

Segundo Paulo Luiz Lôbo Netto, “Converteu-se em múnus o ônus que a sociedade organizada atribuiu aos pais em virtude da circunstância da parentalidade no interesse dos filhos⁶⁷”.

Diniz assevera que o poder familiar tem seis características básicas:

O poder familiar constitui um múnus público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever,... é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor,... é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência⁶⁸.

Assim, conforme o explicado acima, o poder tem como características a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição**, 1988.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.825.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 1987, p.284.

⁶⁷ LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Do poder familiar**. In: Dias, Maria Berenice et al. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.166

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 198.

3.4 Conteúdos do Poder Familiar

O conteúdo do poder familiar previsto no ordenamento jurídico, leva em consideração dois tipos de relações que se caracterizam pelos fins a que estão destinados e em relação ao bem que se quer resguardar. Assim, uma relação foca na pessoa dos filhos menores e a outra nos seus bens.

Para que haja uma melhor compreensão, estudaremos essas relações de forma separadas.

3.4.1 Em relação à pessoa dos filhos.

O conteúdo do poder familiar em relação à pessoa do filho está previsto no artigo 229 da Constituição Federal, no artigo 1.634 do Código Civil e no artigo 22 do ECA.

Preconiza o artigo 1.634 do Código Civil:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Art. 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: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem

partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)⁶⁹

Berenice Dias em análise do referido artigo, teceu-lhe críticas ao afirmar “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 ⁷⁰”. Para outros doutrinadores, e em especial, Carlos Roberto Gonçalves, a mais importante das obrigações dos pais, é de conduzir a criação e educação; não somente pelo viés alimentício, mas também, pela formação de seu caráter, ajudando a torná-los cidadãos conscientes de sua posição na sociedade e de seu papel social ⁷¹.

Diniz ressalta que “toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio da entidade familiar, seja ela natural ou substituta, que por ele zelará⁷²”. E neste sentido, a não observância deste dever por parte dos pais lhe gera consequências que podem resultar até mesmo na destituição ou perda do poder familiar.

Esmiuçando essa obrigação, entende-se como dever de criar a obrigação que os pais têm em garantir o bem-estar físico do filho, seu sustento alimentar, zelo, saúde entre outras coisas. O dever de educar é caracterizado na obrigação de os pais garantirem ao filho a capacidade de desenvolvimento intelectual, dando-lhes ferramentas que os capacitem para o enfrentamento da vida profissional. Nesse sentido, o ECA preconiza em seu artigo 53 que “a criança tem o direito à educação, visando o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para exercício da cidadania e qualificação para o trabalho⁷³”.

Com o intuito de dar maior efetividade às obrigações dos pais em relação à pessoa do filho, o artigo 1.634 do CC traz o dever de os pais terem seus filhos em sua companhia e guarda, pois a quem compete criar e educar compete igualmente guardar. É neste sentido que quando separados, divorciados ou nos casos de

⁶⁹ BRASIL, Código Civil, 2012.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 388.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: **Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.363.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.* p.254.

⁷³ BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990.

dissolução da união estável, surge à figura da guarda compartilhada – tema deste trabalho monográfico – que garante a ambos o exercício da guarda. E ainda que o filho esteja sob a guarda unilateral, os dois genitores têm o direito de se fazerem presentes na vida de sua prole, pois a separação não exclui o poder familiar que sempre deve ser exercido em conjunto.

O inciso III do artigo 1.634, afirma que é competência dos pais dar ou negar consentimento para o filho menor se casar, pois também pela lei civil os filhos menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, e os menores de 18 e maiores de 16 anos são relativamente incapazes. Daí, que só podem praticar os atos da vida civil quando representados ou assistidos pelos seus pais. Carlos Roberto Gonçalves ressalta que:

Pressupondo que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus pais, daí a prerrogativa a eles concedida. O consentimento tem de ser específico, para o casamento com determinada pessoa, não manifestando em termos gerais⁷⁴.

Essa função deve ser sempre exercida por ambos os genitores de forma conjunta.

O dever de conceder ou negar consentimento para viajar ao exterior ou mudar para outros Municípios, previstos nos incisos IV e V, respectivamente, também estão inseridos no rol dos deveres de representação e assistência do filho. Descarta-se esta autorização se o filho viajar na companhia de ambos os pais, sendo a viagem com apenas um deles, necessário que se tenha a autorização do outro. Essa autorização deverá ser feita por documento público ou particular com reconhecimento de firma, ou na ausência desta será suprida por autorização judicial.

Para que o filho possa residir em outro Município de forma permanente, necessária será uma autorização de ambos os genitores. Havendo divergências na decisão o judiciário deverá ser provocado, a fim de que possa determinar como residência o lugar que melhor satisfaça os interesses do menor, tendo como fundamento o artigo 1.583, § 3º, do Código Civil.

Cabe, ainda, aos pais nomear tutor ao filho que, de forma conjunta, escolhem determinada pessoa para cuidar dos interesses após a morte.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.cit. p. 312.

Ressalta-se que conforme a orientação constante no inciso IX os pais devem exigir dos filhos a obediência e o respeito, bem como a prestação de serviços próprios de sua idade e condição. Na verdade, não há uma subordinação hierárquica, mas sim uma reciprocidade com relação ao respeito. Para que exista um ambiente familiar saudável, todos devem cooperar nos serviços domésticos, inclusive os filhos, conforme suas possibilidades.

3.4.2 Quanto aos bens dos filhos

Conforme o artigo 1.689 do Código Civil:

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

O conteúdo do poder familiar em relação aos bens dos filhos está previsto no Código Civil no Título II – Do Direito Patrimonial, em subtítulo, Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos menores. Seu supedâneo está no fato de os filhos menores não possuírem capacidade plena de administrar seus próprios bens e na responsabilidade de os pais realizarem tal gerência. Com bem escreve Silvio Rodrigues “dentro da esfera patrimonial o primeiro dever imposto aos pais, no exercício do poder familiar é o de administrar os bens dos filhos”⁷⁵.

Na qualidade de usufrutuários “os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos menores pertencem aos pais que exercerem a administração, podendo consumi-los, sem necessidade de prestação de contas”⁷⁶.

Para Gonçalves:

Este usufruto que os pais têm em relação aos bens dos filhos refere-se a uma compensação dos encargos decorrentes da criação e educação que fornecem aos filhos, devendo lembrar que os pais têm usufruto apenas, devendo sempre zelar pelos bens que os filhos possuem, não tendo direito à disponibilidade referente aos bens dos filhos⁷⁷.

Diniz ressalta que:

⁷⁵RODRIGUES, Sílvio; SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Op.cit, p.519

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.306

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.cit, p. 369.

Cabe aos pais a prática de atos idôneos à conservação dos bens que aos filhos pertencem, ou seja, os pais têm de cuidar e preservar o patrimônio dos filhos; podendo ainda celebrar contratos como o de locação de imóveis, pagarem impostos, defende-los judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, ou seja, fazer atos tendentes à preservação dos bens dos filhos; não podendo dispor dos imóveis nem contrair obrigações além dos limites da simples administração⁷⁸.

Os pais poderão ainda perceber a renda decorrente dos bens dos filhos em proveito dos mesmos, alocando este capital na educação do menor. Silvio Rodrigues neste sentido enfatiza que:

Se é verdade que aos pais incumbem as despesas com a criação dos filhos quando estes não as possam atender, justo é também que, tendo os filhos bens para criarem-se e educarem-se, usem as rendas dos mesmos bens para esse fim.⁷⁹

Seguindo este entendimento e combinando-o com uma análise do artigo 1.691 do Código Civil⁸⁰, percebe-se que os pais não estão autorizados a praticar nenhum ato que transfira a administração dos bens do filho, estando inclusive proibidos de alienar os bens pertencentes que lhes pertença, salvo quando provar a necessidade, ou quando da venda resultar maior proveito ao filho, e neste caso desde que com uma prévia autorização judiciária.

Esta restrição legal relativa à alienação ou gravame busca manter o interesse da conservação do patrimônio do menor e para que não haja eventuais dilapidações no mesmo. Em regra, esta restrição está voltada somente ao imóvel, e não há menção a valor mínimo ou máximo, o que demonstra o caráter imobiliário do dispositivo.

Existindo conflitos entre os interesses dos filhos e os interesses dos pais, deverá o menor ser representado ou assistido por curador especial. Neste caso, esta figura pode ser requerida pelo filho menor ou a pedido do Ministério Público, caso em que se aplicarão os princípios gerais sobre conflitos entre representantes e representados, não esquecendo a aplicação também do princípio do melhor interesse do menor.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. Op.cit, p. 545.

⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de família**. v.6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 364

⁸⁰ Diz o artigo: não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Em consonância com os ditames do artigo 1.693 do Código Civil ficam excluídos da administração dos pais os bens adquiridos pelo filho antes de ele ser reconhecido; os valores recebidos pelo filho que tenha idade entre 16 e 18 anos no desempenho de atividade profissional e os bens que ele adquiriu com tal recurso; os bens recebidos em doação cuja condição é de que os pais não serão usufrutuários dele; e os bens recebidos por herança quando os pais forem excluídos da sucessão, seja por ser indigno ou deserddado.

Diante do exposto, vale asseverar que o exercício do poder familiar, seja ele quanto à pessoa do filho ou quanto ao patrimônio, deve ser exercido por ambos os pais de forma conjunta, igualitária e simultânea, levando sempre em consideração o princípio do melhor interesse da criança.

3.5 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

Sendo o poder familiar um instituto de grande importância para a ordem pública, é obrigação de o Estado intervir nele quando houver possíveis desvios de suas finalidades. Portanto, ao verificar atos que atentem contra o poder familiar, ou extrapole seus limites, poderá ocorrer a suspensão ou até mesmo a perda deste poder.

Ressalta Venosa:

Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode intervir nessa relação suspendendo, destituindo ou extinguindo o poder familiar, o que em síntese, afeta a célula familiar.⁸¹

Nos dizeres de Berenice Dias:

Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir; é prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes. O intuito da suspensão não é punitivo, pois, visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influência nociva.⁸²

Diz ainda:

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op.cit, p.336

⁸² DIAS, Maria Berenice. Op.cit, p.392.

Ainda, que de modo expresso, tenha o genitor o dever de sustento da prole, o descumprimento desse encargo não justifica a suspensão do poder familiar, pois a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda, nem para suspensão do poder familiar.⁸³

O artigo 1.637 estabelece que o poder familiar poderá ser suspenso quando os pais concorrerem em atos que caracterizem abuso, falta aos seus deveres ou arruíno dos bens dos filhos.

Antes da vigência da Lei 12.962/14⁸⁴ existia a hipótese de suspensão do poder familiar, nos casos de condenação de um dos pais em sentença irrecorrível e cuja pena fixada fosse além de dois anos de prisão. Esta causa de suspensão foi revogada pelo artigo 1.637.

Quando o legislador previu as hipóteses de suspensão do poder familiar buscou resguardar os filhos menores, portanto no caso concreto deve sempre levar em consideração o melhor interesse do menor. Tais hipóteses são:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente ou por Ministério Público adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo Único: suspende-se igualmente o poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Nos caso em que houver a suspensão do poder familiar, segundo Diniz:

[...] ser-lhe-á nomeado curador especial para cuidar os interesses do menor, sendo que nesta hipótese, os pais poderão ser privados de todos os seus atributos ou somente de parte deles, podendo restringir a um ou todos os filhos, o que dependerá muito da situação fática e do ato praticado⁸⁵.

Esta suspensão nem sempre tem o caráter definitivo, podendo perdurar por apenas um tempo, levando em consideração sempre as particularidades do caso concreto. Assim, se o juiz entender posteriormente que já não estão mais presentes os motivos que concorreram para a suspensão, deverá cancelá-la, e desta forma,

⁸³ Ibid., p.393

⁸⁴ Conforme a Lei 12.962/14, o direito dos filhos de conviverem com os pais privados de liberdade mantêm-se resguardado, mesmo quando os filhos permanecerem institucionalizados. Além disso, as visitas periódicas favorecem ao melhor interesse dos filhos, portanto, não será necessária autorização judicial, com base no artigo 19 § 4º do ECA. Dessa forma, como a condenação criminal não causa a destituição do poder familiar, não cabe a suspensão do poder familiar, a não ser que o crime seja doloso contra o próprio filho

⁸⁵ DINIZ, M. H. Op.cit, p. 545

devolver o exercício do poder familiar para os pais. Vale ressaltar ainda, que a suspensão atinge somente o exercício do poder familiar, não comprometendo a titularidade em si da função de pais, a qual continua intacta.

A perda do poder familiar se caracteriza como “uma medida mais grave imposta em virtude da falta aos deveres dos pais para com o filho, ou falha em relação à condição paterna ou materna⁸⁶”. Esta só deve ser aplicada nos casos em que realmente se fizer necessário, e não houver opção melhor, pois retiram dos genitores os direitos em relação ao menor.

Estão previstas no artigo 1.683 do CC.

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe: 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.

Cumprido observar, que o inciso I, que se refere ao castigo imoderado foi revogado pela Lei 13.010 /14. Esta, de alcunha Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo, visa à repreensão de violência por parte de quem tem o dever de cuidar e proteger. Assim, garante-se às crianças e adolescentes o não uso da violência através do castigo físico ou do tratamento cruel ou degradante, por meio do acréscimo dos artigos 18-A, 18-B e 70-A e da alteração do artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, pelo acréscimo do § 8º do artigo 26 da Lei de Diretrizes.

O artigo 1.638 inciso I do CC proibia castigo imoderado, uma vez que este castigo tem a natureza brutal, agressiva e violenta, gerando no menor certos distúrbios psicológicos e físicos, mas mantinha a eventual aplicação do castigo moderado de caráter educativo. Porém com a revogação do inciso I, pela citada lei da Palmada, os pais devem se abster de castigar os filhos, ainda que moderadamente.

É preceito constitucional que toda criança e adolescente tem o direito a convivência familiar comunitária.⁸⁷ Desta forma, os pais têm que ter a ciência de que o abandono dos filhos é ato contrário ao poder familiar. Além disso, “é ato que

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 5º volume. 14 ed. Rio de Janeiro: Florense, 2004. p. 345

⁸⁷ Previsão do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

afronta um dos direitos mais caros do filho: o estar sob os cuidados e vigilância dos pais”.⁸⁸

Perde-se também o poder familiar pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, pois sendo os pais espelhos para os filhos não devem incorrer em condutas atentatórias à dignidade, à moral e aos bons costumes.

A perda do poder familiar devido à reiteradas faltas anteriores, visa dar uma maior proteção ao menor à medida que coíbe a ação danosa dos pais faltosos num sentido mais amplo. Porém, o juiz deverá ter cautela para não decretar a perda do poder familiar quando não seja realmente necessário aos interesses e à proteção do menor.

No que concerne à extinção do poder familiar preconiza o artigo 1.635 do Código Civil:

Extingue-se o poder familiar:

- I – pela morte dos pais ou do filho;
- II – pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único;
- III – pela maioridade;
- V – pela adoção;
- V – por decisão judicial, na forma do artigo 1638.

Pela inteligência do artigo acima se infere que a extinção do poder familiar advém de causas naturais, como por exemplo, a morte; ou por aquisição de pleno direito, a exemplo, da emancipação ou decisão judicial, em consonância com o disposto no artigo 1.638 do Código Civil.

A morte como causa da extinção do poder familiar, dar-se-á quando um dos pais ou ambos morrerem ou então quando o filho falecer, pois com a morte cessa a personalidade da pessoa. Sendo o falecimento de apenas um dos pais, o poder familiar caberá somente ao genitor vivo, se este não estiver impedido, havendo tal impedimento será nomeado ao menor um tutor.

O inciso IV do artigo 1.635 do Código Civil traz a hipótese da perda familiar através da adoção, pois sendo o menor adotado por outrem, deixam de existir os direitos e deveres dos pais anteriores para com o filho, transferido o poder familiar para os pais adotivos. Em relação ao último inciso do artigo 1.635 do Código Civil em que o poder familiar é extinto por decisão judicial; esclarece Berenice Dias que “é a perda do poder familiar uma sanção imposta aos pais por decisão judicial,

⁸⁸ COMEL, **Denise Damo. Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 1990. v. 1-2. p. 288.

sanção de maior alcance e correspondente à infringência de dever de maior relevância⁸⁹”.

Comel traz interessantes reflexões a hipótese de extinção do poder familiar por decisão judicial, para esta autora:

Essa causa de extinção presente no inciso V do artigo 1.635 do Código Civil traz a baila importantes indagações, tais como: o ajuste entre a orientação da norma e o princípio do melhor interesse do menor e se a extinção decorre da decisão judicial que decretou a perda ou se haveria necessidade de outro procedimento judicial com esta finalidade. E em relação ao princípio do melhor interesse do menor, reconhece-se que a perda do poder familiar que ocasione extinção do instituto, pode causar perda ao filho, desta forma, ao aplicar essa medida deve haver muita cautela, e uma profunda análise da necessidade para o caso concreto. Já com relação a necessidade de outro procedimento judicial se não há exceção ou juízo de valor a ser feito para decretar a extinção, ela se dará automaticamente, apenas em virtude de ter sido decretada a perda. Tal conclusão, por sua vez, não impede o restabelecimento, em caráter excepcional, como o melhor interesse do menor.⁹⁰

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Op.cit, p. 512

⁹⁰ COMEL, Denise Damo. Op.cit, p. 308

4 O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

4.1 Sobre o instituto da Guarda.

O vocábulo guarda tem diversas conotações. No Direito das famílias possui caráter especial, diferente das outras áreas do direito, pois não se refere à guarda das coisas, mas sim de pessoas.

De Plácido e Silva explica que o termo:

É “derivado do artigo alemão *Wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *Warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração”. Sendo mais específico, a guarda de filhos “é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, nesse sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.”⁹¹

Rodrigues apresenta a “guarda como o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipadas, dando assistência moral, material e educacional⁹²”.

Monteiro a define como “um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, cuidando de sua alimentação, saúde, educação, moradia etc⁹³”.

Santos Neto concebe que “guarda é o direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta o dever de vigilância em ampla assistência em relação a este⁹⁴”. Já Guilherme Strenger, conceitua assim: “A guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar⁹⁵”. Interessante a visão de Mário Aguiar Moura que afirma ser a guarda um controle objetivo do desenvolvimento do filho, portanto, para ele a guarda, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de

⁹¹ De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 1990. v. 1-2, p. 78.

⁹² RODRIGUES, Sílvia Paulo Brabo. **Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente**. Belém. CEJUP. 1997, p.115.

⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Direito de família**, 41ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p.394.

⁹⁴ RODRIGUES, Sílvia; SANTOS NETO. Op.cit, p.519.

⁹⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filho**, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31

assistência material, para a sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico⁹⁶.

Diante dos conceitos apresentados, é possível perceber que a guarda não tem em si uma definição *suis generis*, mas é compreendida, pelas características que lhe são intrínsecas. Esta particularidade se dá pelo fato de a guarda está diretamente vinculada ao poder familiar, o que lhe concede a sua principal característica, que é de ser um poder-dever natural dos pais em conviver com os seus filhos, e permitir o exercício do melhor desenvolvimento familiar.

Desta forma, salienta-se que a guarda tem a função precípua de resguardar o menor, protegendo-o, educando-o, para que o mesmo cresça saudavelmente. Como bem assevera Laux; Roud:

Aguarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos os pais, ora de proteção, ora de companhia dos filhos. Por se tratar de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes.⁹⁷

4.2 Aspectos históricos

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a guarda tinha aspectos bastante delimitados, pois se utilizava de métodos excessivamente rigorosos para determiná-la. No caso de separação do casal, nas hipóteses em que o fim da sociedade matrimonial se desse de forma culposa, a guarda do filho menor ficava com o cônjuge dito inocente.

O instituto era regulado no capítulo referente às disciplinas aplicadas a dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos. O artigo 326 do referido tinha a seguinte redação:

- a) Existindo cônjuge inocente, com ele permaneceriam os filhos menores;
- b) Se ambos foram causadores da ruptura conjugal, as filhas e os filhos até os seis anos de idade permaneceriam com a mãe;
- c) Os filhos maiores de seis anos de idade seriam entregues ao pai;

⁹⁶ MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. Ajuris 19, Porto Alegre, 1980, p. 15

⁹⁷ LAUX, Maria Aparecida Bernart; RODI, Claudia. **Compartilhamento da guarda e a proteção integral do infante**. Revista Jurídica, v. 7, n.14, 2003, p.314.

d) Existindo motivos graves, o magistrado poderia decidir de forma diferente o exercício da guarda, em prol do interesse do menor.⁹⁸

Berenice Dias ensina que:

Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, isso se o juiz verificasse que ela não lhes acarretaria prejuízo de ordem moral. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.⁹⁹

Fazendo referência ao tema, o artigo 16 do Decreto-Lei n° 3200/41¹⁰⁰, estabeleceu que a guarda do filho menor seria do genitor que o reconheceu, e no caso de os dois haverem feito o reconhecimento, deveria restar com pai a guarda, salvo nos casos em que se levando em consideração o melhor interesse do menor, o magistrado decidisse de maneira diferente.

Outras importantes modificações do instituto referente à guarda dos filhos nos casos em que a separação fosse litigiosa foram trazidas pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, entre elas:

Havendo cônjuge inocente, a este seria confiada à guarda; sendo ambos os cônjuges culpados, via de regra, os filhos permaneceriam sob a guarda materna, salvo entendimento contrário do juiz, tendo em vista a prevalência do interesse da prole; não devendo os filhos menores permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, o juiz poderia conferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos genitores, assegurando o direito de visitas.¹⁰¹

A Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) dizia em seu artigo 10, que inicialmente os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa ao divórcio. Entretanto, esse artigo deveria ser aplicado em combinação com o artigo 5° caput do mesmo diploma legal, que trazia em seus parágrafos 1° e 2° as hipóteses de separação sem culpa. Desta forma, na separação consensual se observaria o que os cônjuges decidissem sobre a guarda dos filhos; e na separação litigiosa deveria

⁹⁸ BRASIL. **Lei 3.071**, de 1° de janeiro de 1916.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 519

¹⁰⁰ Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei 4.121, de 27 de Agosto de 1916**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm > Acesso em 01 de agosto de 2016.

se levar em consideração as particularidades do caso concreto, a fim de se tomar a melhor decisão para o menor.

Grisard esclarece que:

No artigo 10, parágrafo 1º, está previsto o caso de separação litigiosa, sendo ambos os cônjuges responsáveis pela dissolução, os filhos menores permaneceriam com a mãe, independentemente de sexo e idade. No parágrafo 2º deixa-se a critério do juiz conceder a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de um dos cônjuges, se caso os filhos não tivessem condições de permanecer sob a guarda da mãe e nem do pai. Além disso, o artigo 13 prevê ao juiz o eventual poder de afastar as regras previstas sobre guarda, podendo assim, decidir de forma diferente, se houver motivo grave, visando o interesse do menor.¹⁰²

O grande passo para a consolidação do instituto da guarda foi dado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ao igualar as pessoas e eleger princípio da dignidade da pessoa humana como mote guia, bem como ao exigir a observância do princípio do melhor interesse da criança, extinguiu a presença da culpa quando da definição de decisão sobre a guarda.

Nesta toada, o ECA em observância aos ditames constitucionais transformou as crianças e os adolescentes em sujeitos possuidores de direitos e obrigações, resguardando suas particularidades fundamentais e salvaguardando o princípio do melhor interesse e da proteção integral. Como bem assevera Ana Akel;

A Carta Magna influenciou diretamente a promulgação do Estatuto da Criança e do adolescente que ressalta sobretudo, a prioridade da família biológica de ter o menor consigo, sendo este somente colocado em família substituta se impossível e inviável a permanência com os genitores de sangue.¹⁰³

Paulo Lôbo reconhecendo a importância da Constituição Federal de 1988 leciona que o modelo igualitário de família conforme a Constituição se distingue do modelo autoritário da legislação civilista anterior. A mudança trazida pela carta constitucional é observada principalmente nos artigos 226 e 230 que se solidificam na proteção, na igualdade e no respeito à dignidade humana¹⁰⁴.

O Código Civil de 2002, inicialmente não trouxe muitas modificações ao instituto, mas conservou como diretriz a preservação do melhor interesse do menor.

¹⁰² GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit, 2009, p. 112.

¹⁰³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilha: Um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008, p.256.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

Inovou, porém, ao acabar com a perda da guarda do filho em decorrência de culpa na separação e pecou em algumas diretrizes em relação à guarda, que era unilateral - regulando o mero regime de visitas para o genitor não guardião¹⁰⁵.

Importante reflexão sobre a evolução da relação familiar e guarda é trazida por Berenice Dias:

Com a mudança dos tempos, que contém como pivô a ascensão merecida das mulheres, elas passaram a ingressar no mercado de trabalho, ocupar os bancos acadêmicos, ascender profissionalmente e, por consequência, ficaram cada vez mais ocupadas. Os pais foram obrigados a encarar essa nova realidade e tornar-se aquilo que não tinham sido preparados para ser. Destarte, quando da separação, não se contentavam em apenas pagar alimentos e serem meros visitantes. Os filhos passaram a ser utilizados como objetos de vingança, pois aliados aos conflitos do término de um relacionamento, agora havia mais um - a guarda. E a realidade é que o pai via-se como refém do poder materno, pois a ela estava garantida, na imensa maioria das vezes, a guarda. Nesse contexto que pais e, em raros casos, mães criaram associações e organizações não governamentais, a fim de institucionalizar um movimento que pudesse dar visibilidade à sua causa: de ter seu direito de concorrer em igualdade com o ex-cônjuge pela guarda do filho.¹⁰⁶

Diante dessas novas problemáticas familiares, o legislador em 2008 introduziu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 11.698/08. Este diploma inova ao trazer como prioridade o paradigma da corresponsabilidade da guarda dos filhos. Instituiu:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.
§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 519.

¹⁰⁶ Id., **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.256.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

Embora esta Lei tenha sido criada para propiciar uma maior aplicação do instituto da guarda compartilhada nos casos de dissolução da sociedade conjugal ao preconizar que "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada"; o que se observou na prática foi bem diferente.

Na maioria das vezes, o magistrado optava pela aplicação da guarda unilateral, quando não houvesse consenso quanto à guarda do filho. Isto se dava em decorrência da interpretação da expressão "sempre que possível".

Amaral ensina:

Óbvio que o 'sempre que possível' não se refere à ausência de acordo ou consenso entre pai e mãe, já que, segundo o próprio texto da Lei, a guarda compartilhada deverá ser aplicada - decretada pelo juiz - exatamente nesses casos. A vontade de quem não desejava manter a guarda era perpetuada: bastava instaurar conflito com o outro genitor.¹⁰⁷

Diante da pouca alteração na prática da aplicação da guarda compartilhada trazida pela Lei 11.698/08 e com a constante luta da sociedade, em especial de pais separados que se viam distante de seus filhos, o legislador modificou o ordenamento civilista através da Lei 13.058/14. Esta, dentre outras inovações, alterou o § 2º do artigo 1.584, que passou a ter seguinte redação:

§ 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 menor¹⁰⁸.

¹⁰⁷ AMARAL, Paulo André. **Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil - uma análise das interpretações da lei**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 14, fev/mar., 2013, p. 42.

¹⁰⁸ BRASIL, Código Civil, 2012.

4.3 Critérios para determinação da guarda.

Ao findar da sociedade conjugal, é incumbência do Magistrado determinar a guarda dos filhos menores, ainda que o fim do enlace tenha se dado de forma consensual ou não, o juiz sempre terá o papel de decidir sobre a guarda da prole. Esta prerrogativa encontra previsão no fato de este ser o responsável por também fazer a avaliação se de quando da separação e da decisão de quem ficará com o filho, foi levado em consideração o melhor interesse do menor, nos casos de separações consensuais em que um dos genitores não quiser a guarda, ou determinar a modalidade compartilhada quando se fizer necessário.

Pode ainda, determinar a guarda a terceiros, se observar que os genitores não têm condição de permanecerem com a mesma. Nesta situação, em consonância com a lei deve dar preferência aos familiares dos genitores. Ao avaliar os critérios de determinação da guarda, o juiz deverá conferir a idade e o sexo do menor, levar em conta a possibilidade de não separar os irmãos - caso haja mais de um filho - ouvir o menor quando se fizer necessário e for possível, e analisar o comportamento dos pais, tendo como objetivo sempre o melhor interesse do menor.

O artigo 1.586 do Código civil traz a previsão de o juiz determinar a guarda conforme julgar melhor.

Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.¹⁰⁹

Para Eduardo de Oliveira Leite:

A jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o "interesse do menor."¹¹⁰

¹⁰⁹ § 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.

¹¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed., ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 199

Assim, diante da determinação da guarda o juiz deve ter como referencia o principio do melhor interesse do menor, conforme destaca o Supremo Tribunal Federal citado por Grisard:

“O que prepondera é o interesse do menor e não a pretensão do pai e da mãe”, pois o seu conteúdo é o bem-estar material e emocional dos filhos, seus aspectos morais e espirituais, sua saúde corporal, a intelectual, sem comprometer seu adequado desenvolvimento¹¹¹

Nesse mesmo sentido, entende o Egrégio Superior Tribunal de justiça:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.

- Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor.
- Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.
- Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família tanto materna, quanto paterna.
- Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02.
- Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, nos sentido mais completo alcançável.
- Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada. Recurso especial não conhecido¹¹².

¹¹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda **Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 333.

¹¹² REsp 916.350/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8687306/recurso-especial-resp-916350-rn-2007-0002419-2> > Acesso em 10 de setembro de 2016.

4.4 Tipos de Guarda.

A essência da família não se extingue com a dissolução da sociedade conjugal quando há filhos, o que implica que a tomada de decisões futuras devem sempre perpassar pela pessoa do menor devido à complexidade da relação formada

Paulino da Rosa explica que:

A noção de unidade familiar continua, ou deveria continuar, mesmo depois da separação dos seus genitores. Finda a convivência dos pais, há uma inevitável fragmentação da autoridade parental, embora ambos continuem detentores do poder familiar. O divórcio é uma experiência desgastante para todos os participantes, mas sabidamente pior para os filhos, quando perdem seu norte, seu conforto - sua estrutura familiar¹¹³.

Seguindo esta lógica, Carbonera assevera que a guarda é:

O instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial¹¹⁴.

Berenice Dias sempre muito pontual em seus apontamentos esclarece que:

A lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.616), não dá a mínima atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA dita sobre o melhor interesse de crianças e adolescentes. Ao tratar da proteção dos filhos (CC 1.583 a 1.590), de forma didática, define o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e o eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 §2). A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612)¹¹⁵.

O critério para a definição da guarda previsto no Código Civil é da deliberação dos pais. Observa-se ainda a necessidade de homologação judicial e de parecer do Ministério Público. Embora a oitiva dos filhos não tenha previsão legal, é bastante adotada nos tribunais, haja vista que ao fazer isto, o magistrado tem melhor

¹¹³ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 7.

¹¹⁴ CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de Filhos – Na família constitucionalizada**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 522

condição de tomar a decisão que mais se aproxime do princípio do melhor interesse do menor. Esta prática inclusive encontra previsão na Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas¹¹⁶.

Várias são as modalidades de guarda presente na doutrina. Dentre estas, destacam-se: a guarda comum, a guarda desmembrada, a guarda delegada, a guarda originária, a guarda derivada, a guarda de fato, a guarda provisória, a guarda definitiva, a guarda peculiar, a guarda por terceiros, a guarda por instituições, a guarda jurídica e a guarda material, a guarda unilateral, a guarda alternada, a guarda nindal ou aninhamento e a guarda compartilhada.

A guarda comum tem suas raízes na própria sociedade conjugal, vigendo durante sua constância, a qual os genitores exercem conjuntamente o exercício da guarda por meio do poder familiar. É caracterizada pela convivência e comunicação diária entre pais e filhos, e decorre naturalmente da maternidade e paternidade. Desta forma, não é concedida pelo Estado, sendo apenas regulamentada por este.

Diferente desta, a guarda desmembrada se origina na ruptura familiar, e na intervenção do Estado que delega a guarda do menor mediante a existência de uma ação do Juizado da Infância e da Juventude. É uma guarda exercida em nome do Estado.

A guarda originária é característica própria do poder familiar, e está baseada na figura dos pais, os quais exercem suas funções familiares em virtude de seu direito-dever de integral convivência. É o oposto da guarda derivada, que se origina da lei e está ligada a figura de quem exerce a tutela do menor que pode ser “um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, como pode ser um organismo oficial, obedecendo ao Estado sua função social, de acordo com o artigo 30 do ECA¹¹⁷”.

¹¹⁶ DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 12 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acessado em 18 de setembro de 2016.

¹¹⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71.

A denominada guarda de fato é estabelecida quando alguém adquire para si a responsabilidade sobre menor, sem que haja qualquer atribuição legal ou judicial. Nesta hipótese, não há nenhum direito de autoridade sobre o menor, mas existirão algumas obrigações.¹¹⁸

Entende-se como guarda provisória a proveniente de uma medida provisória que se solidificará com a sentença que decreta o fim da sociedade conjugal e inicia a guarda definitiva. Importante observar que a guarda definitiva, embora tenha esse nome não é uma guarda *ad infinitum*, pois poderá ser modificada consoante a necessidade do menor ou em função de seu interesse. Como bem assevera Fernanda Rocha, “a sentença referente à guarda definitiva só será imutável na medida em que a situação fática se mantiver a mesma¹¹⁹”.

A guarda peculiar tem sua previsão no artigo 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁰. Tem como finalidade sanar uma eventual ausência dos pais, dando a possibilidade de um guardião representar o menor em situações específicas como: a realização de uma matrícula em uma data que os pais estarão viajando.

Chama-se guarda por terceiros a proveniente de família substituta. Tem como base o artigo 1.584 do Código Civil que preconiza que ela pode ser exercida por um parente, ou até mesmo por estranho, que será incumbido pela assistência material, moral e educacional para o menor. Resta observar, que os pais permanecem com a obrigação legal de prestar assistência e alimentos, conforme a letra do artigo 33, § 4º, do ECA¹²¹.

Quanto à guarda por instituições, esclarece Mariana Silvano Carbonera:

A guarda por instituições se constitui na medida em que não há parentes e nem estranhos que tenham condições de assumir a guarda do menor, cabendo à instituição governamental assumir o papel da guarda, conforme o artigo 30 do ECA, cumprindo o Estado o dever de proteger os direitos do menor¹²².

¹¹⁸ Tal como prevista na guarda desmembrada, educação e assistência são exemplos destas obrigações

¹¹⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

¹²⁰ § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

¹²¹ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais

¹²² CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de Filhos – Na família constitucionalizada**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 114.

A guarda jurídica é aquela caracterizada pela existência do genitor não guardião que exerce a guarda a distância. Já na guarda material o genitor guardião a exerce de forma integral, consoante o escrito no artigo 33, § 1º do ECA¹²³.

Para Orlando Gomes:

O genitor que possui a guarda tem tanto a guarda material quanto a guarda jurídica. A guarda material consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. Já a guarda jurídica implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar a deliberação tomada pelo genitor a quem a guarda foi atribuída¹²⁴.

Em virtude de suas particularidades e importância para a compreensão do presente trabalho, a guarda unilateral, alternada e nidal serão estudadas em tópicos separados e a guarda compartilhada, tema central deste estudo, em capítulo próprio.

4.4.1 Guarda unilateral.

O artigo 1.583 do Código Civil, alterado recentemente pela Lei 13.058/14, define em seu § 1º, que se entende como guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua¹²⁵. A escolha por este tipo de guarda pode ser em virtude da vontade dos genitores, quando não houver por parte de nenhum deles o consenso sobre a guarda ou ainda quando um dos pais não puder exercê-la.

Antes das inovações trazidas pela Lei 13.058/14, a obrigação da guarda devia ser do genitor que tivesse as melhores condições de desenvolvê-la, conforme se depreende da escrita do artigo, *in verbis*:

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

¹²³ § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

¹²⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 1987, p. 281.

¹²⁵ § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.¹²⁶

Sobre esta orientação do antigo artigo 1.583, Ana Maria Silva escreve que “o rol se caracterizava por ser qualitativo, dando-se mais ênfase do inciso inicial para o último, ainda que interdependentes, pois, de fato, se interpretava levando sempre em consideração o melhor interesse do menor¹²⁷.”

Ressalta ainda:

[...] que esse dispositivo jamais poderia ser interpretado pelo viés econômico, sob pena de ser decisão completamente inconstitucional - violando o princípio da igualdade e, principalmente, o do melhor interesse da criança - que muito mais tem a ver com o amor e afeto do que questões financeiras (embora importantes, mas resolúveis de outra forma, como, por exemplo, pela fixação de alimentos.¹²⁸

Paulino da Rosa traz uma interessante reflexão sobre os casos em que um dos genitores não deseja a guarda.

Mesmo com a nova previsão legislativa, comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse.

Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificado em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.¹²⁹

Desta forma, se observa que na nova sistemática trazida pela lei em comento, passou a guarda compartilhada ser regra, sendo a unilateral somente adotada em casos excepcionais e com as devidas ressalvas.

Quando da adoção da guarda unilateral o guardião que for o detentor terá a custódia física e o poder exclusivo de gerência da vida dos filhos, decidindo quanto ao seu cotidiano e tendo todos os direitos e deveres concernentes à guarda,

¹²⁶ Antigo art. 1.583, §2 do CC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2016.

¹²⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 4 ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 49.

¹²⁸ Ibid., p. 50

¹²⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

embora, este poder-dever não impeça o outro genitor de ter contato com o filho e de palpitar em sua educação.

Em virtude dessas características o legislador definiu a guarda unilateral como exceção. Haja vista, que nos casos em que este regime é adotado o genitor não detentor da guarda é incluso no sistema de visitas, que no dizer de Fernanda Rocha Lourenço “é a concretização de modelo que transforma o pai (ou a mãe, em raros casos) em mero visitante, e posteriormente, em um verdadeiro estranho ao filho¹³⁰”.

Durante muitos anos a guarda unilateral foi quase uma regra no Brasil, e em muitos casos os pais (ou mães em raras exceções) tornaram-se meros *sunday dads* (pais de domingo).

Interessante observar que essa expressão consta no Recurso Especial n. 1.251.000, reproduzido abaixo, *in literis*.

Ultrapassando essa visão estanque das relações de parentalidade, o art. art. 1.583, 1º, in fine , do CC-02 definiu a guarda compartilhada como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Com essa definição, deu-se ênfase ao exercício do Poder Familiar de forma conjunta, mesmo após o fim do casamento ou da união estável, porque, embora cediço que a separação ou divórcio não fragilizavam, legalmente, o exercício do Poder Familiar, na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa.x

A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, **teve como consequência mais visível o fenômeno denominado *Sunday dads* (pais de domingo)**.

Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda usualmente o pai tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação.

Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo.

Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio visita demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda (grifo nosso)¹³¹.

¹³⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Op.cit. p. 60

¹³¹ Íntegra do acórdão disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

Importa asseverar ainda que a Lei 13058/14 trouxe uma nova redação ao § 5º do Código Civil, asseverando que:

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.

Nos dizeres de Marcela Centofonte:

Este artigo confere legitimidade para solicitar informações e até prestação de contas (objetivas ou subjetivas) em todos os assuntos que perfaçam a vida dos filhos. Ou seja, ainda que o detentor da guarda unilateral tenha o direito de exclusivamente decidir sobre os aspectos do dia-a-dia do filho, existe a prerrogativa do não detentor da guarda de ser informado.¹³²

4.4.2 Guarda alternada.

Esta modalidade de guarda geralmente é confundida com a guarda compartilhada, embora sejam bastante distintas entre si. Diferencia-se da outra, por não estar prevista na legislação pátria, embora seja adotada pela jurisprudência em casos específicos.

Sobre esta modalidade de guarda Rocha Lourenço escreve:

Com efeito, a guarda alternada, como a própria designação indica, caracteriza-se pelo exercício exclusivo alternado da guarda, segundo um período de tempo pré-determinado, que tanto pode ser anual, semestral, mensal, findo o qual os papéis dos detentores se invertem, alternadamente. De certo modo, a guarda alternada é também unilateral porque só um dos pais num curto espaço de tempo detém a guarda. Não há compartilhamento porque embora os pais consintam em que a guarda não seja exclusiva de nenhum deles por tempo indeterminado também sabem que não é de ambos a um só tempo. Criam-se regras, espaços próprios, tempos próprios e o filho participará dessa alternância sistematizada de convivência.¹³³

¹³² CENTOFANTI, Marcella. Artigo publicado na revista eletrônica Veja sob o título: **Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei**. Publicada em: 25 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticias/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei>>. Acesso em 20 de outubro de 2016

¹³³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Op.cit, p. 65.

Assevera ainda:

Cada genitor exerce exclusivamente e por totalidade os direitos-deveres advindos da posse da guarda. Implica, basicamente, na vivência dos filhos em duas casas diferentes, alimentando a possibilidade de que "passem a ter sua 'mochila' como o único objeto seguro da sua vida". [...] nada mais é do que fruto de egoísmo dos genitores, pensando nos filhos como objetos, que podem ter seu tempo e espaço divididos matematicamente, esquecendo que são pessoas em fase bastante vulnerável da vida, precisando do dobro de atenção e carinho¹³⁴.

É um modelo não muito aplicado no caso concreto. Abaixo, segue um caso da jurisprudência pátria, em que foi adotada levando em consideração o melhor interesse da criança.

TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.08.072716-4/001, RELATOR DES. ALBERTO VILAS BOAS, julgado em 02/08/2011
 FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE **ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA.** - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral.¹³⁵

4.4.3 Guarda nidal ou aninhamento.

Modalidade pouco usual na sistemática brasileira se caracteriza por ser bastante cara, pois a casa em que o menor habitava antes do fim da relação conjugal continuará sendo seu lar. Desta forma, os pais devem se revezar no imóvel. Seu nome vem do latim *nindus* que significa ninho.

¹³⁴ Ibid., p. 66.

¹³⁵ TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.08.072716-4/001, RELATOR DES. ALBERTO VILAS BOAS, julgado em 02/08/2011. Disponível em: <
<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6357/5/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%201.0647.13.002668-3-002.pdf>> Acesso em 22 de outubro de 2016

Gagliano explica que esta “é espécie pouco utilizada no ordenamento jurídico brasileiro (mais recorrente em países desenvolvidos), embora não haja restrições legais a ela¹³⁶.

Para Paulino Rosa a pouca usualidade deste tipo de guarda pode ser explicado pelos seguintes fatores:

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicado.

Famílias desestruturadas necessariamente formarão sociedades desestruturadas. Crianças abandonadas, à deriva - mesmo no convívio de suas famílias naturais -, vitimizadas por genitores negligentes ou encolerizados, não poderão devolver à sociedade nada além daquilo que vivenciaram e (des)aprenderam, distanciando-se, assim, dia a dia, da realização de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Consequentemente, reproduzirão em sua vida adulta esses modelos, integrando um círculo vicioso que não terá fim, se nada for feito para modificar esse futuro sombrio tendente a se perpetuar por meio das gerações.¹³⁷

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 609.

¹³⁷ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.

5 GUARDA COMPARTILHADA

5.1 Evolução histórica no Brasil.

Na constância do matrimônio, os pais são detentores da guarda dos filhos de forma isonômica. Entretanto, ao findar da relação, surge o conflito a respeito da guarda, pois embora, em alguns casos ambos os genitores queiram ficar com o menor, geralmente isso não acontece, pois, na maioria das vezes, seja por consenso do casal ou por decisão judicial, a mãe fica com a guarda exclusiva da prole.

Grisard assevera que:

Esse panorama jurídico, com relação à guarda, vem mudando. Uma vez que, a redistribuição dos papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da Guarda Exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigente, que não reservam espaço à atual igualdade parental. Além disso, o número de rupturas vem aumentando cada vez mais, e a guarda exclusiva que prioriza a figura materna vem sendo criticada, pois a mulher tem assumido o seu papel no mercado de trabalho da mesma forma que o homem, perdendo assim a melhor condição de atender o interesse do menor. E como a ruptura conjugal afeta diretamente a vida do menor, na medida em que altera a sua estrutura familiar e a sua organização parental, invoca-se um novo modelo de guarda, a guarda compartilhada.¹³⁸

Desta forma, na ideia de compartilhamento da guarda está consubstanciada a finalidade de observar o ditame constitucional da igualdade entre os sexos, no concernente ao poder familiar e seu alcance após o término da relação conjugal, tendo como objetivo precípua diminuir o sofrimento dos filhos após a separação dos cônjuges.

Nesta ótica, Jacqueline Rubelin Devichi reflete:

A perenidade do casal parental deve sobreviver à fragilidade do casal conjugal. Desta forma, o novo modelo de guarda compartilhada trazido pelo Código Civil brasileiro busca manter a unidade do poder familiar de ambos os pais. Mesmo após a separação, para que os filhos tenham possam

¹³⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009, p.158.

desfrutar da continuidade presença de seus genitores em sua criação como se estivessem em uma família intacta (tradução nossa).¹³⁹

Suas origens remontam à Inglaterra do século XIX, advinda do costume dos magistrados ingleses em privilegiar o interesse do menor e a igualdade parental. Rapidamente chegou ao Canadá e, de lá, alcançou os Estados Unidos da América, nação atualmente onde a maioria dos seus Estados adota esse modelo de guarda.

Gabriela Barbosa e Jéssica Maia dissertando sobre este tema explicam que:

A guarda compartilhada tem sua origem na Inglaterra e na década de sessenta ocorreu sua primeira decisão e a ideia estendeu-se a França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias e assim espalhando-se por toda América do Norte ganhando a absorção no Direito Americano que a desenvolveu em grande escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é discutida e muito debatida devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados dos filhos, foi criado um comitê que desenvolve pesquisas sobre a guarda de menores, *Child Custody Committee*, tendo uma grande divulgação no país, pois é um dos modelos que mais crescem.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. A nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.¹⁴⁰

No Brasil, o instituto foi efetivado no ordenamento pátrio por meio da Lei 11.698/08. Neste diploma legal decidiu-se priorizar o compartilhamento da guarda, transformando a guarda exclusiva como exceção. Embora só tenha sido positivada por esta lei, a sua aplicação já era possível e lícita no Brasil com base no princípio da igualdade e na paternidade responsável reclamados pela Constituição Federal, na proteção integral do menor, determinada pelo ECA, e na discricionariedade do juiz em atender o melhor interesse do menor, conforme o novo Código Civil.

Maria Milano Silva esmiuçando a Lei 11.698/08 explica:

¹³⁹ DEVICHID, Jaqueline Rubellin. **Los derechos del niño y su familia em el derecho positivo francês. Derecho de Familia:** Revista Interdisciplinaria e Doctrina y Jurisprudência 4, pg. 81-103. Buenos Aires, 1990.

¹⁴⁰ BARBOSA, Gabriela Costa., MAIA, Jéssica Cristina. **Guarda Compartilhada.** São Caetano do Sul: CEETPS, 2015. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso Técnico em Serviços Jurídicos) – CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA, São Caetano do Sul, 2015, p. 21.

A Lei 11.698/08 permitiu uma mudança significativa no Código Civil brasileiro, instituindo e priorizando a guarda compartilhada como um sistema de corresponsabilidade dos pais no exercício da autoridade parental após a ruptura conjugal, visando atender a necessidade dos filhos de manter a estrutura familiar sem perder a referência dos pais, sendo assim, a guarda unilateral deixa de ter a preferência. Além disso, guarda passou a ser determinada a quem revelasse melhores condições para atendê-la, e garantiu ao genitor não guardião o direito de visitar os filhos e fiscalizar sua criação e educação. A lei também introduziu o dispositivo de natureza processual, que impôs ao juiz o dever de informar aos pais o significado da guarda compartilhada e da guarda unilateral, porém ressaltando a importância e a prioridade do compartilhamento, conforme artigo 1.584 § 1º e § 2º do CC.¹⁴¹

Apesar da inexistência de impedimentos para a sua aplicação, a guarda compartilhada era antes da Lei 11.698/08 uma exceção cuja regra era a exclusiva que priorizava a figura da mãe e que não raramente era confundida com a alternada.

Assim, a falta de previsão desta modalidade de guarda dava espaço para que muito doutrinadores criticassem sua aplicação. Gontijo, importante nome do Direito das Famílias no Brasil afirmava que:

A guarda compartilhada é prejudicial para os filhos, pois ela resulta em verdadeiras tragédias, uma vez que a sua prática transforma os filhos em ioiôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais.¹⁴²

Dizia ainda:

Este modelo resulta em grave prejuízo para os menores, pois perdem o referencial de lar, ficam perplexos no conflito das orientações diferenciadas dos pais e passam a ter uma vida escolar desordenada por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico.¹⁴³

Seguindo esta mesma lógica, Eliana Nazareth, asseverava:

Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe, ora com o pai em ambientes físicos diferentes, requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.¹⁴⁴

¹⁴¹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 4 ed. Leme: Mizuno, 2015, p.398

¹⁴² GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho**. COAD-ADV: Informativo Semanal 44, pg. 563-564. Rio de Janeiro, 1997.

¹⁴³ Ibid., op. cit. loc. cit.

¹⁴⁴ NAZARETH, Eliana Riberti. **Com quem fico, com papai ou mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao Direito da família**. In: Nazareth, Eliana Riberti; Motta, Maria Antonieta Pisano. **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de Estudos 1. São Paulo: Jurídica brasileira, 1997, p. 83

Analisando os textos acima, percebe-se que as críticas feitas à guarda compartilhada são de sobremaneira equivocadas, pois partiam do pressuposto de que a guarda compartilhada e a alternada eram os mesmos institutos. Essa confusão se explicava por uma quase total ausência de sua aplicação.

Conforme já explicamos no item 4.4.2 a guarda alternada consiste na designação da guarda dos filhos aos pais de maneira rotativa, e sob a sistemática do regime de visitação em que o tempo do convívio entre os pais com os filhos seja o mesmo. Como bem explica Berenice Dias:

(...) guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.¹⁴⁵

A guarda compartilhada diferente da alternada se caracteriza pela chance de os filhos serem criados com a assistência de ambos os pais mesmo após o fim do casamento. Desta forma, a separação seria um processo menos doloroso para a prole, pois os pais participam de forma conjunta e igualitária da vida dos filhos, tomando as decisões pertinentes quanto ao bem-estar, desenvolvimento e educação. Na aplicação da guarda compartilhada, os filhos não perdem sua referência material, pois terão residência fixa em que poderão desenvolver suas atividades do cotidiano de forma organizada e sistematizada.

Diante da nova orientação constitucional de poder familiar e da ideia de igualdade trazida também pela Carta Magna de 1988, nasceu a Lei 13.058, que solidificou a guarda compartilhada no Brasil, estabelecendo sua determinação mesmo em casos de litígio, proporcionando assim, a aplicação efetiva do poder familiar que afirma a necessidade de participação de ambos os pais na criação dos filhos, mantendo a autoridade parental mesmo após o fim do enlace matrimonial, e minimizando os efeitos negativos provocados nos filhos pelo divórcio.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual **de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 612.

Maria Berenice Dias ensina que:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativa aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividades, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.¹⁴⁶

5.2 Jurisprudências da guarda até a posituação da Lei n. 13.058/2014.

Conforme já explicado anteriormente, a guarda unilateral teve papel de destaque nas decisões judiciais durante muito tempo, ainda que não houvesse proibição da aplicação das outras modalidades de guarda. Ainda quando da existência da Lei 11.698/08, e o papel de regra da guarda compartilhada dada por este diploma legal, a existência da expressão “sempre que possível” presente no artigo 1.583 do Código Civil, instituído pela referida lei, era uma espécie de “brecha legislativa”, que fazia com que os juízes excluíssem a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada quando houvesse litígio entre os cônjuges pais.

Silvio Rogério em estudo do problema traz a seguinte reflexão:

Ocorre que o termo "*Sempre que possível*" causa grande confusão na interpretação dos magistrados para a definição da guarda. A maioria defende a tese de que é necessário haver harmonia entre o casal para determinar a Guarda Compartilhada, ora, se houvesse harmonia possivelmente não existiria separação.

Portanto, a parte interessada, geralmente a que esta com a guarda de fato do menor, cultiva o litígio para se beneficiar com a Guarda Unilateral, desta forma afastar o outro genitor do convívio saudável com seu filho, tornando-o apenas patrocinador e telespectador de sua vida, prova disso, é o elevado número de falsas denúncias de abuso e violência.

Ocorre que o termo "*Sempre que possível*" trata sobre a estrutura psicológica para cuidar do menor, razão exata da criação dos estudos psicossociais nas varas de família, quando os pais começaram a pleitear a

¹⁴⁶ Ibid., p. 525

guarda dos filhos, pois era necessário provar que a outra parte não tinha condições psicológicas de cuidar dos filhos, transformando as crianças em pombos da discórdia.¹⁴⁷

Interessante observar, que o afastamento deste tipo de guarda acontecia mesmo com o Superior Tribunal de Justiça decidindo e explicando o contrário, conforme observamos abaixo no Recurso Especial n. 1.428.596, RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cujo julgamento se deu em 25/06/2014, portanto antes da vigência da Lei 13.058/14.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.**

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido.

[...]

Talvez tenhamos que começar a olhar com mais atenção para os países de sangue frio, nos quais a guarda compartilhada é imposta independentemente da resistência ou contrariedade da concordância do outro genitor, no comum das vezes representado pela mãe, que vê no pai inimigo e coloca toda sorte de obstáculos para o estabelecimento de uma custódia repartida da prole. A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda responsável em um

¹⁴⁷ ROGÉRIO. Silva. **Guarda Compartilhada PLC 117/13.** Disponível em:< <https://silviorogério.jusbrasil.com.br/artigos/153073912/guarda-compartilhada-plc-117-13>>. Acesso em: 16 de set 2016.

direito fundamental dos filhos menores e incapazes, que não pode ficar ao livre, insano e injustificado arbítrio de pais disfuncionais. A súbita e indesejada perda do convívio com os filhos não pode depender exclusivamente da decisão ou do conforto psicológico do genitor guardião, deslembado-se que qualquer modalidade de guarda tem como escopo o interesse dos filhos e não o conforto ou a satisfação de um dos pais que fica com este poderoso poder de veto.

[...]

Forte em tais razões, **DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão, considerar possível a implementação da guarda compartilhada, mesmo na ausência de consenso entre os pais** (grifo nosso).¹⁴⁸

Em 2011 um importante julgado também sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, deu publicidade ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. O caso em comento é o Recurso Especial 1251000 MG, publicado em 31/08/2015, reproduzido abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. **A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interessado filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.** 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.** 6. **A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.** 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite

¹⁴⁸ STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014 Disponível em :< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>> Acesso em: 25 de set. 2016

que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido (grifo nosso).¹⁴⁹

Ainda assim, diante da orientação do STJ havia resistências na aplicação da guarda compartilhada. Em destaques abaixo, alguns julgados que reforçava a idéia de não aplicação do instituto, quando não houvesse consenso do casal sobre a guarda dos filhos.

1) TJ/SC, AGRAVO DE INSTRUMENTO, Nº 2012.090695-0, RELATOR DES. MONTEIRO ROCHA, julgado em 23/05/2013
DIREITO CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DEFERIMENTO PROVISÓRIO DA GUARDA E ALIMENTOS - INCONFORMISMO DO GENITOR - 1) PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS GENITORES - 2) REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE PROVA - DECISÃO MANTIDA - PROVIMENTO NEGADO. **1. Inexistindo entre os genitores o consenso necessário ao exercício conjunto da guarda do filho, inviável é o deferimento liminar de guarda compartilhada.** 2. Ausente a prova de impossibilidade financeira do agravante e presumida a necessidade da alimentada, resta inexitosa a redução alimentar. (grifo nosso).

2) TJ/RS, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70008775827, RELATOR DES. RUI PORTANOVA, julgado em 13/08/2004
AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores.

[...]

Contudo, a guarda compartilhada requer a concordância de ambos os pais. Havendo divergência ou belicosidade entre os pais, não cabe compartilhar a guarda da criança. (grifo nosso)

3) TJ/RJ, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007280-29.2010.8.19.0208, RELATORA DES. PATRICIA SERRA VIEIRA, julgado em 16/04/2014
APELAÇÃO CÍVEL. Ação de guarda e regulamentação de visita ajuizada pelo apelado contra a apelante. [...] **Correta a sentença de primeiro grau ao indeferir o pedido de fixação de guarda compartilhada, eis que inviável tal modalidade ante a grande animosidade ainda existente entre as partes.** [...]. Visitação fixada de forma gradual que atende ao

¹⁴⁹ STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acessado em: 25 de set. 2016.

melhor interesse da criança, que somente se beneficiará do maior convívio com o pai e sua família, valendo destacar que os estudos psicológicos apontam a necessidade de impedir-se a alienação parental intentada pela ré. [...] RECURSO DO AUTOR A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO tão somente para determinar o rateio das despesas processuais e compensação dos honorários advocatícios, NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. (grifo nosso)

Importante ressaltar os dados apresentados por Zamariola, Camargo e Oliveira na Revista Nacional de Direito Da Família e Sucessões. Segundo estes pesquisadores no ano de 2012 87,10% das guardas eram concedidos de forma unilateral às mães e 5,38% aos pais. No concernente a compartilhada, sua aplicação estava restrita a 5,95% dos casos de separação, ainda que a Lei 11.698/08 preconizasse ser a regra da qual a unilateral era exceção¹⁵⁰.

Assim, nesse cenário de hostilidade sobreveio a necessidade de se criar um diploma legislativo que entronizasse na legislação civil a orientação constitucional da igualdade entre os cônjuges e do princípio internacional do melhor interesse da criança. Desta forma em 2013 o Deputado Federal Arnaldo Faria Sá propôs o Projeto de Lei n. 117 (*ipsis litteris*, abaixo) que mais tarde, deu origem a Lei 13.058/2014.

EMENTA:

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.

EXPLICAÇÃO DA EMENTA:

Estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação; altera a Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil, para que na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos 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; dispõe que na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos; determina que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. 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; fixa que 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; para

¹⁵⁰ ZEMARIOLA, Aldrin Teubl Sancher; CAMARGO, Daniela Romano Tavares e OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. Análise da Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada e as Repercussões nas Famílias Brasileiras: a Lei nº 13.058/2014, Porto Alegre: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. 2015, vol. 4, jan./fev.

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; 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; se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade; 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; dispõe que 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; determina que 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.¹⁵¹

5.3 A Lei 13.058/2014.

A Lei 13.058 /14 alterou o artigo 1.583 do Código Civil, dando-lhe a seguinte redação:

Artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º 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);

¹⁵¹ Projeto de Lei da Câmara n. 117 de 2013. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115668>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

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.

§ 4º (Vedado).

§ 5º A guarda unilateral obriga pai ou 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 dos filhos.

Esta nova lei causou bastantes divergências, pois determina a aplicação da guarda compartilhada mesmo quando existir litígio.

Rodrigo Cunha Pereira ao defendê-la esclarece que:

A lei beneficia os filhos, pois criar filhos com responsabilidade não é nada simples, nem mesmo quando os pais vivem juntos ou se entendem. Esta lei vem exatamente para os pais que não conseguem conversar entre si. Para os que dialogam, obviamente, não precisa de lei alguma. A lei externa (jurídica) é para colocar limites e estabelecer parâmetros para quem não os tem internamente. Neste caso a lei vem “barrar o gozo” dos pais, que muitas vezes usam os filhos como moeda de troca do fim da conjugalidade, e fazem disto um jogo de poder. Mas é claro que a aplicação da medida dependerá de muita cautela do juiz, pois ele observará o melhor interesse dos filhos, pois aplicar a medida aos pais que permanecem em situação de conflito poderá aumentar ainda mais os problemas e os conflitos, ocasionando traumas e provocando prejuízos ao filho.¹⁵²

Em análise do artigo 1.583 do Código Civil, alterado pela referida lei depreende-se do seu *caput* que a guarda unilateral e a guarda compartilhada se caracterizam por ser uma opção de proteção aos filhos após o término da relação conjugal. Conforme a primeira parte do §1º do supracitado artigo, tem-se a definição da guarda unilateral, a qual será incumbida a um dos pais ou alguém que substitua que pode ser um terceiro que não detenha sobre a criança o poder familiar. Nesta modalidade de guarda, apenas uma pessoa detém a guarda, enquanto a outra possui o direito da visitação regulamentada.

A segunda parte também do parágrafo 1º traz a guarda compartilhada como um modelo baseado na corresponsabilidade dos pais quando do exercício do poder familiar após o fim da convivência conjugal, almejando atender a necessidade do filho em ter a referência dos pais e a manutenção da estrutura familiar. Interessante

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Artigo publicado na revista eletrônica O Globo sob o título: Em benefício dos filhos. Publicado em: 29 de dezembro de 2.014. Disponível em:< <http://oglobo.globo.com/opiniaio/em-beneficio-dos-filhos-14917584>>. Acesso em: 25 de set. 2015.

ressaltar, que embora o *caput* do artigo 1.583 traga em seu bojo os modelos de guarda alternada e compartilhada, não se exclui uma eventual aplicação de outros modelos. Isto dependerá da análise do caso concreto em que o juiz deverá observar o melhor interesse da criança.

Pelo § 1º do artigo 1.584 infere-se que o juiz deverá na audiência de conciliação, explicar aos pais o significado da guarda compartilhada, sua importância, a similitude dos deveres e direitos que competem aos pais e as sanções pelo seu descumprimento. Ressalta-se, portanto, neste dispositivo a importância de que os laços afetivos permaneçam.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Não havendo acordo entre os pais sobre a guarda, infere-se do § 2º do artigo 1.584, que a eventual aplicação da guarda unilateral só será determinada a um dos genitores, quando houver declaração por parte do outro do não desejo da guarda, ou se ambos os genitores concordarem com a guarda unilateral. Nestes casos específicos, o magistrado pode não determinar o compartilhamento da guarda. Porém, se apenas um dos genitores não concordar com a guarda compartilhada, o juiz pode determiná-la de ofício ou a requerimento do *parquet*.

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Esta orientação foi fruto das inovações trazidas pela lei 13.058 de 2014. Anteriormente, a recomendação legal era aplicação da guarda compartilhada “sempre que possível”, quando não houvesse consenso entre os pais, conforme se depreende da antiga redação do § 2º do artigo 1.584 do CC.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Segundo José Fernando Simão, embora a nova redação do artigo tenha abolido a expressão “sempre que possível”, a aplicação da guarda compartilhada não será necessariamente obrigatória. Para este autor:

[...] no caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: 'em que pese a determinação do CC de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional'. A lei não é, por si, a solução do problema como parecem preconizar os defensores do PL 117/03. A mudança real é que o Magistrado, a partir da nova redação de lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais¹⁵³.

O TJ- RG também tem esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. Para a instituição da guarda compartilhada mostra-se necessária a existência de consenso entre os genitores, o que não se verifica no caso dos autos. Apelação desprovida.¹⁵⁴

Percebe-se assim, que na determinação da guarda, independente da obrigatoriedade da lei, deverá prevalecer o interesse do menor, minimizando desta forma, os malefícios trazidos pela ruptura da sociedade conjugal.

O § 3º do artigo 1.584 preconiza o poder do juiz para, de ofício ou requerimento do MP, buscar em trabalho técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar amparo à sua decisão. Munido, portanto, desses elementos multidisciplinares, magistrado aplicará a guarda compartilhada, definindo as atribuições dos pais e o *quantum* de tempo que cada um deverá permanecer com o filho. Embora não haja previsão legal, estes procedimentos também são aconselháveis quando o juiz optar pelo modelo de guarda unilateral.

§ 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

¹⁵³ SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Publicado em 28 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

¹⁵⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70064016876 RS. Oitava Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 07/05/2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204424001/apelacao-civel-ac-70062975545-rs> > Acesso em: 25 de set. 2016

divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

O § 4º do artigo 1.584 do Código Civil traz a previsão da obrigatoriedade de o juiz na audiência de conciliação informar as partes sobre a aplicação de sanções que lhe serão impostas caso os mesmos descumpram algumas de suas atribuições, deixando claro, portanto, a necessidade da estrita observância e obediência ao que foi homologado ou imposto.

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Infere-se da inteligência do § 5º do artigo 1.584, que sempre que o magistrado verificar a impossibilidade de os filhos permanecerem sob a guarda do pai ou da mãe, poderá atribuí-la a terceira pessoa que considerar apta. Porém tal decisão não está somente ao seu alvedrio, pois a lei determina que a pessoa escolhida para essa incumbência deva preferencialmente ser um parente ou manter algum grau de afinidade afetiva. Grisard lembra que:

Tanto na guarda unilateral quanto na guarda compartilhada, o terceiro poderá dividir as responsabilidades com o pai ou a mãe do menor, como entre um dos pais e os avós, um avô materno e uma avó paterna, entre ambos os avós paternos e os avós maternos, um dos pais e um parente ligado ao menor por laços de afinidade e afetividade, um dos pais e seu companheiro. A *ratio* do instituto é ampliar a proteção dos interesses dos filhos¹⁵⁵.

O § 6º do artigo 1.584 estabelece a obrigação dos estabelecimentos privados ou públicos a prestarem informações para ambos os pais sobre os filhos, sob multa diária de R\$ 200,00 a R\$ 500,00.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

A Lei 13.028/14 também modificou o artigo 1.585 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

¹⁵⁵ GRISARD, Filho. Op. cit, p. 207.

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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

5.4 Efeitos da guarda compartilhada

A guarda compartilhada em sua essência tem como característica principal a finalidade de manter os laços entre pais e filhos, por meio da manutenção do exercício do poder familiar mesmo após o fim do convívio conjugal. Conrado Rosa esclarece que:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o filho), e de garantir o melhor interesse do filho, especialmente as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação quer do ponto de vista jurídico, quer do psicológico, enfatizam essas duas considerações. De um lado, revalorizam o papel da paternidade; por outro, trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o infante ou adolescente, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.¹⁵⁶

Nesse mesmo sentido Maria Berenice Dias reconhece a importância da guarda compartilhada e explica que:

O fato de o legislador acreditar que a convivência com os dois pais é muito mais saudável que apenas um visitante na vida da criança, foi escolhida como a modalidade regra. Isso se dá justamente porque o compartilhamento deixou de depender da relação harmônica dos pais. As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda.¹⁵⁷

O primeiro efeito prático a se estudar é sobre a residência do menor, pois um domicílio fixo serve como referencial, onde o mesmo deverá desenvolver suas atividades habituais. Guilherme Gonçalves Strenger ressalta que, “a fixação da

¹⁵⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.72

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. Op.cit, p.528.

residência do menor proporciona a estabilidade que o direito deseja para o filho e não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo¹⁵⁸”

O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza em seu artigo 147, I que a residência do menor será o foro do domicílio de quem exerce a guarda material.

Conforme já explicitado neste trabalho, os critérios para a determinação da guarda serão estabelecidos de maneira a atender o melhor interesse do menor, e que, portanto, ficará a cargo de juiz auxiliado por sua equipe multidisciplinar escolher qual dos pais tem as melhores condições para permanecer com a guarda.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LEI Nº 13.058/2014. REGRA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. I - De acordo com a Lei nº 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, a guarda compartilhada dos filhos é regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça; II- Na espécie, não há elementos que afastem a possibilidade da incidência da guarda compartilhada. Na verdade, verifica-se que os genitores moram na mesma cidade (São Luis/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores; III- O Estudo Social indica a competência de ambos os genitores para dividirem o cuidado e criação de seus filhos, apontando a guarda compartilhada como medida mais proveitosa para os maiores interessados, as crianças, que hoje contam com 05 (cinco) e 03 (três) anos de idade; Apelo parcialmente provido.¹⁵⁹

A visitação do genitor não-guardião se dará no local onde o menor habita de forma livre e sem restrições. Importante ressaltar, que este termo visitação não é adequado para a guarda compartilhada, pois neste modelo de guarda os filhos podem ficar com cada um dos pais pelo período que julgar necessário conforme o que foi determinado quando da aplicação do instituto. Melhor que se fale convivência no lugar de visita.

¹⁵⁸ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006., p. 71.

¹⁵⁹ Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível Nº 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001 MA. Segunda Câmara Cível. Relator: JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO Data de Julgamento: 10/03/2015. Data de Publicação: 11/03/2015. Disponível em: < www.mpsp.mp.br/porta/Civel_Geral/Guarda%20compartilh.docx > Acesso em: 25 de set. 2016.

O artigo 1.583 do Código civil diz em se § 3º que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

Sobre este parágrafo Maria celeste santos traz a seguinte reflexão:

Quanto à "cidade base de moradia" há bastante receio que as decisões continuem a dar preferência às mães. Embora a guarda compartilhada não tenha a ver com a tutela física, mas sim jurídica, o ideal é que as cidades base de moradias fossem definidas efetivamente com critérios sérios e não eivados do mito materno - sempre observando o melhor interesse da criança e proteção integral. Mas é certo que é muito melhor que a guarda unilateral. Isso porque, agora será estabelecido regime de convivência (e não de visitas) que implicará no poder-dever de ter suas atividades regulamentadas com fixação detalhada de suas responsabilidades, tais como levar o filho na aula de inglês e ao médico, frequentar reuniões escolares e almoçar ou jantar com regularidade com o filho.¹⁶⁰

A autora entende ainda que a guarda compartilhada não pode ser entendida como a “divisão da semana entre um e outro pai; isso seria perpetuar a guarda alternada¹⁶¹”. E que:

Jamais se poderá implicar na imposição ao menor de constante adaptação de sua rotina, em decorrência da alternância constante de residências, por se tratar de sobrecarga contrária aos seus interesses e preservação de sua identidade. Assim, não se confunde "convivência equilibrada" com "convivência dividida"; a previsão busca apenas reduzir a diferença entre a presença do pai que com a inexistência da Lei n. 13.048/2014 certamente seria enorme entre o não guardião e a que seria guardiã (e coloca-se nos respectivos gêneros masculinos e femininos pois era assim em 90% dos casos).¹⁶²

Outro efeito da guarda compartilhada é possibilidade de os pais decidirem de forma mútua a respeito da condução do programa geral de educação dos filhos, bem como seu desenvolvimento físico e psíquico. A obrigação de educar não está somente relacionada ao plano pedagógico escolar, mas também na assistência moral e material que os pais prestam à prole. Desta forma, o dever de educação na guarda compartilhada é uma obrigação de ambos os pais, haja vista, que o exercício do poder familiar pelo novo viés constitucional depende de constante acordo.

¹⁶⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Promotora) **Guarda compartilhada não é o mesmo que alternância de residências**. Disponível em: <2015 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/mp-debate-guarda-compartilhada-nao-mesmo-alternancia-residencias>>. Acesso em 21 de set. de 2016.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

Um importante efeito a considerar, é o concernente aos alimentos parentais, que são impostos tanto na lei civilista pelos artigos 1.696 pelo artigo 22 do ECA quanto no âmbito constitucional por meio artigo 229 da Constituição Federal que diz que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Luiz Edson Fachin ensina que:

O termo alimentos não se esgota no sentido físico quando tomado na acepção jurídica. No ordenamento jurídico, compreendem universo de prestações de cunho assistencial que, evidentemente, tem conteúdo mais elástico no plano do direito que na percepção coloquial.¹⁶³

Araken de Assis comentando sobre alimentos traz a seguinte reflexão:

É bem conhecida a advertência de Pontes de Miranda, reproduzindo em quase toda parte, de que a palavra alimento, conforme a melhor acepção técnica, e, conseqüentemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e às despesas de criação e educação. Ensino análogo se encontra nas fontes do direito luso-brasileiro. Hoje em dia, ao catálogo mencionado se acrescenta o lazer, fator essencial ao desenvolvimento equilibrado e a sobrevivência sadia da pessoa humana¹⁶⁴.

Nesse mesmo sentido explica Cristiano Chaves Farias:

Percebe-se, assim, que, juridicamente, a expressão alimentos tem sentido evidentemente amplo, abrangendo mais do que alimentação. Cuida-se de expressão plurívoca, não unívoca, designando diferentes medidas e possibilidades. De um lado, o vocábulo significa a própria obrigação de sustento de outra pessoa. A outro giro, com a expressão alimentos, designa-se também o próprio conteúdo da obrigação. Ou seja, sob a referida expressão estão envolvidos todo o qualquer bem necessário preservação da dignidade humana, como habitação, saúde, a assistência médica, a educação, a moradia, o vestuário e, é claro, também cultura e o lazer.¹⁶⁵

Assim, conforme explica Eduardo de Oliveira Leite:

¹⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. In: LIRA, Ricardo Lima (coord.). Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.268.

¹⁶⁴ ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão civil do devedor**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1985, p.189

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Prospecções no direito das famílias: aventando hipóteses**. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira. (coord.). Família e sucessões: sob um olhar prático. Porto Alegre. IBDFAM, Letra & Vida, 2013, p.485

A pensão alimentícia vai além de dar só a educação aos filhos, como muitos pais entendem, ela abrange uma ampla assistência aos menores oriundos do divórcio, pois, se antes da ruptura conjugal os pais contribuíam na proporção dos seus ganhos para o sustento, guarda e educação ao filho, o mesmo deve ocorrer após a separação. Isso por ser uma obrigação primária, natural mesma do homem, persistindo ainda quando os filhos são entregues a terceiros, conforme o art. 33 do ECA.¹⁶⁶

Quanto às características dos alimentos, esclarece Maria Berenice Dias:

a) Direitos personalíssimos, pois não podem ser transferidos a outrem, já que tem correlação com o *status* de vida da pessoa. Assim sendo, não podem ser objeto de cessão e, no geral, não se sujeitam à compensação; b) Solidariedade, como o legislador é silente e a solidariedade não se presume, incumbiu-se a doutrina de afirmar que é subsidiário e de caráter complementar. Entretanto, o Estatuto do Idoso dispôs contrariamente, e como se trata igualmente os iguais (e criança e adolescente são dependentes e por isso comparáveis aos idosos), é indiscutível a qualidade de serem solidários, embora continue se entendendo que "a quantificação de tal dever está condicionada ao princípio da proporcionalidade"; c) Reciprocidade, e é daí que diz-se que se "hoje és alimentado, amanhã poderás ter que alimentar". Lembra-se que deve sempre respeitar um critério ético, pois, por exemplo, o pai que negou assistência ao filho, não poderá, mais tarde, cobrar alimentos dele; d) Proximidade, em que define-se a ordem de preferência (art. 1.696 do Código Civil); e) Alternatividade, em que a regra é que são pagos em pecúnia, mas nada impede que sejam pagos *in natura*, com a hospedagem e o sustento, por exemplo; f) Periodicidade, a qual define que, em regra, o pagamento de alimentos se estende no tempo (durante a necessidade), é indispensável que se defina de quanto em quanto tempo deverão ser pagos os alimentos - o mais comum é mensal (já que é assim que a maioria da população costuma receber de seus labores); g) Anterioridade, como trata-se principalmente de garantia da subsistência, o vencimento é antecipado. Assim, "fixados os alimentos e não pagos imediatamente, possível o uso da via executória, mesmo antes de vencido o período da obrigação, pois já existe mora e a obrigação tornou-se exigível."; h) Atualidade, a qual define que não pode a inflação ser causa prejudicial da subsistência. O mecanismo mais eficiente para manter-se a atualidade dos valores é delimitar alimentos por percentual; i) Inalienabilidade, determinando que "o direito alimentar não pode ser transacionado, sob pena de prejudicar a subsistência"; j) Irrepetibilidade, como trata-se de verba destinada a subsistência é impossível que queira sua devolução. É um dos princípios mais importantes relativos aos alimentos, assim "a redução ou a extinção do encargo alimentar dispõe sempre de eficácia *ex nunc*" e k) Irrenunciabilidade, especificamente dos alimentos tratados nesse monografia, do vínculo parental.¹⁶⁷

O Código Civil não possui um artigo que defina obrigação alimentar, porém tomando como referência à análise dos artigos 1.568 e 1.579 deste diploma legal, infere-se que os pais têm a obrigação de contribuir, na proporção de seus bens e

¹⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed., ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 116

¹⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. Op.cit, p.528.

ganhos para o sustento da família e educação dos filhos¹⁶⁸. Este dever decorre do casamento e não finda com a separação.

O art. 1.694, §1º do Código Civil quantifica subjetivamente a obrigação alimentar ao afirmar que "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada". E esse é o binômio instituído pela lei. Entretanto, a doutrina mais especializada fala em trinômio, a exemplo de Paulo Lôbo:

A doutrina e diversas decisões dos tribunais acrescentaram terceiro requisito, que estabeleça um balanceamento equilibrado entre os dois requisitos tradicionais, ou seja, o da razoabilidade. Esse terceiro requisito é procedimental, pois submete ao seu crivo os dois outros. Alguns o denominam de proporcionalidade, com o mesmo propósito. Esses termos foram apropriados do desenvolvimento dos equivalentes princípios do direito constitucional, com larga aplicação pelo Supremo Tribunal Federal nesse campo. Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a "na proporção das necessidades". A proporção não é mera operação matemática, pois tanto o credor quanto o devedor de alimentos devem ter assegurada a possibilidade de "viver de modo compatível com a sua condição social" (art. 1.694). A razoabilidade está na fundamentação, por exemplo, da natureza complementar da obrigação alimentar dos avós, a saber, é razoável que estes apenas complementem os alimentos devidos pelos pais, quando estes não puderem provê-los integralmente, sem sacrifício de sua própria subsistência. Não é razoável que os avós sejam obrigados a pagar completamente os alimentos a seus netos, ainda quando tenham melhores condições financeiras que os pais.¹⁶⁹

É de bom alvitre ressaltar, que quando a lei fala "na proporção dos seus bens", não significa que será uma igualdade de valor na contribuição econômica, mas que podem contribuir de diversas maneiras, em que ambos concorrem para a sobrevivência do menor da forma que podem e no que podem.

A guarda compartilhada, como meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca, neste caso, é verdadeira, pois "Quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão."¹⁷⁰

AZAMBUJA, LARRATÉA e FILIPOUSKI escrevem que no Brasil:

¹⁶⁸ GRISARD FILHO, Op.cit, p.221.

¹⁶⁹ LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Do poder familiar**. In: Dias, Maria Berenice et al. Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.415

¹⁷⁰ LEITE, op.cit. p.118.

A legislação é bastante flexível, podendo ser ajustadas combinações diferentes que incluam a divisão de compromissos, como pagamento das despesas de educação, saúde, lazer, vestuário. Possível também o pagamento da pensão *in natura*. Neste caso, o devedor de alimentos, ao invés de fornecer um valor mensal, contribui com hospedagem e alimentação, por exemplo, (art. 1.701 Código Civil). Cabível, ainda, o pagamento da prestação alimentícia com uma parte *in natura* e a outra parte em dinheiro, para custeio das despesas em geral.¹⁷¹

Destarte, também na guarda compartilhada existe a necessidade de os genitores contribuírem com a educação e desenvolvimento da prole, e em especial o genitor que não permaneceu com a guarda física, pois embora as decisões sejam tomadas em comum acordo, apenas um dos pais possuirá a guarda física do filho, portanto, ele deve fazer valer sua contribuição educacional da mesma maneira que faria caso a guarda fosse unilateral.

Outrossim, o não cumprimento das obrigações alimentícias na guarda compartilhada geram também punições. Conforme nos explica Grisard:

Impõe o § 1º do artigo 1.584 do Código Civil, como dever do juiz, de informar pai e mãe, não só o significado da guarda compartilhada, sua importância para os filhos, mas também a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores, bem assim as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Se o descumprimento se verificar na satisfação da obrigação alimentar, o inadimplente poderá sofrer execução até com a possibilidade de ver sua prisão decretada, além de outras medidas como a inscrição de seu nome no cadastro de devedores de pensão alimentícia, em empresas de proteção ao crédito como SERASA e SPC, a exemplo do Provimento nº 52 do TJ-MS ou ser levada a protesto a sentença que disciplinou a questão, medidas previstas no Projeto de novo Código de Processo Civil. Está nos poderes do juiz a modalidade e a extensão da punição ao genitor inadimplente.¹⁷²

Por fim, tem-se como outro efeito da guarda compartilhada o referente à responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. Sendo a guarda compartilhada entre os pais, estes também serão responsáveis solidariamente pelas atitudes dos filhos, haja vista, que ambos participam de forma ativa e direta da

¹⁷¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay, LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda Compartilhada: A Justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe?** Revista JurisPlenum. Porto Alegre: Ed. Plenum Ano VI, nº 31, 2010, p.20 et seq.

¹⁷² IBDFAM, Assessoria de comunicação. Publicado na revista eletrônica IBDFAM sob o título: Entrevista: **guarda compartilhada e obrigação alimentar**. Publicado em: 07 de Agosto de 2.013. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+ccompartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimenta> >. Acesso em 26 de set. 2016

educação da prole. Sobrevindo o dano, igualmente vem a responsabilidade conjunta dos pais no reparo.

5.5 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada possui vantagens e desvantagens como qualquer modelo de guarda.

Sem dúvidas, a principal vantagem do modelo de guarda compartilhada é a igualdade jurídica de ambos os genitores, o que lhes garante a chance de exercer conjuntamente e simultaneamente todos os direitos e obrigações concernentes à pessoa dos filhos. Desta forma, há um entendimento entre os pais, que mesmo após a ruptura da convivência conjugal e efetiva separação dão continuidade às suas relações com os filhos, de forma similar de quando conviviam maritalmente. Assim, se reduz a exposição dos filhos aos conflitos da separação.

Com bem explica Paulo Amaral:

Conviver com os filhos apenas em fins de semana alternados, às vezes acrescido de mais um dia durante a semana, é muito pouco para uma convivência saudável, de qualidade, entre uma criança e qualquer dos seus genitores. Os juízes, ao assegurarem um “direito de visitas”, produzem também uma “proibição de convívio” em todo o tempo fora daquele horário fixado para as visitas. Nas famílias com divisão tradicional de papéis, que hoje são minoria, ou para os pais ou mães que já eram ausentes ou pouco participativos, essa proibição geralmente não causa grande sofrimento. Dificilmente enveredam por uma sofrida e onerosa disputa de guarda na Justiça.¹⁷³

Possibilita ainda, uma maior correlação entre o pai que não possui a guarda física com filho, uma vez que o sistema de visitação, ou convivência como chama a nova doutrina¹⁷⁴, não é restrito como na guarda unilateral.

A guarda compartilhada reafirma ainda, a igualdade parental trazida pela Carta Magna de 1988, além de elevar o princípio do melhor interesse da criança como cerne para as relações entre pais e filhos e o Estado. Como beme explica Grisard:

Nesse novo paradigma, pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça,

¹⁷³ AMARAL, Paulo André. **Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil** - uma análise das interpretações da lei. Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões, 2012, p.43.

¹⁷⁴ Cf. nota 157.

aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.¹⁷⁵

Conforme já citado anteriormente, a guarda compartilhada é fundamental para combater o fenômeno da alienação parental, pois ambos os genitores estarão presentes na vida do filho e isto minimiza o espaço para que aconteça este crime.

Esta vantagem de combater a alienação parental por meio da guarda compartilhada é tema central deste trabalho monográfico e será discutido em capítulo próprio.

Como ocorre na outras modalidades de guarda, a compartilhada também tem seus pontos negativos, pois toda relação familiar está sujeita a problemas que lhes são próprios. Isto se dá principalmente pelo fato de cada família ter uma estrutura particular, que nem sempre se adapta a determinado modelo de guarda, em especial aquelas cuja separação causa rugas profundas entre os ex-cônjuges o que lhes deixam em permanente estado de conflito.

Outro problema é a inexistência de dias e horários programados para visita, pois neste modelo de guarda os pais são livres para verem seus filhos a qualquer momento o que muitas vezes causa excessivo contato entre os ex-cônjuges e acarreta no filho uma ilusão de possível volta do convívio marital.

¹⁷⁵ GRISARD, Filho. Op.cit, p. 234.

6 ALIENAÇÃO PARENTAL

6.1 Origem

A alienação parental em sua gênese está relacionada à intensificação dos laços de convivência familiar que acaba gerando uma maior aproximação dos pais com o filho, o que maximiza as rugas causadas pela separação, haja vista, que diante da ruptura dos laços maritais, os genitores passam em muitos casos a “duelar” pela guarda dos filhos. Este comportamento até pouco tempo atrás era inimaginável, uma vez que a guarda do menor era naturalmente entregue a mãe e ao pai restava apenas o direito de visitas em horários pré-fixados.

Esses encontros impostos de modo obrigatório tornam a relação entre os ex-cônjuges ainda mais fria do que o habitual e não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, causando ainda mais atritos. Como bem assevera Arlene Mara de Sousa Dias:

Com o enfraquecimento dos elos da afetividade, ocorre o distanciamento, tornando, as visitas esporádicas, podendo os encontros acabarem se tornando uma obrigação para o pai e, na maioria das vezes, um suplício para o filho. Além disso, o rompimento da relação conjugal pode gerar no genitor, normalmente naquele que detém a custódia, sentimentos de traição, de desejo de vingança, de abandono, de rejeição, de perda, inconformismo, etc, passado inclusive a utilizar o filho como “moeda de troca”, o progenitor alienante chantageia o outro, em nome do convívio com o filho.¹⁷⁶

Neste sentido, o genitor que não consegue encarar adequadamente o fim da relação conjugal inicia um processo de destruição, desmoralização e arruíno da imagem do ex-cônjuge, movido na maioria das vezes por ódio ou vingança, o que o leva a utilizar a criança como meio para externar esse ódio.

Dessa forma, o genitor que gera a alienação imputa na mente do filho falsas acusações na intenção de fazer com que nasça na criança o ódio e repulsa em relação ao outro pai. Este comportamento pode ser reforçado pela ajuda dos avós, tios ou terceiros que muitas vezes também estão sendo usados pelo genitor alienante.

¹⁷⁶ DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Alienação parental e o papel do judiciário**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº 321, p. 46, jun. 2010.

Priscila Corrêa da Fonseca analisa a alienação parental em estudo sobre o tema. Para esta advogada:

Embora o objetivo da alienação seja sempre o mesmo - banir o outro genitor da vida do filho –, os motivos que levam o genitor alienante a praticar tal ato são os mais diversos. Às vezes tem por fundamento o próprio ato da separação ou então ao fato que determinou esse acontecimento, principalmente quando está ligado a ato de adultério e quando o ex-cônjuge prossegue a relação com o parceiro da relação extramatrimonial, provocando sentimentos de retaliação ao ex-cônjuge abandonado que busca, então, vingar-se utilizando os filhos para isso; outras vezes, por ter a guarda unilateral dos filhos, movido por sentimento de egoísmo, não quer dividir o amor destes com o outro genitor ou com as pessoas que, porventura, constituam a sua nova família; outras vezes, o alienador age motivado por sentimentos de solidão, por estar em estágio depressivo ou, simplesmente por não confiar na capacidade de cuidado do outro genitor em relação aos filhos.¹⁷⁷

6.2 Conceito

O conceito legal da alienação parental é trazido pelo artigo 2º da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, no qual preconiza:

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.

Interessante é a lição de Jorge Trindade ao afirmar que:

O conceito é bastante simples: é transtorno psicológico, caracterizado pela existência de duas figuras: o genitor alienador e o genitor alienado. O primeiro tenta por meio de diversas táticas dissimuladas obstaculizar e até destruir a relação da criança com o outro cônjuge, não existindo motivos reais para tanto. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.¹⁷⁸

A Síndrome foi originalmente definida nos Estados Unidos pelo psiquiatra Richard Gardner e levada para a Europa por François Podevyn em 2001, despertando interesses nas áreas de direito e psicologia. A psicologia se interessa

¹⁷⁷ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 04 de out. 2014.

¹⁷⁸ TRINDADE, Jorge. **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. Maria Berenice Dias, coordenação - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 102

pela gama de sentimentos e fenômenos envolvidos no processo de separação e conseqüente condução da vida dos filhos.

Na alienação parental o ex-cônjuge, em geral o detentor da guarda, usa de artimanhas psicológicas para afastar o filho do outro genitor. Isto se dá na maioria dos casos devido a um término conturbado do relacionamento marital, o que acaba tomando proporções indesejadas e muitas vezes maléficas para a vida dos envolvidos. Maria Berenice Dias tratando do assunto reflete que:

Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal.¹⁷⁹

Assevera ainda:

[...] que os resultados são viciosos, apresentando tendências antissociais, violentas, criminosas, quadro de depressão, suicídio e "na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.¹⁸⁰

As ações exercidas pelo alienador são muitas e costumam usar todos os níveis da psicologia, formando um conjunto de elementos e estratégias que convergem para um único objetivo, o de desmoralizar o ex-cônjuge para o filho. Assim usa-se de diversos mecanismos como a implantação de falsas memórias e o constante massacre da personalidade para fazer a criança acreditar que seu outro pai (ou mãe) é uma pessoa cruel que o abandonou.

Jorge Trindade em profundo estudo sobre o tema traz uma lista de atitudes que geralmente são tomadas pelo alienador. São:

- 1) apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
- 2) interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
- 3) desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
- 4) desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
- 5) recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.);
- 6) falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor;
- 7) impedir visitaçãõ;

¹⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.528.

¹⁸⁰ Ibid., p.530

- 8) “esquecer” de transmitir avisos importantes/compromissos (médicos, escolares, etc.);
- 9) envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
- 10) tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro;
- 11) trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;
- 12) impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;
- 13) sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas;
- 14) alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para os filhos;
- 15) falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las;
- 16) ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
- 17) culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos;
- 18) ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro.
- 19) obstrução a todo contato;
- 20) falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual;
- 21) deterioração da relação após a separação;
- 22) reação de medo da parte dos filhos.¹⁸¹

Ele nos esclarece, ainda, que os comportamentos são variáveis a depender do caso e que inexistem elementos objetivos que caracterize o alienador, mas que existem algumas características que estão presentes na maioria dos casos em que se verifica a alienação parental. Por exemplo, temos: a) dependência; b) baixa auto-estima; c) prática de não respeitar regras; d) ataque frequente às decisões judiciais; e) litigar a fim de não terminar todas as relações com o outro cônjuge em forma de negação; f) sedução; g) manipulação; h) dominância; i) imposição; j) queixumes; k) histórias de desamparo ou de vitórias afetivas; l) resistência a ser analisado; m) resistência recusa ou falso interesse pelo tratamento.¹⁸²

Na alienação parental o cônjuge alienado é submetido a um imenso sofrimento, pois é constantemente desmoralizado e tem sua imagem agredida e ainda em muitos casos se ver afastado de seus filhos. Da mesma forma, sofre o filho, pois é refém de um plano de ódio que o obriga a viver em um mundo de mentiras, pressões e brigas. Como bem ensina Perissini da Silva:

O pai ou mãe acometido pela AP não consegue viver sem a criança, tampouco admite a possibilidade de que o menor queira manter contatos com outras pessoas a não ser com ele/ela. Para tanto, utiliza-se de manipulações emocionais, sintomas físicos, isolamento da criança de outras pessoas, com o intuito de incutir-lhe insegurança, ansiedade, angústia e culpa. Podendo chegar até mesmo a influenciar e induzir a criança a reproduzir relatos bem graves, como supostas agressões de natureza física

¹⁸¹ TRINDADE, Jorge, op.cit. loc.cit.

¹⁸² Ibid., op.cit. p.104

ou até mesmo sexual atribuindo-as ao outro genitor, com o objetivo único de afastá-lo do contato com a criança.¹⁸³

6.3 O alienador

Depreende-se do artigo 2º da lei 12.318/2010 que a alienação parental pode se dá por influência de um dos genitores, pelos avós ou por qualquer outra pessoa que detenha o menor sob sua guarda ou vigilância.

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.

Geralmente a alienação parental se dá por intermédio dos genitores, em alguns casos por atos dos dois. Desta forma, o alienador através de atos e palavras interfere psicologicamente na formação do menor de modo a fazê-lo odiar a personalidade do outro cônjuge. Denise Maria Perissini da Silva explica:

No caso da mãe alienadora, apesar das grandes mudanças, é favorecida pela imagem de que a mesma dedica mais tempo aos filhos, e para complementar a sua personagem se encobre de todos os meios verbais e teatrais de “mãe protetora”, “zelosa”, que “se sacrifica” pelo filho, para compensar qualquer “omissão” e “ausência” imputadas à figura do pai de maneira falsa, o que dificulta a punibilidade da maioria das mães durante as manobras de alienação parental. Visto que, ela pode até ser certa forma “boa mãe” de fato, que se “preocupam” com o bem estar e as necessidades do filho, são carinhosas e afetivas. Todavia, estes comportamentos politicamente corretos, são usados para encobrir manobras insidiosas e mascaradas para afastar o pai do convívio com o filho.¹⁸⁴

É sabido por parte dos profissionais que acompanham o tema, que a alienação parental na maioria dos casos, é cometida pelas mães, haja vista que geralmente a relação da genitora com a prole é mais forte o que propicia um maior medo de perda dos filhos.

Denise Perissini, ao analisar a figura do pai alienador, explica que entre as condutas que podem levá-lo a cometer a alienação parental está “a necessidade de continuar mantendo o controle sobre a família ou até mesmo para evitar o

¹⁸³ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda. p.44.

¹⁸⁴ Ibid., p. 53.

pagamento de pensão alimentícia. Para tanto, a figura do pai alienador também pode utilizar dos meios financeiros favoráveis para alienar seus filhos”.¹⁸⁵

O legislador atento às relações familiares positivou no ordenamento jurídico brasileiro a hipótese de a alienação parental ser praticada por terceiros: avós, sogros, irmãos, tios, amigos ou até mesmo algum profissional que esteja a serviço do genitor alienante (psicólogo, advogado, assistente social, etc.).

São comportamentos clássicos do alienador, de acordo com Denise Perissini:

- Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos;
- Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor normalmente iria exercer o direito de visitas;
- Apresente o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como seu “novo pai” ou sua “nova mãe”;
- Interceptar a correspondência dos filhos (por quaisquer meios: internet; MSN, Orkut, torpedos, cartas, telegramas, etc.);
- Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- Recusar a prestar informações ao outro genitor sobre as atividades extraescolares em que os filhos estão envolvidos;
- Envolver pessoas próximas (mãe, no cônjuge e etc.) na “lavagem cerebral” dos filhos;
- Impedir o outro genitor de exercer o seu direito de visita;
- “Esquecer-se” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);
- Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor (escolha da religião, escola, etc.);
- Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
- Sair de férias sem os filhos, deixando-os com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
- Proibir os filhos de usar a roupa e outras ofertas do genitor;
- Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
- Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos;
- Ameaçar frequentemente com a mudança de residências para um local longínquo, para o estrangeiro, por exemplo;
- Telefonar frequentemente (sem razão aparente) para os filhos durante as visitas do outro genitor.¹⁸⁶

Mônica Jardim da Rocha, em análises destes comportamentos, acrescenta a esta lista os que pais que:

- Fazem chantagens emocionais. Dizem como se sente abandonado e só durante o período que o menor se encontra com o outro genitor;

¹⁸⁵ Ibid., p.55.

¹⁸⁶ Ibid., p.58.

- Restringem e proíbem a proximidade dos filhos com parentes da família
- do ex-cônjuge.
- Encaram o ex-cônjuge como um fator impeditivo para a formação de uma nova família. (normalmente porque idealizam uma nova vida, imaginando poder substituir a figura do pai pela do padrasto, o que não seria possível com a proximidade do ex).¹⁸⁷

A lei 12.318/2010 traz no parágrafo único do artigo 2º, formas exemplificativas de comportamentos que caracterizam a alienação parental, e preconiza também a possibilidade de o juiz declarar a existência de outros atos, através de ajuda de perícia.

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.

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

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

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

Entre as atitudes do alienador na alienação parental está a implantação de falsas memórias para levar a criança acreditar que foi agredido e/ou abusado sexualmente pelo outro genitor. Estas acusações, e, em especial a acusação de abuso sexual é considerado uma das formas mais vis de alienação parental, pois vai além das habituais manobras de afastar o filho do pai alienado. Mancha-lhe a reputação e macula sua moral, obrigando-o a conviver com o peso social de uma acusação infundada de tamanha gravidade.

¹⁸⁷ JARDIM-ROCHA, Mônica. **Síndrome de Alienação Parental: a mais grave forma de abuso emocional**. In: Paulo, Beatrice M. (Coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009 p. .128.

Maria Berenice Dias sobre este tema faz as seguintes observações:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o genitor distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias. Logo, tamanha é a manipulação que o alienador impõe sobre o filho, mediante procedimentos de sedução, ameaças de abandono, “chantagens emocionais”, confidências, dentre outros, que acaba se tornando o recurso mais importante para que a criança movida pelo pacto de lealdade com este, comece a estruturar como real o abuso sexual que não nunca aconteceu.¹⁸⁸

Ressalta ainda:

A criança nem sempre consegue discernir que está sendo manipulada e acredita naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre a verdade e a mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência. Implantam-se, assim, falsas memórias.¹⁸⁹

6.4 Consequencias da alienação parental para os filhos

A criança vítima da alienação parental será submetida à graves feridas psicológicas resultantes deste processo, que de certo, comprometerão intensamente seu desenvolvimento. Os efeitos da alienação são devastadores em maior grau para a criança que já tão fragilizado pela separação passará a ver o seu genitor como um inimigo a ser evitado.

Arlene Mara de Souza Dias traz importante reflexão sobre esta problemática. Segundo esta autora:

A criança apresenta comportamentos anormais de ansiedade, inquietação, nervosismo excessivo, depressão, transtornos no sono, agressividade exacerbada, dependência emocional pelo genitor com quem vive o alienador, dificuldades na expressão e compreensão das emoções. Cabe ressaltar que, ao atingir a fase adulta ela poderá desenvolver outras patologias, como transtornos da personalidade, baixa autoestima,

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Falsas Memórias**. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona54/54PPEDias.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹⁸⁹ Ibidem.

insegurança e etc., refletindo nas suas relações pessoais. Além disso, é possível que venha a padecer de sentimento de culpa por ter cooperado – ainda que em decorrência de manipulação – para o seu afastamento do outro genitor.¹⁹⁰

O fim do vínculo matrimonial é ainda mais complicado quando se tem filhos, pois tem como consequência a necessidade de se manter um diálogo pelo ex-casal, ainda que minimamente, para tratar assuntos relativos a estes. Destarte, se os envolvidos não souberem administrar seus sentimentos e distinguir entre os assuntos que dizem respeito à separação e à filiação, poderão viver eternamente em uma situação de conflito.

Neste sentido, a retomada de confiança do menor para com o pai alienado é um processo bastante lento e doloroso para ambas as partes, pois é cediço que a alienação parental causa rompimento de confiança entre pais e filhos, além, da quebra de confiança daquele que lhe era um ponto de referencial.

A psicóloga Françoise Dolto afirma que:

A exclusão de um dos genitores da vida do filho constitui a anulação de uma parte dele, enquanto pessoa, representando a promessa de uma insegurança futura, já que somente a presença de ambos permitiria que ele vivenciasse de forma natural os processos de identificação e diferenciação, sem desequilíbrios ou prejuízos emocionais na constituição de sua personalidade. O filho precisa ter a chance de construir sua versão de cada genitor a partir de seus próprios referenciais e não a partir da interpretação do outro.¹⁹¹

6.5 A Lei 12.318/2010

A Lei 12.318/2010 é fruto do Projeto de Lei 20/10¹⁹² que teve seu substitutivo aprovado pela Comissão de seguridade social e família no dia 15 de julho de 2009,

¹⁹⁰ DIAS, Arlene Mara de Souza, Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº. 321, junho de 2010, p. 47.

¹⁹¹ DOLTO, Françoise apud VÉIRA, Larissa Tavares; BOTTA, Ricadardo Alexandre. **O efeito devastador da alienação parental: e suas sequelas psicológicas sobre o infante e genitor alienante**, 2013. Disponível em: < <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-arental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado> >. Acesso em: 12 out. 2016.

¹⁹² **Ementa:** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (Interferência promovida por um dos genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Explicação da Ementa Altera a Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - para dispor sobre alienação parental; define alienação parental com sendo 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

tendo passado pela Comissão de Constituição e Justiça e sendo ratificado pelo Senado. Em 26 de agosto de 2010 seguiu para a sanção do Chefe do Poder Executivo, dando assim, origem a Lei nº 12.318 que trata da alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

Em análise deste diploma legislativo verifica-se que uma de suas características mais importantes é seu caráter preventivo, mostrando com clareza em seus dispositivos que a alienação parental será repreendida judicialmente. No artigo 2º o legislador traz o conceito de alienação parental, já analisado anteriormente, além de alguns exemplos do que pode ser considerado como alienação. Esclarece no artigo no 3º que o foco da lei é o direito fundamental a criança e o adolescente de convivência familiar, bem como a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício do poder familiar pelos cônjuges, mesmo após o divórcio.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O artigo 4º dispõe da conduta a ser tomada pelo órgão judiciário quando houver indícios de alienação parental, independente da fase que esteja o processo, ou seja, a qualquer momento ou grau de jurisdição, a requerimento ou de ofício, consultado o consultar o Ministério Público, determinar as medidas preventivas trazidas pela lei.

repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este; dispõe que declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso; determina que havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial; estabelece que a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada; dispõe que as partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial; acrescenta parágrafo único ao art. 236 da Lei 8.069/90 para tipificar o crime de apresentação de relato falso à autoridade judiciária, ao membro do Conselho Tutelar ou ao representante do Ministério Público no exercício da função prevista em lei, estabelecendo pena de seis meses a dois anos de detenção.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

No artigo 5º está previsto que o juiz poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, se for verificado atos ou condutas típicas de alienação. Esta determinação leva em consideração fato de que por mais experiente que seja o magistrado, no caso concreto muitas vezes é difícil perceber que a criança está sendo objeto do cônjuge alienante, necessitando, portanto, de uma equipe multidisciplinar para dar os subsídios técnicos para a melhor resolução do caso.

Neste sentido, estabelece os 3 parágrafos do artigo que:

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Para Fábio Figueiredo e Georgios Alexandridis:

A questão é delicada; também, a relação do juiz com os peritos. Para que o diálogo seja profícuo, o juiz deve possuir um especial profissionalismo que não seja apenas especialização técnico-formal, mas se baseie em uma vocação válida que o leve a compreender o universo menor-sociedade. Não somente uma especial aptidão à interdisciplinaridade, mas, também, uma centuada sensibilidade para com o espeito ao livre desenvolvimento da pessoa na fase mais delicada de sua formação.¹⁹³

¹⁹³ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78.

Sobrevindo a existência da alienação parental, o juiz tem a seu dispor ferramentas processuais aptas para fazer cessá-la e atenuar os seus efeitos na vida do menor. Entre estas ferramentas a Lei 12.318/2010 prevê: advertir o alienador, estipular multa ao alienador, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, a suspensão da autoridade parental, acompanhamento psicológico e biopsicossocial, alterar a guarda para guarda compartilhada ou sua inversão. Preconiza o artigo 6º em seus incisos:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

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

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

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Assim, estando configurada durante a lide a alienação parental, diante do que foi levantado no processo, o juiz deve, conforme explicado, tomar as medidas necessárias para minimizar as conseqüências negativas, visando à manutenção do convívio entre o genitor alienado e seu filho.

Interessa observar que a lista de medidas trazidas pelo artigo 6º não é taxativa, mas exemplificativa, pois no caso concreto o magistrado pode determinar a aplicação de duas ou mais medidas em conjunto, além de outras que não estejam listadas no artigo, mas que julgue necessária para impedir a propagação dos danos causados pela alienação.

Conforme o Inciso I, do artigo 6º. o juiz ao verificar que o processo de alienação apresenta-se no seu início, pode declarar a ocorrência e advertir o alienador, sendo que em alguns casos somente esta medida poderá ser suficiente para findar a conduta e restabelecer a boa convivência do menor com o genitor alienado.

A advertência deverá ser composta por um esclarecimento do resultado pernicioso que provocam a alienação parental, sobretudo com relação à criança envolvida, bem como das consequências da sua prática reiterada pode suscitar, com a aplicação das outras sanções preunciadas na Lei 12.318/2010. Nas situações em que no processo de alienação parental ficar caracterizado os empecilhos produzidos pelo alienador no exercício do direito de convivência do parente alienado, uma maneira de afastar os efeitos nefastos dessa conduta é o juiz determinar a ampliação do regime de visitas (art. 6º, inciso II) anteriormente estipulado.¹⁹⁴

No inciso III do artigo 6º, tem-se a possibilidade de o juiz aplicar multa ao alienador a fim de atingir os seus rendimentos. Para alguns doutrinadores, melhor seria se o valor da multa fosse revertido em benefício do cônjuge vitimado.¹⁹⁵

O exame psicológico e/ou biopsicossocial determinado no inciso IV se faz necessário, pois como já explicitado a alienação parental se dá por desvio de conduta do alienador que motivado por sentimentos egoístas e mesquinhos joga a criança contra o outro cônjuge. Assim, uma das soluções a ser tomada é a determinação que o alienador se submeta a estes exames no intuito de que possa ser ajudado a readequar seu comportamento.

O inciso V do artigo em comento, prever a possibilidade de se alterar o regime de guarda para a compartilhada ou vice-versa. Isto se dá, pois geralmente a alienação parental é cometida pela pessoa que detém a guarda do menor que se aproveita do fato de ter o mesmo sob sua autoridade para afastá-lo do outro cônjuge.

A alienação parental também pode ser observada quando o cônjuge que detém a guarda do menor deliberadamente altera o domicílio do mesmo sem qualquer justificativa impedido desta forma, o convívio do menor com seus familiares, e em especial, com o cônjuge vitimado, além de impossibilitar uma

¹⁹⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira; Op.cit, p. 80.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 82.

interação com outras crianças de sua faixa etária. Essa mudança injustificada acarreta problemas sociais e psicológicos no menor.

Destarte, ao observar que a mudança de residência tem como escopo a promoção da alienação parental, o magistrado deverá estabelecer de forma cautelar o domicílio do menor, de acordo com o inciso VI do artigo 6º, podendo, também, inverter a obrigação de levar ou retirar o menor do domicílio do progenitor, no momento das alternâncias dos períodos de convívio familiar, conforme preconiza o parágrafo único do referido artigo.

O inciso VII traz a possibilidade de o juiz suspender a autoridade parental nos casos em que for identificada a alienação parental. Esta medida deve ser usada com muita cautela, haja vista suas conseqüências para o menor.

Importante esclarecer que mesmo nos casos em que o alienador não é detentor da guarda do filho, ele continua exercendo autoridade sobre o menor, pois o conceito de autoridade parental (ou poder familiar, conforme já explicitado anteriormente¹⁹⁶) vai além da detenção da guarda.

O artigo 7º da Lei 12.318/2010 dispõe sobre a atribuição e alteração da guarda, dando preferência para o genitor que proporcione ao menor um melhor convívio com o outro genitor, nos casos em que não for possível estabelecer a guarda compartilhada.

Pelo artigo 8º da lei em estudo infere-se que a modificação da residência do menor não fator essencial para se determinar a competência para as ações que tratam de direito de convivência familiar, exceto as que resultam de anuência entre as partes ou de decisão judicial.

No concernente a competência para apreciar e julgar ações referentes à alienação parental, Douglas Freitas e Graciela Pellizarro explicam ser de natureza absoluta, em razão da matéria, alegada a qualquer momento e grau de jurisdição, e por esta isto, não é facultado às partes alterá-la. Deve ainda, o juiz reconhecer de ofício a incompetência, sob pena de ocasionar nulidade dos atos decisórios praticados.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Ver capítulo 3.

¹⁹⁷ FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZARRO, Graciela. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 98.

6.6 Responsabilidade civil nos casos de alienação parental

A responsabilidade civil no Direito das Famílias, em especial nas lides familiares está consubstanciada no âmbito subjetivo, pois nestes casos para haver efetiva responsabilização é necessário um amplo contexto probatório em que se identifique a presença da culpa ou dolo por parte do agente ofensor.

A Lei 12.318/2010 através da inteligência de seus parágrafos 3º e 6º traz a possibilidade de fixação de danos morais nos casos em que for verificada a existência de “abuso moral” ou “abuso afetivo”, decorrentes da alienação parental. Desta forma, possibilita aos vitimados deste ato (menor, cônjuge ou qualquer outro parente alienado) pleitear uma indenização que busque punir financeiramente bem como ressarcir a vítima da conduta ilícita e dos atos abusivos cometidos pelo alienante.

Conforme explica Douglas Freitas:

A prática de conduta alienadora, além de ilícita, é culpável na forma ativa, geradora de dano e, por constituir os elementos mínimos necessários para a configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, impõe o dever, do alienador, em compensar o alienado (genitor e até mesmo o menor) moralmente dos danos causados por sua conduta.¹⁹⁸

Seguindo esta linha de raciocínio Ana Carolina Teixeira e Renata Rodrigues esclarecem que:

O exercício abusivo da autoridade parental, a qual se revela contemporaneamente como situação jurídica complexa, que enfeixa uma série de direitos, deveres e poderes conferidos aos pais para a criação, educação e assistência de seus filhos menores (art. 229, CF) pode se concretizar, dentre outras hipóteses, como atos de alienação parental, que impedem o estabelecimento ou manutenção de laços sadios de afeto entre o filho menor e o genitor alienado, violando, por consequência, o direito fundamental à convivência familiar entre eles. Ou seja, o abuso da autoridade parental por parte de um dos genitores demonstra que o alienador age excedendo os limites impostos pela ordem jurídica, uma vez que compromete o exercício da autoridade parental pelo genitor alienado, invadindo um espaço de liberdade que não lhe é conferido (...). Assim, a alienação parental pressupõe a utilização de artifícios que visem neutralizar o exercício da autoridade parental do genitor não guardião, ou daquele que tem menos influência sobre os filhos, principalmente no que se refere aos deveres de criação e educação – embora a obrigação alimentar continue hígida. Desta feita, entendemos que a alienação

¹⁹⁸ Ibid., op. cit., p. 106.

parental configura-se como abuso do direito, definido pelo art. 187 do Código Civil(...).¹⁹⁹

Segundo Caroline Buosi os danos morais decorrentes da alienação parental “não tem o escopo de indenizar o abandono afetivo, ou seja, indenizar o desamor, mas sim de compensar a prática ilícita”²⁰⁰.

Ressalta ainda que:

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, o aplicador da lei pode encontrar respaldo no direito previsto no art. 227 da CF, que trata da convivência familiar saudável que se encontrará ferida diante de atos de alienação. Nesse artigo também se respalda o pedido de danos morais ou outras medidas de cunho ressarcitório ou inibitório da vítima para o alienador, pois tais comportamentos constituem declaradamente abuso moral como exposto na lei.²⁰¹

Com a constitucionalização do dano moral, a jurisprudência tem efetivado a diferenciação daquilo quem é digno de ser indenizado do que não passa de meros problemas do dia-a-dia, evitando desta forma, a existência de uma “indústria do dano”. Assim, a indenização nos casos oriundos da alienação parental é possível, desde que se verifique que estejam presentes todos os elementos da responsabilidade civil.

Esta indenização não deve ser entendida como mera forma de “vingança”, mas em seu objetivo real, que é a proteção e reparação dos danos causados ao alienado e/ou ao vitimado, bem como responsabilizar o alienador pelo não cumprimento efetivo de suas obrigações decorrentes do poder familiar.

6.7 Diferença entre alienação parental e síndrome da alienação parental (SAP).

A Síndrome da alienação parental (SAP), ao contrário da alienação parental só é observada quando a criança absolve para si o comportamento previsto pelo alienador e passa a nutrir sentimento de ojeriza para com genitor alienado. Neste

¹⁹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 117.

²⁰⁰ BUOSI, De Cássia Caroline Francisco. **Alienação parental uma interface do Direito e da Psicologia**. São Paulo: Editora Juruá, 2012. p. 147.

²⁰¹ Ibid., p. 148.

caso, o menor passa a evitar a presença do outro pai e, além disso, reforça a campanha difamatória idealizada contra ele.

Desta forma, a SAP se caracteriza como consequência da alienação parental e diz respeito à conduta do filho, enquanto a alienação parental está relacionada ao processo causado pela conduta de um genitor (ou outra pessoa próxima ao menor).

Para Richard Gardner:

Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo.²⁰²

Assevera ainda este autor que:

A SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, especialmente nos tipos moderado e severo. Esses incluem:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do “pensador independente”.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações ‘encomendadas’.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado.²⁰³

Marcos Pinho ao analisar o comportamento de uma criança acometida pela síndrome da alienação parental assevera que:

Fato é que eventualmente a criança vai internalizar tudo e perderá a admiração e o respeito pelo pai, desenvolvendo temor e mesmo raiva do genitor. Mais: com o tempo, a criança não conseguirá discernir realidade e fantasia e manipulação e acabará acreditando em tudo e, consciente ou inconscientemente, passará a colaborar com essa finalidade, situação altamente destrutiva para ela e, talvez, neste caso específico de rejeição, ainda maior para o pai. Em outros casos, nem mesmo a mãe distingue mais a verdade da mentira e a sua verdade passa a ser ‘realidade’ para o filho, que vive com personagens fantasiosos de uma existência aleivosa.

²⁰² GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental, 2002**. Disponível em: < <http://www.alienacaoparental.com.br/textossobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente.>> Acesso em: 15 out. 2016.

²⁰³ Ibidem.

7 A GUARDA COMPARTILHADA E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL.

Conforme explicitado nos capítulos anteriores a guarda compartilhada é de suma importância para coibir a existência da alienação parental, pois protege a criança dos eventuais danos trazidos pela guarda unilateral ao evitar o afastamento dos pais de seus filhos e garantir o compartilhamento das obrigações.

É sabido que este modelo unilateral de guarda tem o condão de em muitos casos de distanciar o genitor não guardião de seu filho, o que acaba propiciando uma maior incidência da alienação parental, sendo prejudicial à formação psicológica da criança.

Na jurisprudência reproduzida abaixo, verificamos a existência da alienação parental na guarda unilateral.

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA E VISITAS. PARTILHA. ALIMENTOS. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. A sentença que conta com 10 páginas de fundamentação supre de forma mais do que suficiente a exigência constitucional e legal de fundamentação das decisões judiciais. A eventual desconformidade da parte com a análise que a sentença faz da prova dos autos não justifica alegação de nulidade por falta de fundamentação. É de se indeferir o pedido de reversão da guarda em prol do pai, pois se mostra adequado o deferimento da guarda dos filhos comuns à genitora. Restou bem demonstrada a vinculação das crianças com ela, e por igual bem comprovado que as crianças estão sendo adequadamente tratadas durante todos esses anos, desde a separação fática entre os genitores, em que estão sob os cuidados da mãe. O genitor foi acusado de estupro contra um dos filhos comuns, e chegou a ser condenado em primeiro grau, mas foi absolvido em segundo grau (por decisão ainda não definitiva), mediante reconhecimento de falta de provas sobre autoria e materialidade. Para além disso, a prova produzida nestes autos, em especial o laudo pericial elaborado por renomado psiquiatra, e corroborado por várias entrevistas com a criança, e submetido ao crivo dos profissionais que atenderam os genitores, igualmente demonstrou a inveracidade da acusação direcionada contra o pai, o que dá azo inclusive à conclusão de que houve alienação parental praticada pela genitora. **No caso concreto, o reconhecimento da alienação... parental não justifica a reversão da guarda ao pai, dado o alto grau de envolvimento na relação da mãe com os filhos; mas justifica a retomada das visitas dele, de forma gradual, inicialmente mediada pelo CAPM, juntamente com tratamento psicológico e contratação de babá, por parte do genitor, para acompanhá-lo nas visitas.** Duas empresas certa e incontroversamente adquiridas em meio à união estável havida entre os litigantes devem ser objeto de partilha. O fato das empresas terem sido adquiridas mediante valores obtidos por empréstimo, e a alegação de que tal empréstimo não estaria quitado, não ensejam reconhecimento de incomunicabilidade (inclusive porque sequer há pedido de partilha da alegada dívida que ainda estaria pendente de pagamento). De resto, sequer há prova convincente de

que a dívida não teria sido quitada, já que isso aparece apenas em retificação de declaração de renda feita pelo varão, ato unilateral realizado pouco depois da ruptura, o que faz projetar até a possibilidade de que tenha sido feito justamente para depois ser alegado como causa impeditiva de partilha. Veículos a serem partilhados devem tomar por base o valor da tabela FIPE na data da separação (com as correções e atualizações já determinadas pela sentença). Não há como partilhar veículo sem prova de existência ou propriedade do bem ao tempo da ruptura. Ademais, em sendo incontroverso que o bem foi alienado no curso da união, presume-se que o produto d... comum. É cabível uma redução do valor dos alimentos fixados na origem, uma vez que em evidente desconformidade com a capacidade financeira do grupo familiar, evidenciada pelos elementos de prova constantes nos autos. Hipótese de redução dos 30 salários-mínimos fixados na origem, para R\$ 14.000,00, sendo R\$ 5.000,00 para cada filho e R\$ 4.000,00 para a ex-companheira (até a extinção da partilha), valores a serem corrigidos anualmente pelo IGP-M, a contar da presente decisão. O provimento parcial do apelo réu, no que se refere ao reconhecimento de alienação parental e determinação de retomada das visitas dele, e no que se refere à redução no valor dos alimentos, não impacta na distribuição sentencial da sucumbência. Mas esse provimento parcial, aliado à constatação de que o longo tempo de tramitação da demanda e a quantidade de volumes do processo guardam como causa, mais do que qualquer coisa, a conduta e a estratégia das partes e dos seus respectivos advogados, são circunstâncias que justificam a manutenção do valor dos honorários de sucumbência fixados pela sentença, em já elevados e consideráveis R\$ 30.000,00. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU, E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA.²⁰⁴ (grifos nossos)

Neste sentido, os doutrinadores têm alertado para a relação da guarda unilateral e alienação parental. Entre eles destacamos o pensamento de Conrado Rosa e Lagrasta, respectivamente:

O certo é que andou bem a alteração legislativa para determinar a guarda unilateral como via restritiva. Isso porque sua fixação acirra o litígio, quando um dos pais tem cerceado o convívio cotidiano com o filho. Basta pensar na angústia que assalta o genitor (e, seguramente, o filho), que somente pode estar com o seu próprio filho de quinze em quinze dias e, mesmo assim, por meras quarenta e oito horas... É a pavimentação de um caminho que começa como um mero visitante e termina como um verdadeiro estranho ao filho.²⁰⁵

Cabe ressaltar que a guarda unilateral enfraquece os laços dos genitores com o seu filho, pois o genitor não detentor da guarda perde o seu poder, podendo o detentor da guarda praticar a alienação parental, ao excluir o outro genitor do convívio com a sua prole e interferindo nas visitas.²⁰⁶

²⁰⁴ TJ-RS - AC: 70063911614 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 03/09/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229891105/apelacao-civel-ac-70063911614-rs>>. Acesso em: 15 out 2016.

²⁰⁵ ROSA, da Paulino Conrado. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 215.

²⁰⁶ LAGRASTA, Caetano. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. V.13, nº25. Belo Horizonte: Magister Ltda, dez 2011. p. 65.

Paulino Rosa reconhecendo a importância da guarda compartilhada, assevera ainda:

A utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome de alienação parental. Isso porque, em seu comportamento ardiloso e incessante, o alienador busca ser o único cuidador da criança, fazendo que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto.²⁰⁷ (ibid., p. 68)

Pela análise da citação acima, percebe-se que o compartilhamento da guarda pelos pais é ferramenta de grande valia para o combate à alienação parental, haja vista que em muitos casos os genitores rompem a relação conjugal de forma traumática, o que acaba por propiciar um maior uso dos filhos como forma de atingir o ex-cônjuge. O filho que devia ser protegido das rugas da separação torna-se verdadeiro brinquedo de vingança dos pais.

Como bem escreve Juliana de Souza:

O ideal é que ambos os genitores concordem e se esforcem para que a guarda dê certo. Porém, muitas vezes, a separação ou divórcio acontecem em ambiente de conflito ou distanciamento entre o casal- essas situações são propícias para o desenvolvimento da alienação parental. A guarda compartilhada pode prevenir (ou mesmo remediar) a alienação parental, por estimular a participação de ambos os pais na vida da criança.²⁰⁸

A Constituição Federal em seu artigo 227 esclarece que a convivência familiar é um direito fundamental, sendo:

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.

Desta forma, os pais têm que entender que guarda e convivência são diferentes. A guarda é gênero amplo em que se assumem direitos e obrigações concernentes à criação e educação da prole, e a convivência espaço de tempo em

²⁰⁷ ibid., p. 68.

²⁰⁸ SOUZA, de Rodrigues Juliana. **Alienação Parental. Sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 1. ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2014, p.58.

que cada pai terá com seu filho. Assim, é papel dos genitores elegerem sempre o melhor interesse da criança quando da decisão de término da relação conjugal.

Segue, neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que corrobora a ideia que o papel dos pais é pensar no melhor interesse da criança e não usá-lo como forma de vingança por um matrimônio mal sucedido.

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO PATERNA. IMPROCEDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. RECONHECIMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. DESCABIMENTO. REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA DEFERIDA NA SENTENÇA AO GÊNITOR. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORCIONALIDADE A SER OBSERVADA EM RELAÇÃO À VERBA HONORÁRIA. COMPENSAÇÃO. VIABILIDADE. 1. Caso em que os estudos técnicos realizados na instrução foram categóricos no sentido da inexistência de situação a contraindicar o convívio paterno-filial, ocorrência que amparou a improcedência do pedido de suspensão das visitas paternas (objeto da ação), **revelando, em contrapartida, a dificuldade de comunicação e de cooperação entre os genitores, a litigiosidade decorrente da separação, bem como os negativos reflexos desse conflito no desenvolvimento emocional do filho menor, responsabilidade que deve ser imputada a ambos os genitores**, não autorizando o pretendido reconhecimento da alienação parental alegadamente praticada pela genitora (objeto da reconvenção). 2. Considerando que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante. 3. A ausência de consenso entre os pais não pode... servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ. 4. Manutenção da sentença no ponto em que fixou como base de moradia a residência da genitora e regulamentou o convívio paterno-filial nos termos propostos pelo genitor, em atenção à necessidade de preservação e fortalecimento dos vínculos afetivos saudáveis. 5. Não tendo o genitor demonstrado sua situação de fazenda e, assim, que faz jus à concessão da assistência judiciária gratuita, deve ser revogado o benefício deferido em seu favor na sentença, conforme requerido no apelo da genitora. 6. Descabido o redimensionamento da sucumbência recíproca, pois inócurrenente o alegado decaimento mínimo do genitor, devendo ser mantida a proporção estabelecida na sentença para o pagamento das custas processuais, que deve ser observada também em relação aos honorários advocatícios, possibilitando-se a compensação (art. 21, parágrafo único, do CPC e da Súmula nº 306 do STJ), conforme postulado no apelo do genitor. 7. Declaração de voto do revisor. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.²⁰⁹ (grifos nossos).

²⁰⁹ TJ-RS - AC: 70061663670 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 09/04/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/04/2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182889717/apelacao-civel-ac-70061663670-rs>>. Acesso em: 15 out. 2016.

Nesta toada, a aplicação do instituto da guarda compartilhada combinado com os dispositivos trazidos pela Lei 12.318/2010 é a forma mais eficaz de combater a alienação parental. Isto acontece principalmente porque este modelo de guarda permite que ambos os genitores participem de forma conjunta no desenvolvimento e criação dos filhos, protegendo e educando-lhes, a fim de que o mesmo possa desenvolver-se da forma mais saudável possível.

Como bem afirma Grisard, a escolha da guarda compartilhada propicia uma melhor relação entre pais e filhos, principalmente no que se refere ao benefício psicológico²¹⁰. Nesta mesma linha de raciocínio, Silvio Venosa assevera ser a guarda compartilhada “um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente”.²¹¹

²¹⁰ GRISARD, Filho. Op.cit, p. 171

²¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 255

8 CONCLUSÃO

A instituição familiar passou por numerosas transformações no decorrer dos anos até atingir a atual concepção de família composta pelos laços afetivos. A relação de consanguinidade exigida deu lugar às relações familiares criadas pelo sentimento e pelo afeto. Não há espaço exclusivamente para os laços biológicos, estando as questões afetivas e sociais tomando grande destaque no contexto de composição familiar.

Não é exagero afirmar, que tais transformações encontram-se pautadas em grande parte, nas mudanças paradigmáticas pelas quais a sociedade está passando, mudanças estas em que se deixa de lado a função patriarcal do homem – em que se dava a este a responsabilidade pelo sustento familiar e a mulher a realização das tarefas domésticas e o cuidado com a educação da prole.

Atualmente, não persiste mais esta divisão, haja vista que a mulher já tem consolidada sua importância no mercado de trabalho, o que fez com que a família passasse a adquirir feições pluriformes e as responsabilidades familiares divididas entre os cônjuges de forma igualitária. Estas transformações, por sua vez, ecoaram ferozmente também na solução dos litígios familiares, principalmente naqueles que envolvem a determinação da guarda dos filhos no momento do divórcio.

No ordenamento jurídico pátrio há dois principais tipos de guarda: a unilateral e a guarda compartilhada. O artigo 1.583 do Código Civil, alterado recentemente pela Lei 13.058/14, define em seu § 1º, que se entende como guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua. A escolha por este tipo de guarda pode ser em virtude da vontade dos genitores, em consenso, ou quando não houver por parte de nenhum deles a vontade de ter a guarda ou ainda, quando não puder exercê-la.

O instituto da guarda compartilhada foi efetivado no ordenamento pátrio por meio da Lei 11.698/08, tendo sido alterada pela lei 13.058/2014. Neste diploma legal decidiu-se priorizar o compartilhamento da guarda restando à guarda exclusiva como exceção. Embora só tenha sido positivada por esta lei, a sua aplicação já era possível e lícita no Brasil com base no princípio da igualdade e na paternidade responsável reclamados pela Constituição Federal, na proteção integral do menor,

determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e na discricionariedade do juiz em atender o melhor interesse do menor, conforme o novo Código Civil.

Desta forma, compreende-se que a guarda compartilhada, mormente após as alterações trazidas pela Lei 13.058/2014 é a modalidade que melhor corresponde às novas configurações familiares, haja vista que com a Constituição Federal de 1988, solidificou-se o princípio da igualdade em que os genitores exercem de forma equilibrada o poder familiar sobre os filhos.

Neste trilhar, o compartilhamento da guarda proporciona o importante convívio entre pais e filhos, pois o não detentor da guarda física não perde o vínculo parental nem se torna um mero visitante para a prole, como ocorre em alguns casos em que se estabelece a guarda unilateral.

Tem ainda o condão de tornar o processo de separação menos doloroso para a prole, pois os pais participam de forma conjunta e igualitária da vida dos filhos, tomando as decisões pertinentes quanto ao bem-estar, desenvolvimento e educação. Neste modelo, os filhos não perdem sua referência material, pois terão residência fixa em que poderão desenvolver suas atividades do cotidiano de forma organizada e sistematizada.

Muitas vezes, quando há o fim do vínculo conjugal, fica a mágoa, o rancor, o ódio, e os genitores, não conseguindo lidar com o rompimento, usam o filho como instrumento para se vingar, ou seja, um imputa má conduta ao outro genitor, fazendo uma campanha destrutiva para a criança, e, com isso, surge a chamada Alienação Parental.

O conceito legal da alienação parental é trazido pelo artigo 2º da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que considera 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.

Neste sentido, o genitor que não consegue encarar adequadamente o fim da relação conjugal inicia um processo de destruição, desmoralização e arruíno da imagem do ex-cônjuge, movido na maioria das vezes por ódio ou vingança, o que o leva a utilizar a criança como forma de externar esse ódio.

Dessa forma, o genitor que gera a alienação imputa na mente do filho falsas acusações na intenção de fazer com que nasça no menor o ódio e repulsa em relação ao outro pai. Este comportamento pode ser reforçado pela ajuda dos avós, tios ou terceiros que muitas vezes também estão sendo usados pelo genitor alienante.

O fim do vínculo matrimonial é ainda mais complicado quando se tem filhos, pois tem como consequência a necessidade de se manter um diálogo pelo ex-casal, ainda que minimamente, para tratar assuntos relativos a estes. Destarte, se os envolvidos não souberem administrar seus sentimentos e distinguir entre os assuntos que dizem respeito à separação e à filiação, poderão viver eternamente em uma situação de conflito.

Na alienação parental, a retomada de confiança do menor para com o pai alienado é um processo bastante lento e doloroso para ambas as partes, pois é cediço que este tipo de alienação causa rompimento entre pais e filhos, além, da quebra de confiança daquele que lhe era um ponto de referencial. Assim, este assunto conforme abordado ao longo do trabalho é de grande importância social, na medida em que a alienação parental pode ainda evoluir uma Síndrome, o que acarreta prejuízos a saúde mental emocional da criança.

Nestes casos, sobrevivendo a existência da alienação parental, o juiz tem a seu dispor ferramentas processuais aptas para fazer cessá-la. Entre estas ferramentas a Lei 12.318/2010 prevê: advertir o alienador, estipular multa ao alienador, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, a suspensão da autoridade parental, acompanhamento psicológico e biopsicossocial, alterar a guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.

Outra inovação trazida pela Lei 12.318/2010 é a possibilidade de indenização decorrente da alienação parental desde que se verifique que estejam presentes todos os elementos da responsabilidade civil. Esta indenização não deve ser entendida como mera forma de “vingança”, mas em seu objetivo real, que é a proteção e reparação dos danos causados ao alienado e/ou ao vitimado, bem como responsabilizar o alienador pelo não cumprimento efetivo de suas obrigações decorrentes do poder familiar.

Diante disto, o objetivo precípua do presente trabalho foi o de analisar a efetividade da guarda compartilhada no combate a alienação parental, verificando quais os elementos deste modelo de guarda tem a eficácia de interromper com a alienação. Sendo assim, restou comprovada a importância da concessão da guarda compartilhada, mesmo nos casos em que não há um consenso entre os genitores, porque a criança, de modo algum, tem responsabilidade na separação, e, com isso, os pais têm que ter a consciência que os filhos serão para a vida toda, independente da durabilidade do matrimônio.

A dissolução conjugal não pode ecoar de modo negativo na relação dos pais com os seus filhos, porque eles têm o tem assegurado por lei o direito de viver com ambos, igualmente era antes de os pais romperem o vínculo matrimonial.

Nesta toada, a aplicação do instituto da guarda compartilhada combinado com os dispositivos trazidos pela Lei 12.318/2010 é a forma mais eficaz de combater a alienação parental. Isto acontece principalmente porque este modelo de guarda permite que ambos os genitores participem de forma conjunta no desenvolvimento e criação dos filhos, protegendo e educando-lhes, a fim de que o mesmo possa desenvolver-se da forma mais saudável possível.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Temas atuais de Direito de Família: Atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Paulo André. **Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil** - uma análise das interpretações da lei. Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões, 2012.
- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilha: Um avanço para a família.** São Paulo: Atlas, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão civil do devedor.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1985.
- BARBOSA, Gabriela Costa., MAIA, Jéssica Cristina. **Guarda Compartilhada.** São Caetano do Sul: CEETPS, 2015. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso Técnico em Serviços Jurídicos) – CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA, São Caetano do Sul, 2015.
- 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 Federal (1988):** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990:** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.
- BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. .
- BUOSI, De Cássia Caroline Francisco. **Alienação parental uma interface do Direito e da Psicologia.** São Paulo: Editora Juruá, 2012.
- CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de Filhos – Na família constitucionalizada,** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO, A. M. O. de. **A família, a sociedade e o direito**. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). **Pessoa, gênero e família: Uma visão integrada do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CENTOFANTI, Marcella. Artigo publicado na revista eletrônica Veja sob o título: **Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei**. Publicada em: 25 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticias/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei>>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

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

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

DE, Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 1990. v. 1-2.

DECRETO N° 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acessado em 18 de setembro de 2016.

DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Alienação parental e o papel do judiciário**. Revista Jurídica Consulex, Ano XIV, nº 321, p. 46, jun. 2010.

_____, Arlene Mara de Sousa. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5.

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 29. ed. São Paulo:Saraiva, 2015. v.6.

ENUNCIADOS. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em:<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/>> Acessado em 14 de agosto de 2016.

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

_____, Luiz Edson. **Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática**. in Revista de Direito das

Famílias e Sucessões. v. 23 Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007 Bimestral, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>>. Acesso em: 04 de out. 2014.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZARRO, Graciela. **Alienação Parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental, 2002**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textossobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente.>> Acesso em: 15 out. 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos**. 4. Ed. São Paulo. Atlas, 2007.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: Direito de Família. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho**. COAD-ADV: Informativo Semanal 44, pg. 563-564. Rio de Janeiro, 1997.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: RT.

IBDFAM. Entrevista: **guarda compartilhada e obrigação alimentar**. Publicado em: 07 de Agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+cocompartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimenta>>. Acesso em 26 de set. 2016.

LAGRASTA, Caetano. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. V.13, nº25. Belo Horizonte: Magister Ltda, dez 2011.

LAUX, Maria Aparecida Bernart; RODI, Claudia. **Compartilhamento da guarda e a proteção integral do infante**. Revista Jurídica, v. 7, n.14, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2ª ed., ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. **ADOÇÃO INTERNACIONAL: CONVENÇÃO DE HAIA-REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**. Disponível em:
<<http://www.abmp.org.br/textos/317.htm>> Acesso em: 10 set. 2016

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Do poder familiar**. In: Dias, Maria Berenice et al. Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. - 51 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **“Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos**. In: Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Direito de família**, 41ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Direito de família**, 41ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2011

NAZARETH, Eliana Riberti. **Com quem fico, com papai ou mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao Direito da família**. In: Nazareth, Eliana Riberti; Motta, Maria Antonieta Pisano. Direito de família e ciências humanas. Caderno de Estudos 1. São Paulo: Jurídica brasileira, 1997.

NETO, José Antonio de Paula. **Direito Civil: direito de família. Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. _____; DIAS, M. B.; (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910. Revista dos tribunais. 498/106. São Paulo: RT.

Projeto de Lei da Câmara n. 117 de 2013. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115668>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 5º volume. 14 ed. Rio de Janeiro: Florense, 2004.

Resolução Nº 175 de 14 mai. 2013 do CNJ. Publicado no DJE/CNJ nº 89/2013. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754> >. Acesso em 10 set. 2016.

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. **Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente**. Belém. CEJUP.

_____, Sílvio; SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Direito Civil: direito de família. Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ROGÉRIO. Silva. **Guarda Compartilhada PLC 117/13**. Disponível em:< <https://silviorogerio.jusbrasil.com.br/artigos/153073912/guarda-compartilhada-plc-117-13>>. Acesso em: 16 de set 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Promotora) **Guarda compartilhada não é o mesmo que alternância de residências**. Disponível em: <2015 <http://www.conjur.com.br/2015-fev-02/mp-debate-guarda-compartilhada-nao-mesmo-alternancia-residencias>>. Acesso em 21 de set. de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 4 ed. Leme: Mizuno, 2015.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental. O que é isso?** São Paulo: Autores Associados Ltda.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marcos Alves Da. **De filho para pai: uma releitura paterno-filial a partir do Estatuto da Criança e de Adolescente**. Júris Síntese Milenium: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. Porto Alegre: Síntese Publicações, n4, 2002 In COMEL, Denise Damo. Do Poder familiar e o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, de Rodrigues Juliana. **Alienação Parental. Sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 1. ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2014.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filho**, São Paulo: Saraiva, 1998.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJE em 14 out. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 set. 2016.

Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acessado em: 25 de set. 2016.

_____. Recurso Especial: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acessado em: 25 de set. 2016.

_____. Recurso Especial: 916.350/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8687306/recurso-especial-resp-916350-rn-2007-0002419-2>> Acesso em 10 de setembro de 2016.

_____. Recurso Especial: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014 Disponível em :<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>> Acesso em: 25 de set. 2016

_____. Recurso Especial: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014 Disponível em :<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>> Acesso em: 25 de set. 2016

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível N° 0589172014 MA 0004339-58.2014.8.10.0001 MA. Segunda Câmara Cível. Relator: JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO Data de Julgamento: 10/03/2015. Data de Publicação: 11/03/2015. Disponível em: < www.mpsp.mp.br/portal/Civel_Geral/Guarda%20compartilh.docx > Acesso em: 25 de set. 2016.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais., APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0153.08.072716-4/001, RELATOR DES. ALBERTO VILAS BOAS, julgado em 02/08/2011. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6357/5/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%201.0647.13.002668-3-002.pdf>> Acesso em 22 de outubro de 2016.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70061663670 RS. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Oitava Câmara Cível. Julgado em 09/04/2015. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/04/2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182889717/apelacao-civel-ac-70061663670-rs> > Acesso em: 15 out. 2016

_____. Apelação Cível N° 70063911614 RS. Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Oitava Câmara Cível. Julgado em 07/05/2015. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229891105/apelacao-civel-ac-70063911614-rs>>. Acesso em: 15 out 2016.

_____. Apelação Cível N° 70064016876 RS. Oitava Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 07/05/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204424001/apelacao-civel-ac-0062975545-rs>> Acesso em: 25 de set. 2016.

TRINDADE, Jorge. **Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. Maria Berenice Dias, coordenação - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Atlas. 2011.

_____. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ZEMARIOLA, Aldrin Teubl Sancher; CAMARGO, Daniela Romano Tavares e OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. Análise da Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada e as Repercussões nas Famílias Brasileiras: a Lei nº 13.058/2014, Porto Alegre: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. 2015, vol. 4, jan./fev.