

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

MARIA AMÉLIA VITOR

**A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**ITUVERAVA
2018**

MARIA AMÉLIA VITOR

**A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Dr. Francisco
Maeda - Fundação Educacional de
Ituverava, para obtenção de título de
Bacharel em Direito.**

**Orientadora: Profa. Ms. Mirela Andrea
Alves FicherSenô.**

**ITUVERAVA
2018**

346.018 V845g	Vitor, Maria Amélia A Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente/MARIA AMÉLIA VITOR – Ituverava: FE/FAFRAM, 2018. 69f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito - Bacharelado). Orientador: Prof. ^a . Ms. Mirela Andrea Alves Ficher Senô. 1 Família 2 Guarda compartilhada 3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente
------------------	---

MARIA AMÉLIA VITOR

**A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Dr. Francisco
Maeda - Fundação Educacional de
Ituverava para obtenção de título de
Bacharel de Direito.**

**Orientadora: Profa. Ms. Mirela Andréa
Alves FicherSenô.**

Ituverava, 07 de novembro de 2018.

Orientadora: _____

Profa. Ms. Mirela Andréa Alves FicherSenô

Examinador (a): _____

Examinador (a): _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais - Aparecida e João - cujo apoio foi substancial para que eu trilhasse o longo caminho na busca do conhecimento e da justiça;

Aos meus tios e avós que sempre me apoiaram e me inspiraram;

Aos amigos que conquistei ao longo da jornada, tornando-a mais suave, pelo apoio e companheirismo e;

Em especial, a minha cachorrinha Nina, que foi meu alicerce, meu porto nos momentos de angústia, que mesmo sendo um ser incapaz de expressar seus sentimentos com palavras, expressava o apoio, companheirismo e solidariedade pelo olhar e pelos gestos de carinho.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, meu criador, autor de meu destino e meu suporte nos momentos de aflição.

À minha orientadora, Profa. Ms. Mirela Andréa Alves Fischer Senôque, de forma atenciosa e com paciência, conduziu a confecção deste trabalho.

Aos professores e funcionários desta instituição pelos anos de convivência, bem como aos colegas de turma que se tornaram mais que amigos e ocupam um lugar especial em meu coração.

Aos meus pais por me conduzirem pelo caminho da honestidade e da sabedoria, por todo carinho e dedicação empenhados durante minha criação e pelo exemplo de luta e superação.

Enfim a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a confecção deste trabalho.

“A família é como uma árvore com galhos que crescem em diferentes direções, mas têm a mesma raiz”.

Autor desconhecido

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar as alterações comportamentais e legislativas que levaram aos atuais modelos de guarda vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática se constrói a partir da edição da Lei nº 11.698, de 2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, instituindo a Guarda Compartilhada. Vislumbrando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o modelo tem como objetivo primordial a manutenção dos laços de parentesco após a ruptura da sociedade conjugal, garantindo o sadio desenvolvimento social e psicológico da prole. Entretanto, devido a obscuridade da lei, o julgador ainda encontrava dificuldades na aplicação do instituto, o que levou a edição da Lei nº 13.058, de 2014, aclarando os artigos supracitados e trazendo a guarda compartilhada como modelo preferencial a ser aplicado. A dúvida que ainda impera é como agir nos casos em que não há consenso entre os pais, devendo ser avaliados os efeitos positivos e negativos, bem como os aspectos psicológicos associados ao melhor interesse da prole, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência delinear o melhor caminho.

Palavras-chaves: Família. Guarda compartilhada. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

SUMMARY

The objective of this study is to investigate the behavioral and legislative changes that led to the current models of guardianship in the Brazilian legal system. The problem is built from the edition of Law 11,698 of 2008, which amended articles 1,583 and 1,584 of the Civil Code, establishing Shared Guard. With a view to the principle of the best interest of the child and adolescent, the model has as main objective the maintenance of kinship ties after the rupture of the conjugal society, guaranteeing the healthy social and psychological development of the offspring. However, due to the obscurity of the law, the judge still had difficulties in applying the institute, which led to the publication of Law 13,058 of 2014, clarifying the aforementioned articles and bringing shared custody as a preferred model to be applied. The question that still prevails is how to act in cases where there is no consensus among parents, and the positive and negative effects and psychological aspects associated with the best interest of the offspring should be evaluated, and the doctrine and jurisprudence should be delineated. best way.

Keywords: Family. Shared guard. Principle of the best interest of the child and the adolescent.

LISTA DE SIGLA

APASE	Associação de Pais e Mães Separados
DNA	Ácido desoxirribonucleico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PODER FAMILIAR.....	12
1.1 Evolução histórica da família.....	12
1.2 Evolução legislativa do direito de família brasileiro.....	17
1.3 Conceito de poder familiar.....	21
1.4 Direitos e deveres decorrentes do poder familiar.....	23
1.5 Extinção/destituição e suspensão do poder familiar.....	24
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	26
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	26
2.2 Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes.....	28
2.3 Princípio da afetividade.....	31
2.4 Princípio da igualdade.....	32
2.4.1 <u>Princípio da igualdade entre filhos</u>	33
2.4.2 <u>Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros</u>	34
2.4.3 <u>Princípio da igualdade na chefia familiar</u>	35
3 GUARDA E FILIAÇÃO.....	37
3.1 Considerações sobre afiliação na antiguidade.....	37
3.2 A presunção de paternidade no ordenamento jurídico.....	39
3.3 Critérios determinantes da filiação.....	40
3.3.1 <u>Critério biológico</u>	40
3.3.2 <u>Critério afetivo</u>	40
3.4 Posse do estado de filho.....	41
3.5 Declaração de parentalidade.....	41
3.5.1 <u>Ação declaratória de ascendência genética</u>	41
3.5.2 <u>Ação declaratória de filiação socioafetiva</u>	44
3.6 Conceito de guarda.....	45
3.6.1 <u>Breve histórico</u>	46
3.6.2 <u>Principais espécies de guarda</u>	48
3.6.2.1 Guarda unilateral.....	48
3.6.2.2 Guarda alternada.....	49
3.6.2.3 Guarda de fato, provisória e definitiva.....	50
3.6.2.4 Guarda originária e derivada.....	51
3.6.2.5 Guarda compartilhada.....	51
4 A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	53
4.1 Aplicabilidade da guarda compartilhada.....	53
4.2 Diferença entre guarda compartilhada e guarda alternada.....	56
4.3 Efeitos jurídicos.....	57
4.3.1 <u>Efeitos positivos</u>	58
4.3.2 <u>Efeitos negativos</u>	59
4.4 Efeitos psicológicos.....	61
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho encontra-se intrinsecamente relacionado com as circunstâncias fáticas e sociais que acompanhamos no dia a dia. Em que pese a indissolubilidade do casamento, que perdurou no Direito Romano, Grego e Canônico, as constantes mudanças no estilo de vida do ser humano forçaram o legislador a instituir a figura da separação e posteriormente a do divórcio. Embora o direito civil fosse extremamente patrimonialista e inicialmente sua preocupação estava centrada na divisão dos bens adquiridos na constância do matrimônio, foi necessária uma atenção especial à prole. Com o advento dos ideais de direitos humanos, em 1948 foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual serviu de inspiração para a criação da Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1979, preceitos adotados pela Constituição Federal, recepcionando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Posteriormente, em 1989 foi realizada, pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, alicerçando a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no Brasil – Lei nº 8.069, de 1990.

Diante de toda legislação protetiva, o olhar do legislador se voltou para as crianças e adolescente que vivenciam o divórcio/separação dos pais, se o modelo de guarda vigente atenderia plenamente os interesses dos vulneráveis durante o processo de separação. Sendo assim foram editadas leis que viabilizaram o instituto da guarda compartilhada o qual tem por objetivo primordial a satisfação do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, o instituto não deve ser aplicado friamente a todos os casos, ele somente viabiliza a equidade e a isonomia, devendo ser estudados seus efeitos positivos e negativos, bem como deve ser feito um estudo criterioso da família em dissolução.

Neste trabalho foram utilizados diversos meios de pesquisa, entre eles: doutrinários, jurisprudenciais e virtuais.

Quanto à metodologia, recorreu-se aos métodos analíticos-sintéticos e indutivo-dedutivo e comparativos percorrendo desde a evolução histórica-legislativa do direito de família, a constitucionalização do direito de família, a estrutura principiológica que o compõe, as entidades familiares presentes na legislação e na sociedade, o conceito de filiação e, por fim a definição e análise dos modelos de guarda, bem como o paralelo entre a guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1 PODER FAMILIAR

1.1 Evolução histórica da família

A família surgiu como fenômeno natural, fruto da necessidade do homem de conviver em grupo, da necessidade de garantir a sobrevivência e a reprodução.

Ao longo da história, pesquisadores não conseguiram chegar a um consenso sobre o momento de seu surgimento, o que apontam é o desenvolvimento não linear, sendo que alguns autores, embasados em preceitos históricos traçam uma linha do tempo que nos permite analisar a evolução e os modelos familiares.

Nos ensinamentos de Noé Dias Medeiros (1997, p. 31-32), “[...] o instinto natural teria originado as hordas¹ promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem compromissos civis ou sociais”.

Nessa conjuntura, a promiscuidade das relações fazia com que a prole fosse atribuída somente à mãe, sendo a paternidade irrelevante nas relações parentais, trazendo a mulher como base da família e dando origem ao matriarcado.

Sob a análise do estado selvagem e discorrendo sobre a família matriarcal, Friedrich Engels enfatiza:

Em todas as formas de famílias por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos da família comum e tenha para com eles deveres maternais, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos demais. É claro, portanto, que, em toda a parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina. De fato, é isso que ocorre com todos os povos que se encontram no estado selvagem e no estado inferior da barbárie. (ENGELS, 1984. p. 43).

Vinculada pela gestação, a maternidade era sempre certa, monopolizando a chefia da mãe, a qual tinha como seus não só os filhos provenientes de seu ventre, mas todos do grupo familiar em comum.

O sistema matriarcal logo foi substituído pela chefia do homem, que assumiu a administração da família e dos bens, contudo, conforme apontado por Friedrich Engels, o primeiro núcleo familiar teve origem nas relações consanguíneas, seguindo o modelo de avós, pais, irmãos, entretanto, seus membros se relacionavam sexualmente, realizando o casamento somente entre pessoas do mesmo grupo.

¹ Tribos, reunião numerosa e desorganizada de pessoas.

Excluindo-se as relações sexuais recíprocas entre pais e filhos, surgiram as famílias Punaluanas, cujo casamento era celebrado entre membros de diferentes grupos, sendo que adiante eliminou as relações entre irmãos uterinos.

O fim do matrimônio entre genes e a maior durabilidade das uniões, deram origem a família Sindiásmica, caracterizada pelo casamento grupal. Após vários processos históricos, dentre eles a transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, começou a noção de monogamia, nascendo a família Monogâmica, cuja função essencial é a prole.

Com o advento da civilização, houve a necessidade de se individualizar, fortalecendo os laços entre os cônjuges e a prole, sendo que nessa trajetória a família adquiriu outras feições.

Passando à análise da família antiga, somos remetidos às famílias gregas e romanas, as quais atribuíam o fundamento da família a “[...] religião do fogo doméstico e dos ancestrais” (COULANGES, 1998, p. 40), ou seja, à religião, visto que não tinham o afeto natural como algo significativo para o direito.

Vislumbra Coulanges(1998, p. 40), que no Direito Romano as relações afetivas não se sobrepõem às leis da sucessão:

O pai pode amar a filha com ternura, contudo não podia legar-lhe os bens. As leis que regem o direito sucessório, o que vale dizer, entre as leis aquelas que traduzem mais fielmente as ideias que os homens tinham da família, contrariam flagrantemente seja a ordem de nascimento, seja as afeições naturais.

O fogo sagrado torna a família antiga em uma associação religiosa, de modo que “[...] o parentesco e o direito à herança serão regulamentados, não em conformidade com o nascimento, mas sim em conformidade com os direitos de participação no culto tais como a religião estabeleceu”. (COULANGES, 1998, p. 40).

Apesar do absolutismo paterno e de não possuir capacidade jurídica, a mulher passa a ter papel importante dentro da família desempenhando funções na celebração do culto doméstico, sendo levada em consideração a partir do momento em que era iniciada na religião.

Quando criança, a mulher observava e cultuava aos deuses do pai, quando se casava, aos do marido. Dessa forma, a religião era transmitida de varão a varão, sendo que o casamento implicava não só em abandonar o lar paterno, mas em aderir aos hábitos e religião do marido, deixando de cultuar os seus antepassados para oferecer banquetes aos antepassados do marido.

Para saciar os preceitos adorativos foi instituído o casamento, este, deixa de ser particularizado pela união do homem com a mulher e adquire feições de um verdadeiro ritual, atribuindo ônus para ambos os contraentes.

Coulanges (1998, p. 41) pondera que:

O casamento representava, por conseguinte, um ato de grande gravidade para a jovem; todavia, não é menos gravoso para o esposo, porque quer essa religião que seja nascido próximo ao fogo doméstico para que se tenha aí o direito de sacrificar. E, no entanto, o esposo vai aproximar de seu fogo doméstico uma estranha; com ela celebrará as cerimônias misteriosas de seu culto, lhe revelará os ritos e as fórmulas que são o patrimônio de sua família. Não há nada mais precioso que essa herança; esses deuses, esses ritos, esses hinos conservados a partir de seus pais. É o que protege a vida, prometendo-lhe a riqueza, a felicidade e a virtude. E, no entanto, em lugar de guardar para si tal poder tutelar, como o estado selvagem guarda seu ídolo ou seu amuleto, ele vai admitir uma mulher para dividi-lo consigo.

Com a finalidade de perpetuar a religião, o casamento era obrigatório. A união de duas pessoas não se dava pelo prazer ou pela afetividade, mas para a celebração do culto doméstico e originar um terceiro apto a propagar a crença, contudo o nascimento de uma filha não supria a necessidade, vez que esta seguiria a religião do futuro esposo, sendo necessário o nascimento de um varão.

A concepção de filhos era essencial para a manutenção do matrimônio, a esterilidade da mulher era causa de anulação do casamento, enquanto, se a esterilidade era do homem, este escolhia um parente próximo que o substituíra, ficando a mulher impedida de divorciar-se.

Sobre o reconhecimento do filho na família, Coulanges nos ensina que:

A entrada desse filho na família era assinalada por um ato religioso. Era mister, em primeiro lugar, que fosse bem acolhido pelo pai. Este, a título de senhor e guardião vitalício do fogo doméstico, como representante dos ancestrais, devia pronunciar se o recém-nascido era ou não da família. (COULANGES, 1998, p. 49).

O autor discorre ainda que a necessidade de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adoção a qual constituía em um “último recurso de para escapar à tão temida desgraça da extinção²”, sendo vedada a aqueles que possuem filhos. O instituto da adoção correspondia com o da emancipação em que, para entrar na nova família, o filho devia renunciar ao culto da família onde nascera.

² A desgraça da extinção se configura como a extinção do homem no âmbito físico e espiritual. A religião possuía caráter ambíguo, estando intimamente ligada ao culto dos mortos, assim seus descendentes ofereciam cultos e banquetes, sendo que o “morto que não deixou filhos não recebia sacrifícios e estava condenado a fome eterna”. (Luciano, De lucto).

Nesse trecho, pode-se afirmar que as relações parentais foram constituídas através do culto doméstico. “Platão diz que parentesco é a comunidade dos mesmos deuses domésticos” (PLATÃO *apud* COULANGES, 1998, p. 52).

A impossibilidade de pertencer a dois lares e a renúncia da mulher ao culto paterno no momento do casamento fazia com que os laços parentais se dessem somente por agnação³, contudo, a emancipação pela adoção extinguiu os laços parentais com a família de origem.

Conclui-se, portanto, que as famílias antigas eram desprovidas de laços afetivos, sendo que inicialmente foram formadas por uma afeição natural, moldando-se de acordo com a necessidade de procriação, passando pelo matriarcado até se chegar a uma estrutura patriarcal que se manteve pela forte influência religiosa.

Apesar de alicerçada sobre a religião e de possuir a prole como fundamento, o modelo familiar adotado em Roma após a civilização foi de suma importância, pois estabeleceu as diretrizes do Direito Romano.

O absolutismo e autoritarismo do homem fizeram com que a família além de uma unidade religiosa, fosse a base da economia, da política e da justiça. A administração dos bens pertencia exclusivamente ao *pater*⁴. A paternidade por presunção é aplicada somente aos casos em que comprovado que havia coabitação no momento da concepção. A necessidade de perpetuar o culto doméstico e a esterilidade do homem deu origem ao instituto da adoção.

Através dessa análise podemos ver a razão da família ser tratada como a base da sociedade, pois detinha em sua essência a organização política e social, intervindo nos padrões morais e éticos, além contribuir para a formação do Direito Romano, estabelecendo institutos e dirigindo as regras sucessórias.

Com o fortalecimento do cristianismo, a Igreja passou a ter grande influência, passando a exercer um serviço público e regulamentando os interesses privados, consistindo no Direito Canônico, durante a maior parte da Idade Média, o único direito escrito. (GILISSEN, 1995, p. 134).

Detentor dos domínios de direito privado, o direito canônico exerceu forte influência sobre os institutos do casamento e do divórcio. John Gilissen (1995), enfatiza que de acordo com a concepção cristã primitiva, a base do casamento é o amor, fazendo deste uma instituição sagrada simbolizada pela União de Cristo com a Igreja.

Inicialmente, a Igreja não impõe nenhuma formalidade ao casamento, limitando-se aos modelos já existentes. A partir do Baixo Império passa a exigir o cumprimento de certos

³ Parentesco por consanguinidade de linha masculina.

⁴ Figura masculina que detém o pátrio poder.

requisitos, instituindo alguns impedimentos com o intuito de inibir a bigamia, a poligamia, o incesto, o casamento entre parentes próximos, sendo que em 732 o Papa Gregório estende essa interdição até o 7º grau (GILISSEN, 1995, p. 568).

Valendo-se dos ensinamentos contidos no evangelho, o cristianismo estabeleceu a indissolubilidade do casamento: “[...] o homem não pode separar aquilo que Deus uniu” (S. Marcos, 10.2). (BIBLIA SAGRADA, 2002). Alguns doutores da igreja permitiam a dissolução por ocasião do adultério, contudo, a visão conservadora prevaleceu, restando o casamento indissolúvel no Direito Canônico.

Voltando ao Direito Romano, nos ensinamentos de John Gilissen (1995), no Direito Romano do Baixo Império, o casamento era um ato essencialmente privado e contratual, fundado no acordo de vontade dos nubentes, desprovido de formalidades e que não exigia a coabitação. O autor elenca os modelos familiares admitidos pelo direito romano: casamento religioso, casamento por compra, casamento por prescrição aquisitiva da *manus*⁵ e o casamento *sinemanu*. O divórcio era admitido nos casos de repúdio da mulher pelo marido, contudo, podia ser feito por ato unilateral pela mulher nos casos de casamento *sinemanu*.

Moldando-se aos costumes do Estado laico, logo o casamento se tornou um contrato que, apesar de indissolúvel perante Igreja, a partir do século XIII, passou-se a admitir a teoria da nulidade e da separação de pessoas.

Ainda sob a óptica de John Gilissen (1995), a teoria da nulidade é baseada na validade do consentimento dos nubentes, se esse consentimento estiver viciado, o casamento não existe, sendo declarado nulo. A declaração de nulidade tinha que ser feita exclusivamente por um tribunal eclesiástico.

Discorre o autor sobre a separação de pessoas, esclarecendo que esta suspende a vida em comum, contudo mantém a sociedade conjugal. Em oposição ao Direito Romano, o Direito Canônico não admite o simples repúdio como fundamento da separação, devendo essa ser declarada por um tribunal eclesiástico.

O marco na evolução do casamento se deu a partir do século XVI o qual foi demarcado por inovações no aspecto jurídico e religioso, estabelecendo paradigmas que serviram de inspiração para a posterior normatização.

As principais inovações se deram pela necessidade de o casamento ser celebrado por uma autoridade, ainda que eclesiástica e a publicação dos proclamas por três vezes

⁵ Poder do marido exercido sobre a mulher.

consecutivas; pelo consentimento dos pais; a consideração do casamento como contrato civil e o restabelecimento do divórcio.

Durante a Idade Média, a família passou por severas, mas, necessárias transformações, desprendendo-se do modelo patriarcal exacerbado, libertando-se das limitações religiosas, até que a Revolução Industrial modificou drasticamente o estilo de vida humana, refletindo nas relações familiares.

À medida que a família é vista como uma unidade de produção, o pai, até então chefe do núcleo familiar, passa a receber ajuda dos demais membros do grupo para garantir o sustento e sobrevivência. Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho está passando a ser vista em igualdade com o marido. A descoberta da pílula anticoncepcional e com os avanços científico-tecnológico os casamentos deixam de ter feições somente econômicas, alicerçando-se na afetividade.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka enfatiza:

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. (HIRONAKA, 1999, p. 2).

Caracterizada pela diversidade, pela igualdade de gêneros e tendo suas pilastras na afetividade e na busca pela felicidade, a família contemporânea abriu espaço para novos arranjos familiares, modificando os critérios de filiação, quebrando os paradigmas estabelecidos pela família antiga.

1.2 Evolução legislativa do direito de família brasileiro

Advindo da cultura colonial portuguesa e com forte influência religiosa, a família brasileira era monogâmica, patriarcal, hierárquica e patrimonialista, assemelhando-se à família romana ilustrada por Fustel de Coulanges. O Direito Canônico era a fonte do direito positivo, detendo a Igreja o domínio exclusivo de toda a matéria matrimonial.

Forçado pelo aumento populacional e pela diversidade de crenças, em 1863, foi promulgado o Decreto nº 3.069, que versa sobre o casamento, nascimento e óbito de pessoas que professam religião diversa ao Estado, admitindo o casamento: católico; o misto, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico; o acatólico, realizado de acordo com a religião dos nubentes, mas todos possuíam os mesmos efeitos do casamento católico.

Com o advento do Decreto nº 9.886, de 7 de março 1888, que estabeleceu e regulamentou o Registro Civil, e com a publicação do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro 1890, que proíbe a intervenção dos Estados em matéria religiosa, e consagra a plena liberdade de cultos e religiosa, foi necessário estabelecer diretrizes para o casamento civil, ocasião em que foi editado o Decreto nº 181/1890, o qual versava sobre formalidades preliminares, impedimentos, celebração de casamento de brasileiros no estrangeiro e casamento de estrangeiros no Brasil, provas, efeitos, nulidades, divórcio e dissolução, posse dos filhos e estabelecimento de disposições penais.

Diante do intenso processo legislativo, fez-se necessário a positivação do direito civil. Momento marcado pela promulgação do Código Civil Brasileiro, datado de 1916, o qual foi elaborado sob o prisma de uma sociedade machista, agrária, individualista, patrimonialista, desigual e exploradora. Mantendo no texto legal resquícios romanos e canônicos, dando ao casamento diretriz contratual, salvaguardando a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a distinção entre os sexos com a supremacia masculina, e a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Sofrendo ingerências religiosas, o Código de Beviláqua, vislumbrou apenas a figura do desquite, dando fim a sociedade conjugal, mas mantendo o vínculo matrimonial. Rompia-se o vínculo carnal, estabelecia-se a guarda dos filhos e a partilha de bens, entretanto os consortes permaneciam unidos pelo sagrado matrimônio.

As causas para a dissolução da sociedade conjugal encontravam-se elencadas no artigo 315, do Código Civil de 1916, sendo que o inciso III previa o desquite amigável ou judicial. O desquite amigável assemelha-se ao instituto da separação consensual, entretanto exigia-se que o casamento tivesse sido celebrado há mais de dois anos. Em contrapartida, a ação de desquite judicial estava fundada na ideia de culpa, viabilizada apenas nas hipóteses elencadas no artigo 317, do mesmo diploma legal. Cabe destacar que o consorte que deu causa ao desquite era penalizado, não podendo exercer a guarda dos filhos, sendo totalmente irrelevante o bem-estar da criança.

As crescentes modificações sociais conduziram a evolução da família. Para Maria Berenice Dias (2015) “A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho”.

Revogando vários dispositivos do Código Civil de 1916 e revolucionando a visão arcaica acerca da mulher, a Lei nº 4.121/62, garantiu à mulher o direito de exercer o poder

familiar e de participar conjuntamente com o marido da chefia familiar passando a efetiva administração do lar.

Nesse diapasão, em 1949 passou a vigorar a Lei n. 883, que regulamentava o reconhecimento de filhos considerados ilegítimos, possibilitando o ingresso de ação de reconhecimento de filiação, garantindo à prole direitos no tocante à herança e viabilizando a prestação de alimentos, entretanto, era necessário estar dissolvida a sociedade conjugal.

O grande marco na indissolubilidade do casamento se deu em 1977, com a instituição da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), dissolvendo o vínculo conjugal e o casamento, “[...] eliminando a ideia da família como instituição sacralizada”. (DIAS, 2015).

Apesar de trazer diversas inovações, isto, a saber: direito à mulher de poder optar ou não pelo uso do nome de família de seu marido; o Regime Parcial de Bens ser elevado a *status* de regime legal; a possibilidade dos vínculos familiares se encerram com o divórcio; o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ainda que concebidos na vigência do casamento e a concessão de direitos aos mesmos. A Lei do Divórcio manteve a culpa como fator para deferimento da guarda dos filhos e como forma de proteger o patrimônio oriundo do núcleo familiar, impôs como requisitos para o divórcio que o mesmo fosse realizado somente após o decurso de três anos da separação judicial e ficando vedada a concessão de divórcio mais de uma vez por pessoa.

Ainda que significativos, os avanços legislativos ocorridos no Século XX estavam longe de representar a realidade, uma vez que a pluralidade de arranjos familiares sempre existiu, só não eram tutelados pelo Estado.

No final do Século XX houve a chamada Socialização do Estado, reduzindo a exclusividade e a valoração conferida à propriedade e aos interesses individuais, surgindo outros valores que culminaram na constitucionalização do Direito de Família.

Sobre a Constituição do Direito de Família, Lôbo faz a brilhante análise:

Em contrapartida, as constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subseqüentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência. (LÔBO, 2008, p.6).

Tendo a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República, a Constituição Federal de 1988, reconstruiu o Direito de Família, alicerçando-o sobre uma nova base, oferecendo novos paradigmas.

Conforme apontado pelo Mestre Washington de Barros Monteiro, o Código Civil de 1916 não estava adaptado a Lei Maior e várias leis regulavam isoladamente, até mesmo de forma contraditória, institutos jurídicos de ordem civil (MONTEIRO, 2012).

Diante de tamanha incoerência surgiu a Constitucionalização do Direito, revogando o Código Civil, aplicando os dispositivos constantes da Carta Maior, principalmente nas relações familiares, as quais passaram a ser regulamentadas pela igualdade e pela afetividade, desvinculadas do casamento.

Em sintonia com a Constitucionalização do Direito Civil, objetivando a dignidade humana, a igualdade, a afetividade e o Estado Social, o Brasil adotou uma nova forma de legislar, vislumbrando institutos que possibilitaram a constituição da família moderna.

A Convenção da ONU, de 20 de novembro de 1989, sobre os direitos da criança e do adolescente, assumiu papel importante no direito de família, uma vez que serviu de suporte para o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, elevando o estado de filiação a direito personalíssimo, indiscutível e imprescritível, podendo ser exercido sobre os pais ou qualquer um dos herdeiros.

A proteção e segurança dos menores deixam de ser apenas familiar e adquire *status* social e estatal, conforme prevê o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Com a introdução da figura da União Estável no direito de família, a Lei nº 8.987/1994, passou a conceder direitos dos companheiros a alimentos e a sucessão, já a Lei nº 9.278/1996 garante as relações constituídas sem a celebração do casamento os mesmos direitos adquiridos com o matrimônio.

Vale lembrar que, apesar do Direito Civil ter assumido conotação constitucional, ainda vigorava o Código Civil de 1916, constituído por regras discriminatórias, em conflito com os princípios da igualdade, da dignidade e da afetividade, classificando a família como legítima ou ilegítima de acordo com o casamento estabelecido pela religião.

Passou a reinar a insegurança jurídica, pois, apesar da Lei Superior garantir os direitos fundamentais, estes não se encontravam codificados, dificultando sua compreensão e interpretação. Eis que se fez necessário a promulgação do novo Código Civil.

Em vigência desde 11 de janeiro de 2003, o Código Civil atual teve seu anteprojeto elaborado por uma comissão constituída em 1969, sendo sua aprovação, pela Câmara dos Deputados, ocorrida em 1975, ou seja, anterior a Lei do Divórcio de 1977 e a Constituição Federal de 1988, estando em desarmonia com o novo sistema jurídico.

Apesar das diversas emendas apresentadas, a redação aprovada pelo Senado Federal, encontrava-se eivada de inconstitucionalidades, sendo merecedor das críticas feitas por Maria Berenice Dias (2015, p.31):

O Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Mas o projeto original data de 1975, anterior, inclusive, à Lei do Divórcio, que é de 1977. Tramitou pelo Congresso Nacional antes da promulgação da Constituição Federal, em 1988, que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto sofreu modificações profundas para adequar-se às diretrizes constitucionais. Daí o sem-número de emendas que sofreu. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, regras de direito material preexistentes. Assim, o Código Civil já nasceu velho. Daí o papel dos lidadores do direito para aperfeiçoá-lo, nem que para isso precisem realizar, quem sabe, verdadeiras cirurgias plásticas, para que se adquira o viço que a sociedade merece.

Dessa forma, o Código Civil de 2002, no que diz respeito ao Direito de Família, teve o escopo de regulamentar os direitos já tutelados na Constituição Federal e leis esparsas editadas antes de sua vigência, não trazendo nenhuma inovação jurídica.

Por fim, a EC nº 66/2010, modificou a estrutura do Divórcio, o qual na concepção de Maria Berenice Dias é o único instituto capaz de acabar com o matrimônio. A Emenda Constitucional não estabelece prazos, não impõe a separação prévia e nem a necessidade de identificar causas para a dissolução do vínculo matrimonial.

Assim, os laços naturais, a afinidade e o uso da expressão de vontade tornam o casamento uma escolha pessoal, independentemente de qualquer influência moral ou religiosa, alicerçado sobre a afetividade, a dignidade humana e os princípios de igualdade.

1.3 Conceito de poder familiar

O Poder Familiar é um instituto de suma importância para o direito codificado. Advindo do Direito Romano tínhamos a figura do Pátrio Poder, ou seja, a autoridade do

patriarca sobre todos os membros da família, exercendo exclusivamente autoridade sobre a prole.

Conforme estabelece Waldyr Grissard Filho (2014, p. 29):

No direito romano, o *pátrio poder* – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O *pátrio poder* em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos.

Nesse regime primitivo, em algumas circunstâncias, o *pater familias* – que só podia ser exercido pelo varão – tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo (*ius vendendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*) e o de entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente (*ius noxae deditio*). Esses amplíssimos poderes, com a Lei das XII Tábuas (especialmente a IV), foram profundamente afetados, já que se limitou a três a venda que o pai podia efetuar do filho, dentre outras. Com o passar do tempo, o absolutismo opressivo dos pais reduziu-se a simples direito de correção, sob Justiniano (*ius domesticae emendationis*), que também aboliu a *noxae deditio*.

Com a promulgação da Constituição Social rompeu-se as ataduras que engessavam o Direito de Família, quebrando paradigmas, acabando com preceitos preconceituosos do vetusto Direito Civil e o reconstituindo sob a óptica do Princípio da Dignidade Humana.

Ao longo dessa transformação o Pátrio Poder, em que somente o pai exercia autoridade sobre os filhos, foi substituído pelo Poder Familiar, dando os pais (pai e mãe) poderes diretivos sobre a prole, vislumbrando os Princípios da Igualdade e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Juristas renomados como Lafayette Rodrigues Pereira e Clóvis Beviláqua associavam a figura do Poder Familiar ao pai, remetendo-se ao Pátrio Poder, limitando os poderes de educação, responsabilidade, solidariedade, afetividade e cuidado somente à figura paterna.

Entretanto, tal posicionamento remonta-se ao vetusto e preconceituoso Direito de Família.

Conforme explanado nos tópicos anteriores, os preceitos de igualdade adotados para a Carta Maior foram incorporados ao Direito de Família, ampliando o conceito de Poder Familiar.

José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 55), conceitua:

O 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 o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, proteger e educar.

Por outro lado, Maria Berenice (2015, p. 462) esclarece “[...] o poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagrada da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”.

O conceito Legal de Poder Familiar encontra-se no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

Conforme apontado por Maria Berenice Dias (2015), a análise restrita do Poder Familiar nos remota ao seu conteúdo, tendo como objeto e sujeito de direitos o filho, ficando a cargo do Estado, limitar a atuação parental, a qual deixou de ser afigurada pelo pai e alcança a mãe ou todo aqueles que exercem a figura de autoridade sobre os filhos.

Brilhantemente WaldyrGrisard Filho (2014, p. 49), estabelece:

Do conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais decorrem duas categorias de relações, tendo em vista os fins a que se destinam e o bem jurídico que visam tutelar: uma, relativa à pessoa dos filhos menores, outra, relativa aos seus bens; portanto, pessoais e patrimoniais.

Dessa forma, pode-se concluir que Poder Familiar é o conjunto de deveres e direitos que vincula os integrantes do núcleo familiar encontrando o limite da sua atuação nas fronteiras estabelecidas pelo Estado.

1.4 Direitos e deveres decorrentes do poder familiar

A conceituação legal de Poder Familiar encontra-se no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo seus direitos e deveres encontram-se delineados nos incisos do artigo 1634 do atual Código Civil.

Sabidamente, Maria Berenice Dias (2015, p. 389), aponta como crítica ao texto legal:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é

a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Torna-se importante destacar ainda que, o rol do artigo 1634 do CC não é exaustivo, há ainda os estabelecidos pelos artigos 227 e 229 da Constituição Federal e o do artigo 22 do ECA, os quais somam-se ao estabelecido no Código Civil.

No tocante ao ensino esse é um direito subjetivo público, ou seja, se desdobra no Estado e na Família, sendo que o papel da família constitui em promovê-lo e incentivá-lo, sendo que seu inadimplemento constitui infração penal (artigo 246 do Código Penal) e administrativa (artigo 229 do ECA).

Dessa forma, a análise dos textos legais impostos pelas legislações constitucional e infraconstitucional tem que ser feita em consonância com os Princípios da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Afetividade e do Melhor Interesse da Criança e Adolescente.

1.5 Extinção/destituição e suspensão do poder familiar

Conforme estudado acima o Poder Familiar se traduz nos deveres dos pais para com os filhos, tendo sua atuação limitada pelo Estado.

A própria ordem natural da vida prevê a extinção do Poder Familiar, estando esse rol elencado no artigo 1635 do Código Civil, podendo citar a morte dos pais ou filhos e o atingimento da maioridade civil.

Entretanto o referido artigo aponta situações onde a atuação do Estado impõe a extinção do Poder Familiar: emancipação, adoção ou por decisão judicial. Há ainda as situações apontadas pelos artigos 1637 e 1638 do Código Civil, 22, 24 2 129-X, do ECA.

Destaca-se que conforme dispõem os artigos 155 e 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente a extinção pode ser somente em relação ao filho vítima ou se estender sobre toda a prole.

A suspensão do Poder Familiar encontra-se relacionada ao abuso de autoridade, falta dos deveres paternos e dilapidação dos bens dos filhos, intervindo o Estado por intermédio do juiz por meio de requerimento de algum parente ou do Ministério Público, podendo a suspensão ser aplicada a ambos os genitores ou a um só, ser temporária, no todo ou em parte.

Já a extinção se dá pela prática de castigos imoderados, deixar a prole em situação de abandono, por prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou pela prática reiterada de atos que induzem a suspensão do Poder Familiar. Sua extinção atinge toda a prole.

Aplicada a suspensão ou a extinção do Poder Familiar passa ao outro genitor; se esse não se achar em condições de assumir o encargo, o juiz nomeará tutor ao menor, conforme previsão dos artigos 1.728, II, do CC, 101, VIII, e 165 a 170, do ECA.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

A promulgação da Constituição Federal modificou a operação da hermenêutica jurídica, dando aos princípios *status* de norma constitucional, sendo “[...] a porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito” (PEREIRA *apud* DIAS, 2015, p. 64).

Conforme apontado por Maria Berenice Dias (2015) existem os princípios gerais que se aplicam a todo ramo do direito, tais como: o princípio da igualdade, da dignidade, da liberdade, da proibição do retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes, entretanto há princípios especiais que são próprios do direito de família e devem servir de norte na hora de apreciar questões de família. Vislumbra ainda a autora que a doutrina e jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Derivado do direito francês, o Princípio da Dignidade Humana teve ascensão na Declaração de Direitos Humanos de 1948, sendo incorporado em nosso ordenamento jurídico somente pela Constituição Federal de 1988.

Reconhecido pela doutrina como macro princípio ou princípio dos princípios, encontra-se tutelado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo o esteio de sustentação dos demais princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Por se tratar de uma cláusula geral é difícil sua conceituação, admitindo-se diversas interpretações.

Nas lições de Flávio Tartuce (2014, p. 7), pode-se conceituar o macroprincípio como:

Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como sendo “[...] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana” (A eficácia..., 2005, p. 124). A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com sua comunidade.

A atuação do Estado Social encontra seus limites no Princípio da Dignidade Humana, devendo abster-se de praticar condutas que afrontem a dignidade pessoal, bem como garantir o mínimo existencial observando os direitos e garantias fundamentais.

O Superior Tribunal de Justiça demonstra sabiamente a aplicação do macroprincípio:

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO. NETO INVÁLIDO QUE ESTAVA SOB GUARDA DA AVÓ PENSIONISTA. EQUIPARAÇÃO A FILHO PREVISTA EM LEI ESTADUAL. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DOMENOR. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. **A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.**
2. Esse princípio, tido como valor constitucional supremo, é o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitamos direitos fundamentais, auxiliando na interpretação e aplicação de outras normas.
3. **Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana** e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico [...] (STJ - RMS: 33620 MG 2011/0012823-2, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19/12/2011).

Aplicável aos diversos ramos do direito é no Direito de Família que a dignidade humana se materializa. Conforme vislumbra Maria Berenice Dias (2015, p. 45):

A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas.

Apesar de ser um instituto de direito privado, as relações familiares refletem no âmbito público, ficando a cargo do Estado sua regulamentação, valendo-se dos direitos e garantias fundamentais. Flávio Tartuce denomina essa inteiração de família-dignidade, apontando os ensinamentos de Gustavo Tepedino (2014, p.7):

[...] que a família, embora tenha seu prestígio ampliado pela Constituição da República, deixa de ter *valor intrínseco*, como uma instituição meramente capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir. Mais do que isso, segundo o jurista, a família passa a ser valorizada como núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

O caráter eudemonista da família encontra seu fundamento na dignidade humana, preceituando que o núcleo familiar deve servir de ambiência para que seus membros se realizem como pessoas.

Os Tribunais Superiores têm proferido decisões admitindo indenização civil no caso de abandono afetivo, vislumbrando que a ausência de afetividade afeta o ser humano em seu mais profundo âmago, causando danos psicológicos irreparáveis.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO, COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação a sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso Parcialmente provido” (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012).

Decorrente da análise do julgado supramencionado, são supridas todas as dúvidas quanto à dignidade humana, ou seja, está se encontra no plano interior, nas relações de afetividade, no dever de cuidado, no mínimo existencial que cada cidadão necessita, abrangendo as relações de carinho e cuidado quanto os aspectos patrimoniais.

2.2 Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes

Sob influência do direito norte-americano que no caso *Commonwealth v. Addicks*, ocorrido em 1813, em que a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais, atribuindo à mãe, acusada de adultério, a guarda da criança, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou o princípio da proteção à criança e ao adolescente, vislumbrando o melhor interesse do menor.

O artigo 227, *caput*, da Carta Magna assegura à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 todos os direitos e garantias fundamentais que gozam a pessoa humana.

Com o advento da Convenção da ONU de 1989, em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, dotado de princípios de proteção e amparo à criança e ao adolescente, regulamentando os preceitos constitucionais.

Tal princípio foi incorporado pelo Direito Civil, encontrando-se implícito nos artigos 1.583 e 1.584, os quais sofreram drásticas alterações após a promulgação da Lei nº 11.698/2008, que possibilitou a guarda unilateral e a compartilhada.

Estabelecendo uma ordem cronológica e limitando a atuação dos dispositivos legais, Flávio Tartuce (2014, p. 22), elucida que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera como criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade. Quanto ao jovem, foi promulgada a Lei nº 12.825/2013, conhecida como Estatuto da Juventude, e que reconhece amplos direitos às pessoas com idade entre quinze e vinte e nove anos de idade e tidas como jovens.

Para compreender melhor o princípio é necessário a conceitualização do termo proteção. Na concepção do Juiz italiano Paolo Verdone: “[...] o termo proteção pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, isto é, basicamente, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano” (CURY, 2002). Aprofundando a questão:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles (CURY, 2002).

A proteção conferida pelo princípio torna a criança e adolescente sujeitos de direitos, os quais devem ser tutelados pela família, pela sociedade e pelo Estado, ficando a cargo deste último o dever jurídico de criar mecanismos para o efetivo exercício destes direitos.

Maria Berenice Dias (2015, p. 45) elucida a questão e ressalta o caráter eudemonista do princípio, afirmando que “[...] o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva”, além de encontrar “na família o solo apropriado para florescer”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 1º, 3º e 4º elenca os direitos fundamentais da criança e do adolescente, ressaltando os inerentes ao da pessoa humana e destacando o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, estabelecendo ainda absoluta prioridade para a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

O direito à saúde física e mental assegura a proteção da gestante e ao feto, ficando a cargo do Estado assegurar acompanhamento médico e psicológico a gestante e a parturiente, tais premissas encontram-se positivadas nos parágrafos do artigo 8º da Lei nº 8.069/90, sendo que da interpretação da lei surgiram os alimentos gravídicos, tutelados pela Lei nº 11.804/2008.

As convenções internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro em consonância com a Constituição Federal, bem como ao Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente e o ECA, repudiam toda e qualquer forma de violência contra a criança e adolescente. Preceito esse que tem crescido na sociedade atual e tem conduzido a eliminação de formas de correção abusiva, caracterizadas por castigos que trazem ofensas psicológicas e físicas, entretanto estudos apontam que a violência contra a prole encontra-se associada a fatores culturais ligados ao alcoolismo e uso de drogas pelos pais, miséria, desemprego, baixa autoestima, problemas psicológicos e psiquiátricos.

Torna-se importante destacar que a violência infantil transcende o âmbito familiar, podendo ser praticada em instituições de educação, centros de internação de adolescentes submetidos à medida socioeducativa, nas comunidades, por babás, vizinhos, entre tantos outros, sendo considerada crime tipificado no artigo 136, do Código Penal.

Ainda sob a óptica da saúde física e mental da criança, editou-se a Lei nº 12.318/2010, que versa sobre a Alienação Parental.

O conceito de Alienação Parental encontra-se definido no artigo 2º da lei supramencionada:

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. (BRASIL, 2010).

Ilustrando a questão, Maria Berenice Dias (2015, p.46) estabelece que:

O fato não é novo: usar filhos como instrumento de vingança pelo fim do sonho do amor eterno. Quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos. Promove verdadeira “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. O filho é programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas. Assim afasta-se de quem ele ama. Esta é uma prática que pode ocorrer ainda quando o casal vive sob o mesmo teto. O alienador não é somente a mãe ou quem está com a guarda do filho. O pai pode assim agir, em relação à mãe ou ao seu companheiro. Tal pode ocorrer também frente a avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos. Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive - com enorme e irresponsável frequência - a alegação da prática de abuso sexual.

A proteção integral visa justamente garantir e efetivar a dignidade da pessoa humana às crianças e aos adolescentes, fornecendo meios para que tenham condições mínimas existenciais e a concretude de seus direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de haver injustiças e de sempre priorizarem outros aspectos que não de interesse das crianças e dos adolescentes.

Dessa forma, observa-se que, em que pese o princípio exercer forte papel na proteção da criança e do adolescente o mesmo é insuficiente para garantir efetivamente o papel protetivo, o qual ultrapassa o direito e deve ser exercido mediante políticas públicas e sociais voltadas efetivamente para o seio familiar.

2.3 Princípio da afetividade

A família contemporânea encontra suas pilastras na afetividade, que deixa de ser um mero sentimento e, através de uma interpretação abrangente do Princípio da dignidade humana, adquire *status* de princípio, passando a reger a sucessão e sendo utilizada como critério para definição de filiação.

Na concepção de Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA *apud* TARTUCE, 2014, p. 24).

A I Jornada de Direito Civil CJF/STJ, em seu Enunciado nº 103, estabelece:

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 heteróloga⁶ relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (CJF, 2002a).

Nesse sentido, é o Enunciado nº 108 CNJ/STF, “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e a socioafetiva”. (CJF, 2002b).

Apesar de implícito na codificação brasileira, Paulo Lôbo faz menção aos preceitos constitucionais norteadores do princípio da afetividade:

[...] a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 §6º); b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família (CF 226 §4º); e d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227). (LÔBO *apud* DIAS, 2015,p. 48).

O Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil CNJ/STF, elucidou a questão do parentesco civil, abrindo precedente para o parentesco socioafetivo. Já a IV Jornada, nos Enunciados nº 339 e 341, aclarou acerca do rompimento da filiação socioafetiva e consagrou a obrigação de prestar alimentos. Findando a questão a V Jornada no Enunciado nº 519, estabelece que para que surjam efeitos pessoais e patrimoniais é necessário o reconhecimento judicial do parentesco socioafetivo. (CJF, 2012).

Maria Berenice Dias (2015), consagra o Princípio da afetividade como norteador do Direito de Família, vez que a afetividade foi capaz de estabelecer parentescos e modificar os direitos pessoais e patrimoniais.

2.4 Princípio da igualdade

Presente desde o preâmbulo da Constituição Federal da República é no rol dos direitos e garantias fundamentais que encontramos sua melhor definição:

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

⁶Na inseminação artificial heteróloga o material genético não é obtido dos futuros pais, sendo adquirido de um terceiro que não guardará vínculo afetivo com a futura criança.

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...]. (BRASIL, 1988).

Rompendo paradigmas, eliminando a desigualdade de gêneros e reformulando o sistema de chefia familiar, a igualdade foi de suma importância para o Direito de Família, servindo como fundamento dos demais princípios norteadores do Instituto.

2.4.1 Princípio da igualdade entre filhos

Em que pese a Lei nº 883/1949, possibilitar o reconhecimento dos filhos concebidos fora da sociedade conjugal, ainda imperava o preconceito, recebendo a prole tratamento pejorativo e discriminatório.

Dotado de preceitos e expressões vexatórias, o Código Civil de 1916 em seu artigo 332 estabelecia que: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade ou adoção”. (BRASIL, 1916).

Somente com o advento do texto constitucional de 1988 é que se superou, juridicamente, a questão, atribuindo tratamento igualitário aos filhos provenientes ou não da relação de casamento, ou por adoção e proibindo qualquer designação discriminatória relativas à filiação, artigo 227, §6º da CF/88.

Encerrando a questão, Flávio Tartuce (2014, p.16) esclarece:

[...]Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*, *comuns em um passado não tão remoto*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica sob as penas da lei. Trata-se desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

O reconhecimento do parentesco civil e as relações socioafetivas garantem a igualdade aos filhos adotivos, àqueles concebidos por inseminação artificial heteróloga, e aos filhos concebidos pelas relações de afetividade e afinidade.

2.4.2 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

Aplicando-se o conceito extraído do inciso I do artigo 5º da CF/1988, o Código Civil de 2002 aboliu a expressão homem do artigo 1º (antigo artigo 2º do Código de 1916), adotando o termo pessoa, reforçando o princípio da isonomia e manifestando repúdio às distinções de sexo, sendo que tal preceito aplica-se à figura da união estável, instituto reconhecido como entidade familiar.

Na seara civil a igualdade entre cônjuges e companheiros refletiu no aspecto pessoal e patrimonial, viabilizando o uso do nome do cônjuge livremente, ficando este a cargo das partes, artigo 1565, §1º, do Código Civil, além da possibilidade da prestação de alimentos ser realizada tanto pelo homem quanto pela mulher, devendo o alimentando provar a necessidade.

Flávio Tartuce (2014, p.16/17) esclarece:

No que concerne aos alimentos, reconhecendo essa igualdade, há julgados anteriores do Tribunal de Justiça de São Paulo apontando que a mulher apta a trabalhar não terá direito a alimentos em relação ao ex-conjuge. Em alguns casos, a jurisprudência paulista entende que haverá direito à pensão somente por tempo razoável para sua recolocação no mercado de trabalho:

‘Alimentos. Prova de dedicação da mulher ao lar, em prejuízo da atividade profissional para a qual se formou. Direito à pensão por tempo razoável para sua recolocação no mercado de trabalho. Recurso parcialmente provido’ (TSSP, Apelação Cível 196.277-4/SP, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Aguilar Cortez, 23.08.2001).

[...]

Atualizando a obra, mais recentemente, o mesmo STJ tem seguido o entendimento anterior do Tribunal Paulista fixando por tempo razoável o que se convencionou denominar de *alimentos transitórios*. Vejamos o teor da publicação, constante do *Informativo n. 444*, de agosto de 2010:

‘Alimentos transitórios. A estipulação de alimentos transitórios (por tempo certo) é possível quando o alimentando ainda possua idade, condição e formação profissional compatíveis com sua provável inserção no mercado de trabalho. Assim, a necessidade de alimentos perdura apenas até que atinja a aguardada autonomia financeira, pois, nesse momento, não mais necessitará da tutela do alimentante, então liberado da obrigação. (que se extinguirá automaticamente)’ (STJ, REsp, 1.025.769/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.08.2010).

No que concerne às uniões homoafetivas a legislação previdenciária foi pioneira em abordar o tema e dar a devida aplicação do princípio da igualdade entre os cônjuges, não vinculando a concessão de benefício *post mortem* ao gênero, mas ao critério de necessidade e dependência.

Elucidando a questão:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO HOMOAFETIVA. [...] A Turma entendeu, entre outras questões, que, comprovada a

existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada do qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos da união estável. [...] Assim, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados no regime geral, bem como dos participantes no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas [...] Nesse contexto, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam, não só o Direito Constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Destarte, especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. Por fim, registrou-se que o alcance dessa decisão abrange unicamente os planos de previdência privada complementar'. (REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04/02/2010).

Diante da igualdade entre cônjuges e companheiros, surgiu o debate acerca do foro privilegiado da mulher para ação de alimentos, de separação e de divórcio, contudo, a jurisprudência é pacífica no sentido de que com a Constituição Federal e os princípios de igualdade e isonomia tal norma não deve subsistir, devendo ser aplicada a regra do Código de Processo Civil, ou seja, o foro de domicílio do réu.

Entretanto, Flávio Tartuce (2014) é categórico ao afirmar que a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, viabiliza a propositura de ação civil no foro de seu domicílio ou residência, no foro do lugar da ocorrência do fato que baseou a demanda ou no foro de domicílio de seu agressor. Tais prerrogativas são concedidas em caráter especial, visto que a lei tem o escopo de coibir a violência doméstica.

O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade e conceder à mulher tratamento diferenciado de que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. (DIAS, 2015, p.19).

2.4.3 Princípio da igualdade na chefia familiar

Derivado do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, a chefia familiar passou a ser exercida em cooperação mútua, vislumbrando o companheirismo, a afetividade, a assistência e o respeito, conjecturando a solidariedade e eliminando o regime hierárquico presente nas relações familiares.

No âmbito constitucional o princípio encontra-se tutelado pelo artigo 226, § 7º, compete a legislação infraconstitucional definir suas dimensões. Conforme elenca Flávio Tartuce (2014, p.20):

[...]o artigo 1.634, traz as atribuições do poder familiar: a) direção da criação e educação dos filhos; b) ter os filhos em sua companhia e guarda; c) conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para casarem; d) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; e) representar os filhos 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; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Pondera ainda o autor que a “[...] última atribuição, a obediência deve ser exigida com moderação, sem que a relação entre pais e filhos seja ditatorial, violenta ou explosiva”. (TARTUCE, 2014, p. 21).

Nesse entrecho o pátrio poder foi substituído pelo poder familiar, eliminando o modelo hierárquico de família e dando origem à família democrática, moldada pelos princípios de igualdade e liberdade, vislumbrando a pessoa humana como ser único dotado de direitos e deveres, adotando a afetividade e os critérios de assistência, respeito e solidariedade como elementos de família.

3 GUARDA E FILIAÇÃO

Desde as primeiras civilizações o nascimento é encarado como elo de dependência, o qual demanda cuidados e que faz surgir os primeiros laços de afetividade.

Atualmente a filiação é conceituada “[...] como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau” (TARTUCE, 2015, p.362). O conceito é extremamente vago, limitando-se a estabelecer a relação entre pais e filhos e ressaltar as normas elencadas no artigo 1.597 do Código Civil.

Vários critérios integram o conceito de filiação, sendo que as constantes modificações socioculturais têm viabilizado o reconhecimento do vínculo socioafetivo como fator determinante de filiação.

Alicerçada sob o prisma do princípio da igualdade entre filhos, previsto na Constituição Federal, a o conceito contemporâneo de filiação não admite nenhuma forma de distinção ou discriminação entre as formas de filiação, além de viabilizar efeitos patrimoniais decorrentes do reconhecimento de paternidade socioafetiva.

3.1 Considerações sobre afiliação na antiguidade

A análise histórica da filiação nos remete ao estudo da família realizado no capítulo 1. Inicialmente, devido à organização das hordas e o matriarcado não era possível estabelecer a paternidade, admitindo a filiação, descendência e parentesco somente pelo lado materno.

Com advento do patriarcado, no Direito Romano passou a imperar a *pater is est quem nuptiae demonstrant*, atribuindo ao marido os filhos concebidos durante o casamento. Entretanto, a admissão do filho no seio familiar encontrava-se vinculada a um ato de vontade do patriarca.

Vislumbrando a autonomia paternal e admitindo somente a família constituída pelo casamento, o Direito Canônico classifica o parentesco em legítimo e ilegítimo, conforme resulta ou não do casamento, classificação determinante no reconhecimento da paternidade e concessão de direitos sucessórios.

Inspirado no Direito Romano e dotado de princípios do Direito Canônico, o Código Francês de 1804, manteve a classificação da filiação, entretanto estendeu o conceito de filhos legítimos abrangendo “[...] além dos filhos concebidos e nascidos durante o casamento,

também aqueles concebidos antes e nascidos após a celebração da união conjugal” (FACHIN, 1992, p.30), engessando a proteção da família matrimonializada.

Nesse entrecho, somente o *pater* possuía legitimidade para contestar a paternidade, ficando restrito a um rol taxativo, ressaltando entrelaçamento entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica.

Insculpido sob a égide do Direito francês, o Código Civil de Beviláqua incorporou os resquícios Romanos e Canônicos, resguardando a “preservação do núcleo familiar” e mantendo a distinção entre os filhos, preceito observado na redação do artigo 358 do Código de 1916: “[...] os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”. (BRASIL, 1916). Sabiamente Clóvis Beviláqua, ponderava: “[...] a falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas”. (BEVILÁQUA *apud* DIAS, 2015, p. 355).

Destarte, os preceitos morais e os princípios norteadores do vetusto direito de família faziam com que a prole sofresse as consequências jurídicas e emocionais do adultério cometido pelos pais.

Somente na década de 1940, com a promulgação do Decreto Lei nº 4.737/1942 e da Lei nº 883/1949, houve avanço legislativo, possibilitando o reconhecimento do filho havido fora do casamento, contudo exigia-se que já estivesse dissolvida a sociedade conjugal do genitor. Malgrado o avanço legislativo, esse somente viabilizou o amparo social, ou seja, o pedido de alimentos, mantendo a discrepância entre os filhos legítimos e ilegítimos no campo sucessório.

A Carta Maior de 1988 eliminou a distinção entre filhos, entretanto foi a Lei nº 7.841, de 1989, que revogou o artigo 358 do Código Civil vigente na época e viabilizou o reconhecimento dos filhos espúrios, mas, com o advento da Lei de Divórcio é que todos os filhos passaram a participar da sucessão em igualdade de condições.

Regulamentando as inovações abrangidas pela legislação especial e pela Carta Magna, O Código Civil de 2002 manteve a paternidade por presunção, todavia, ampliou o rol, aplicando a presunção nos casos de viuvez da mulher e de inseminação artificial.

3.2 A presunção de paternidade no ordenamento jurídico

Extraída do Direito Romano, a *pater is est* atribuí ao marido os filhos concebidos na constância do matrimônio, conceito que possui o escopo de manter a harmonia familiar, ignorando a verdade biológica.

O pretérito Código Civil estabelecia que a ação de contestação de paternidade era “[...] privativa ao marido em lapso temporal exíguo, nas hipóteses do art. 340 que relevam, indiretamente, as presunções de coabitação no prazo legal da concepção” (FACHIN, 1992, p.49). Dentre as hipóteses do artigo 340 estavam a impotência sexual ou esterilidade e a separação legal, sendo que se os cônjuges conviveram algum dia sob o mesmo teto após o início do processo de separação essa não possui efeito para a contestação da paternidade.

A ficção jurídica se manteve no Código Civil de 2002, contudo o artigo 1.597 ampliou o rol da presunção, valendo-se da ciência para criar prazos e identificar a paternidade:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

O texto legal é alvo de diversas críticas, vez que não contemplou os filhos concebidos durante a união estável, Maria Berenice Dias (2015, p.361) aponta que:

De forma absolutamente injustificada a lei não estende a presunção de paternidade à união estável. Tal leva boa parte da doutrina a afirmar que a presunção *pater est* só existe no casamento, Talvez por isso não seja imposto o dever de fidelidade aos conviventes, somente o dever de lealdade (CC 1.724). A diferenciação é de todo desarrazoada. Se a presunção é de relacionamento sexual durante o casamento, esta mesma presunção existe na união estável.

Com os avanços tecnológicos e com o surgimento do ácido desoxirribonucleico(DNA) a ficção jurídica perde sua razão de ser, tornou-se obsoleto todos os métodos científicos até então empregados para estabelecer a filiação. A comparação genética através do DNA é tão esclarecedora e conclusiva quanto as impressões digitais que se obtêm na datiloscopia, daí afirmar-se que o DNA é uma impressão digital genética. (VELOSO *apud* GONÇALVES, 2010).

Em que pese a elucidação da origem genética por intermédio do exame de DNA, o atual Código Civil confere a paternidade registral presunção de veracidade, tornando o registro civil prova da filiação.

A viabilização da origem genética esclarece a paternidade biológica, contudo não finda a presunção de paternidade advinda do Direito Romano.

3.3 Critérios determinantes da filiação

3.3.1 Critério biológico

A origem genética vai além do estado de filiação, alcança os Direitos da Personalidade, os vínculos de parentalidade, entretanto “[...] seu exercício não significa inserção em relação de família” (DIAS, 2015, p.363).

Buscando a verdade real, a filiação biológica é definida como um vínculo de consanguinidade, definido como elemento inerente da pessoa humana, sendo um direito imprescritível, personalíssimo e indisponível, não podendo ser obstado pela existência de um registro civil.

3.3.2 Critério afetivo

O critério biológico estabelecido pela origem genética determina o vínculo genitor, contudo, por si só não é capaz de definir o estado de filiação.

A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito de filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família que cumpre a sua função social faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força da presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva (BOEIRA *apud* DIAS, 2015).

Atendo-se ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, ao da Dignidade Humana e da Afetividade, a paternidade socioafetiva não pode ser desconstituída em face à paternidade biológica, uma não se sobrepõe a outra, ambas caminham lado a lado; ainda que constituída por intermédio da Adoção “à brasileira”, a paternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da filiação.

3.4 Posse do estado de filho

É no Direito Real que encontramos o melhor conceito de posse, estando esta vinculada a um ato de vontade, de exteriorização, fundamentada na teoria da aparência que faz com que todos acreditem em uma situação aparenta ser verdadeira.

No campo do Direito de Família, a posse não se estabelece com o nascimento, mas, com os laços de afetividade e solidariedade, traduzindo-se na filiação socioafetiva. A doutrina elenca os aspectos determinantes para o reconhecimento da posse do estado de filiação (LÔBO *apud* DIAS, 2015, p.372):

- a) *Tractatus* – quando o filho é tratado como tal, criado e educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe;
- b) *Nominativo* – usa o nome da família e assim se apresenta;
- c) *Reputatio* – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais.

Dessa forma, a construção do parentesco civil de outra origem se dá pela exteriorização dos elementos de afeto, solidariedade, igualdade e pelo caráter eudemonista que compõe a família moderna.

3.5 Declaração de parentalidade

O ordenamento jurídico consagra a ação de investigação de paternidade e/ou maternidade, a qual pode ser oposta pelo filho, pelo pai, pela mãe ou por seus descendentes e ou herdeiros, todavia com a introdução do afeto nas relações jurídicas novas demandas começaram a surgir, dentre elas a ação declaratória de ascendência genética e ação declaratória de filiação socioafetiva.

3.5.1 Ação declaratória de ascendência genética

A verdade real composta pelo exame de DNA, que permite a determinação da filiação biológica, transcende o Direito de Família e ganha proteção constitucional, pois, integra um dos Direitos da Personalidade, indo além da presunção de paternidade e do *status* de prova de filiação que goza o registro civil.

Constituída sobre a perspectiva do Princípio da Dignidade Humana, a ascendência genética é elemento subjetivo fundamental na construção da identidade pessoal do ser humano possibilitando sua identificação pessoal e sua localização pessoal (ALMEIDA, 2003).

Paulo Lôbo (2003, p.151-153) faz a sábia distinção entre paternidade e origem genética:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).

Cabe destacar que por se encontrar no campo do direito da personalidade a ação de reconhecimento de ascendência genética não gera efeitos patrimoniais, os quais deverão ser pleiteados em ação própria.

Não obstante o registro civil gozar de presunção de veracidade, o mesmo não pode ser usado como óbice à investigação de ancestralidade tampouco para estabelecer prazo prescricional como aduz o Código Civil, estando a questão superada pelo Supremo Tribunal Federal:

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô. - **Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.** - Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. - **O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.** - **O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.** - A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (NeueJuristischeWoche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que ‘os direitos da personalidade (Art. 2 Par.1º e Art. 1º Par.1º

da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.' - Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que 'em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue'. - Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): § 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.- Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo. Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação. O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança. A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida. - As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação. - Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.- A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em reformatio in pejus. Recurso especial provido. (STJ - REsp nº 807.849 - RJ - 2ª Seção- Rel. Min. Nancy Andrighi - DJ 06.08.2010).

Conclui-se, portanto, que a ação declaratória de ascendência genética não descaracteriza a paternidade registral ou a socioafetiva, possuindo o escopo de satisfazer os elementos subjetivos da pessoa humana.

3.5.2 Ação declaratória de filiação socioafetiva

O afeto como elemento substancial da família adquiriu feições capazes de determinar os elos de parentalidade e filiação, desprezando a verdade real/biológica e tutelando os laços advindos das relações cotidianas.

A filiação não comporta distinção e por força do Princípio de Proteção à Criança e Adolescente deve ser enfrentada de forma que abarque os elementos fisiológicos e psicológicos.

Conforme pontua Jacqueline Filgueiras Nogueira (2001, p. 86), a figuração dos pais é:

[...] para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.

O elemento psicológico da reciprocidade somado a paternidade responsável prevista no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, materializam o parentesco de outra origem previsto no Código Civil.

No âmbito obrigacional, o reconhecimento da paternidade socioafetiva, seja voluntária ou judicial, gera efeitos patrimoniais e sucessórios, ressaltando o dever de cuidado e a solidariedade presentes no direito de família.

Em que pese a doutrina estabelecer que a paternidade biológica não se sobrepõe a paternidade socioafetiva e vice-versa, os Tribunais Superiores têm se voltado a atender a situação fática, sobrepondo a verdade ficta sobre a verdade real. Sabiamente a Ministra Nancy Andrighi, afirma que “[...] por meio de uma gota de sangue, não se pode destruir vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que, um dia, declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser seu pai”. (IBDFAM, 2017).

Diante do desdobramento da paternidade, da coexistência do vínculo biológico e afetivo e da reconstrução dos modelos familiares, o legislador e o operador do direito têm tido um árduo trabalho, pois, não basta a aplicação pura e simples da lei, sua interpretação tem que ser extensiva, a fim de que se assegure a efetivação dos princípios constitucionais, sobre todos, o do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

3.6 Conceito de guarda

O estudo etimológico da palavra guarda nos revela sua origem alemã e inglesa na palavra *wargen*, que significa proteção, vigilância, observação. No âmbito do Direito de Família, guarda dos filhos pode ser conceituada como: *direito* ou *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, *deter em sua companhia* ou *deprotegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil (GRISARD FILHO, 2014).

No ordenamento jurídico pátrio, guarda encontra-se conceituada no artigo 33 do Estatuto da Criança e Adolescente:

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. (BRASIL, 1990).

Por outro lado, Paulo Lôbo(2008), defende que o termo guarda encontrasse ultrapassado, estando em desuso em alguns países, pois ilude a ideia de poder sobre os filhos, defendendo que o melhor termo é convivência, visto que pais e filhos são titulares de deveres e direitos.

Didaticamente o autor ainda distingue o termo “guarda” constante no Código Civil, com o termo “guarda” do Estatuto da Criança e do Adolescente. O primeiro termo possui relação com o vínculo entre os genitores, porquanto o segundo é mais abrangente, englobando as modalidades de família substituta, a tutela e a adoção. Dessa forma, na concepção do doutrinador, o termo guarda deve ser usado quando, em virtude da suspensão ou da perda do poder familiar, este passa a ser exercido por terceiro (LÔBO, 2008).

Tendo em vista o caráter multifacetário do termo guarda, sua conceituação é de extrema dificuldade, focando os doutrinadores ao estudo dos elementos que o definem, especialmente ao poder familiar, definido nos artigos 1634, inciso II do Código Civil e 21 e 22 do ECA.

Encerrando a questão, Grisard Filho (2014, p. 31), estabelece que a guarda “[...] surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC”.

3.6.1 Breve histórico

No ordenamento jurídico pátrio, inicialmente, a guarda foi objeto de litígio na dissolução da sociedade conjugal, sendo que o primeiro regramento a tratar do assunto foi o Decreto nº 181, de 1890, que estabelecia: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”. (BRASIL, 1890).

Com o advento do primeiro Código Civil, a matéria foi disciplinada nos artigos 325 e 326, os quais criaram a seguinte regra:

- a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores;
 - b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai;
 - c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai;
 - d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda.
- No caso de anulação do casamento e havendo filhos comuns, aplicava-se-lhes as regras dos artigos anteriormente referidos. (GRISARD FILHO, 2014, p. 50).

O primeiro resquício do Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra-se na Lei nº 3.200/1941 que versa sobre a organização e proteção da família, sendo que seu artigo 16, ao tratar do filho natural, determinava que: “[...] este ficasse com o progenitor reconhecente e, se o fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor”. (BRASIL, 1941).

Com a edição da Lei nº 4.121/1962 houve alteração no disposto nos artigos 325 e 326 do Código Civil de 1916, passando a imperar o seguinte esquema:

- a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores;
- b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz;
- c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando se, entretanto, o direito de visitas.(BRASIL, 1962).

Por sua vez, a Lei nº 5.582/1970 modificou o art. 16 do Dec. Lei nº 3.200/1941 e acrescentou parágrafos, determinando que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores ficasse sob o poder, agora, da mãe, salvo se de tal solução adviesse prejuízo ao menor. Também previu a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. Havendo motivos graves, poderia o juiz

decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre no interesse do menor. (GRISARD FILHO, 2014).

O divisor de águas para o instituto da guarda foi a publicação da Lei nº 6.515/77 que instituiu o divórcio no Brasil, excluindo a ideia de culpa na dissolução do matrimônio e, por conseguinte, os critérios para fixação da guarda dos filhos menores:

- a) na dissolução consensual (art. 4.º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (cf. art. 9.º);
 - b) nas dissoluções não consensuais, o destino dos filhos menores obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades:
 - b.1) art. 5.º, *caput* – os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (cf. artigo 10, *caput*);
 - b.2) art. 5.º, § 1.º – os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (cf. artigo 11);
 - b.3) art. 5.º, § 2.º – os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (cf. artigo 12).
- Na separação não consensual em que fossem por ela responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores, independentemente de sexo e idade, ficariam com a mãe (cf. art. 10, § 1.º). O § 2.º, do art. 10 reservava ao juiz deferir a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, quando verificasse que os filhos não deviam permanecer em poder da mãe nem do pai. A lei especial conferiu assim ao juiz, como dispõe seu art. 13, função de grande responsabilidade: a de afastar as regras ordinárias sobre guarda, podendo regular de maneira diversa, a bem do menor e sempre que houver motivo grave. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-ia o disposto nos arts. 10 e 13. (BRASIL, 1977).

Com o advento dos ideais de Direitos Humanos e com a publicação da Constituição Social de 1988, em 1990 foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, tornando a criança e o adolescente sujeitos de direitos e deveres, conceituando o termo guarda, bem como as situações decorrentes de adoção, tutela, perda e suspensão do poder familiar.

Por seu turno, o atual Código Civil regulamentou as situações já previstas na Constituição Federal e no ECA, ressaltando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, sem guardar relação com o disposto na pretérita legislação civil.

Desde então, conforme a transformação do modelo social familiar, diversas leis têm sido editadas, promulgadas, revogadas, com o intuito de se atender as necessidades sociais e dos menos, sendo que a de maior valor é a Lei nº 13.058/14 que instituiu a guarda compartilhada.

Torna-se importante destacar que a legislação impõe critérios para a fixação da guarda, levando-se em consideração o interesse do menor; a idade e o sexo da prole; a manutenção da integridade familiar, visando não se separar os irmãos; a opinião do menor e a conduta dos pais.

Verifica-se, portanto, que se trata de um instituto complexo, de difícil conceitualização e de suma importância social e, em que pese o Direito de Família estar no campo das relações privadas, a intervenção Estatal é de suma importância para que se assegure a efetiva proteção do menor.

3.6.2 Principais espécies de guarda

3.6.2.1 Guarda unilateral

Definida no § 1º, do artigo 1.583 do Código Civil, a guarda unilateral será atribuída a um genitor ou a quem o substitua, ficando esse responsável pela administração e cuidados para a criança, decidindo-se, sozinho, sobre atividades escolares, extracurriculares, saúde e segurança, sendo também o responsável pelos eventuais danos que o menor causar a terceiros.

No vetusto direito civil, a guarda unilateral era regra, uma vez que a definição de guarda encontrava-se ligada à ideia de culpa pelo fim da sociedade conjugal. Com o vigor da Lei nº 13.058/2014, a guarda unilateral passou a ser exceção, sendo aplicada somente nos casos: 1) um dos genitores não deseja a guarda do filho; 2) em atenção as necessidades especiais do filho e 3) quando o juiz se convencer que ambos os pais não possui condições psicológicas ou morais para terem o filho consigo. (LÔBO, 2008).

Neste sentido tem decidido a jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA UNILATERAL. AUSÊNCIA DE BOAS RELAÇÕES DE CONVÍVIO ENTRE OS PAIS QUE INVIABILIZAM A GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO MENOR. MANUTENÇÃO. 1) A guarda compartilhada, exvidosarts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, é medida excepcional que deve ser deferida, segundo o critério de discricionariedade do Juízo e se atender aos interesses do menor em seu desenvolvimento sadio e equilibrado, segundo estabelece o princípio da integral proteção do menor, estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 2) Verificado, no caso concreto, inclusive, mediante estudos psicossociais, a ausência de boa relação entre os genitores da menor, de modo a inviabilizar a guarda compartilhada, deve-se manter a decisão que determinou a guarda unilateral, melhor atendendo aos interesses da criança em seu desenvolvimento. 3) Recurso a que se nega provimento. (TJ-AP - APL: 71567620038030001 AP, Relator: Desembargador CARMO ANTÔNIO, CÂMARA ÚNICA, Data de Publicação: no DJE N.º 134 de Segunda, 26 de Julho de 2010).

Em que pese somente um dos genitores exercer a guarda, o outro possui direitos de convivência e fiscalização, podendo solicitar informações sobre a saúde física e mental do menor, educação, atividades extracurriculares, podendo solicitar prestação de contas.

As visitas serão instituídas por acordo das partes ou por decisão judicial, em sentença que fixará os dias e horários para visita.

Destaca-se que, mesmo que seja comum a atribuição da guarda unilateral a genitora/mãe, não há um padrão, ficando a cargo do juiz a realização de estudo psicológico e social para que se defira a guarda ao pai ou a mãe, visando sempre a manutenção da relação de afeto, confiança, segurança, a manutenção das relações familiares, o relacionamento social e os vínculos de amizade, atendendo ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

A crítica que se faz a esse modelo de guarda é a desproporção no tempo em que a prole passará com o genitor que possui a guarda e o outro.

3.6.2.2 Guarda alternada

A guarda alternada confere a ambos os genitores o poder de decisão sobre os interesses da criança, alternando-se conforme o menor encontra-se em companhia do pai ou da mãe.

Também denominada de “guarda-mochila” o instituto não possui amparo jurídico, confrontando o disposto no artigo 1.634 do Código Civil:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016). (TJ-RS - AI: 70067405993 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 18/02/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2016)

Ressalta-se que o modelo acima descrito causa insegurança psicológica ao menor e o torna um objeto vinculado a vontade dos pais, que por muitas vezes não chegam a um consenso.

3.6.2.3 Guarda de fato, provisória e definitiva

A guarda de fato se estabelece com a decisão pessoal de tomar para si todos os encargos inerentes aos cuidados com o menor, sem que haja prévia determinação legal, contudo, a situação tem de ser levada ao judiciário, para que seja analisada para que se confirme ou conceda outro guardião legal.

Após o estudo social e psicológico, o judiciário tem tendido a confirmar a guarda de fato, transformando-a em provisória e posteriormente em definitiva, visando preservar o vínculo afetivo e os laços criados ao longo da guarda de fato.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. INFANTE QUE CONVIVE COM OS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ANUÊNCIA DA GENITORA QUE NÃO POSSUE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA ARCAR COM O SUSTENTO DA FILHA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM PEDIDO DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". REGULARIZAÇÃO DA GUARDA DE FATO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, § 1º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Interpretando-se teleologicamente o artigo 227 da Carta Magna e o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que não se deve retirar a criança que vive num ambiente familiar saudável e estável para colocá-la em abrigo ou outra entidade de proteção ao menor. A medida é aplicável, apenas, em casos excepcionais elencados no artigo 98 do ECA. Ademais, retirar abruptamente a infante da família substitutiva com quem convive desde o seu nascimento e que lhe dá toda assistência material, atenção e carinho, seria no mínimo temerário, devendo prevalecer os interesses e o bem-estar da criança. II - Não configura litigância de má-fé por alteração da verdade dos fatos quando é o próprio Togado "a quo" se equivoca ao analisar as provas dos autos. (TJ-SC - AC: 340521 SC 2005.034052-1, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 25/09/2007, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n , de Mondáí).

Também conhecida como guarda temporária, a guarda provisória surge da necessidade da reorganização familiar durante o processo de separação/divórcio, atribuindo a um dos genitores a guarda provisória do menor como mecanismo de garantir sua representação perante a sociedade e trazer segurança emocional a prole.

A guarda provisória pode ser concedida a quem de fato esteja com a criança, ou seja, nos casos em que os pais encontram-se impedidos de exercer o poder familiar, a guarda provisória pode ser concedida a algum parente (sempre observando os vínculos mais próximos) ou até mesmo a um terceiro, que de fato esteja zelando pelo bem-estar do menor.

Por outro lado, a partir da sentença que institui “definitivamente” a guarda do menor, surge a chamada guarda definitiva, entretanto, o caráter definitivo encontra suas barreiras nos

artigos 35 e 149 do ECA, ou seja, a guarda definitiva não faz coisa julgada. Nas lições de Grisard Filho(2014), A cláusula *rebus sic stantibus* subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do art. 471 do CPC. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

3.6.2.4 Guarda originária e derivada

A guarda originária decorre do dever natural dos pais para com os filhos e vice-versa, estando intimamente ligada ao poder familiar, garantindo a plena convivência familiar e o pleno exercício das funções parentais ligadas à educação, assistência, correção, representação e vigilância.

Já a guarda derivada encontra-se tutelada nos artigos 1.729 a 1.734 do Código Civil, surgindo então da lei, do dever do Estado em cumprir sua função social, sendo imposto a quem se encontre com a guarda do menor o exercício das funções de educação, assistência, representação, vigilância, efetivando o disposto no artigo 30 do ECA.

3.6.2.5 Guarda compartilhada

Instituída pela Lei n. 11.698/2008, com alteração pela Lei n° 13058/2014, a guarda compartilhada pode ser definida como: é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.(GRISARD FILHO, 2014).

Atualmente, o judiciário tem entendido que a guarda compartilhada atende perfeitamente o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, dando ao instituto caráter obrigatório, independente de anuência dos genitores, salvo nos casos em que se institui a guarda unilateral.

O entendimento encontra-se alicerçado na premissa de que os pais têm de superar suas desavenças pessoais em prol da criação, educação, do bem-estar físico e psicológico da prole.

Entretanto, muitas vezes o casal não possui maturidade para distinguir o término da relação conjugal e os interesses inerentes da prole, usando os mesmos como artifícios de vingança.

Dessa forma, há vários pontos controversos, tais como: fixação de alimentos, fixação do domicílio do menor, os efeitos jurídicos e psicológicos, tópicos que merecem atenção e serão estudados a seguir.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Por quanto perdurar o matrimônio, a prole goza de proteção de ambos os genitores, os quais detêm o poder familiar, possuindo a guarda, o poder diretivo, educacional, a responsabilidade alimentar e os cuidados sobre os filhos.

Com o rompimento da sociedade conjugal, a tutela jurisdicional deve, essencialmente, preocupar-se com a prole, que se torna parte vulnerável no processo de separação dos pais. Tendo em vista as mágoas dos adultos, muitas vezes as crianças são usadas como objeto de vingança.

O Código Civil de 2002 vislumbrou preferencialmente a guarda unilateral, contudo em junho de 2008, a Lei nº 11.698, de junho de 2008, modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, instituindo a guarda compartilhada, entretanto, o modelo preferencial ainda era a guarda unilateral.

Vislumbrando o Princípio do melhor Interesse da criança e do adolescente, em 2014, a Lei nº 13.058, impôs a obrigatoriedade da guarda compartilhada nos casos em que os pais não cheguem a um consenso quanto a guarda dos filhos. Todavia, somente após estudo psicológico e social é que o julgador poderá determinar o modelo de guarda a ser adotado em cada caso concreto.

Dessa forma, a guarda compartilhada tem em sua essência a proteção afetiva e emocional da prole, visando a manutenção do Poder Familiar e atendendo o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

4.1 Aplicabilidade da guarda compartilhada

Conforme apontado por Analdino Rodrigues Paulino, presidente da Associação de Pais e Mães Separados (APASE), o objetivo da guarda compartilhada é 100% o bem-estar da criança, devendo ser aplicada mesmo quando os pais não se entendem. (COSTA, 2017).

A redação do artigo 1.584 do Código Civil, em seu § 1º estabelece:

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. (BRASIL, 2002).

Por sua feita, o § 2º do mesmo dispositivo legal vislumbra que:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (BRASIL, 2002).

Por outro lado, Desembargador DarcioLopardi Mendes, pondera que:

O destaque doutrinário da questão está em que a fixação da guarda compartilhada pelo juiz somente deverá ocorrer quando houver diálogo, civilidade e harmonia entre os pais. Entretanto, a nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do modelo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. O que está na definição da guarda é "melhor interesse do menor e não na existência de litígio entre os pais. (TJMG, ApCiv 1.0240.10.001634-6/001, 4.ª Câm. Civ., rel. Des. DarcioLopardi Mendes).

Para a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta (2005 *apud* GRISSARD FILHO, 2014, p. 59):

[...] contrariamente ao que se costuma afirmar, para o estabelecimento do compartilhamento *não* necessitamos nem de pais colaboradores e nem de que sejam capazes de diálogo e entendimento. Basta que as partes não se desqualifiquem mutuamente na presença dos filhos, sem o que, eles serão lançados em conflitos de lealdade dos quais não serão capazes de saírem ilesos. Não é preciso que os pais se acertem como casal, mas como pai e mãe. Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele "nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.

Tendo em vista a confusa redação do artigo 1.584 do Código Civil e as divergências doutrinárias, ainda se tem dúvidas quanto a aplicação da guarda compartilhada, dessa forma, entende-se que, apesar da imperatividade que tem se dado ao instituto da guarda compartilhada, esta será aplicada nos casos em que não for possível a guarda unilateral.

Sobre a questão o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, vislumbrando o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada é medida que se impõe:

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. (STJ- REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 25/06/2014).

Relatora no Recurso Especial supracitado, a Ministra Nancy Andrichi, pondera quanto a aplicação da guarda compartilhada:

[...] não se trata de dizer se existem condições para a implementação da guarda compartilhada na hipótese, e sim, discutir a vedação à apreciação da existência dessas condições, tão somente por ausência de consenso entre as partes quanto à sua implementação.

[...]

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. A guarda compartilhada, apesar de tecnicamente não se traduzir em uma sensível alteração legal, dado que a interpretação sistemática das disposições relativas à guarda dos filhos já possibilitaria a sua aplicação, teve a virtude, para além de fixar o Poder Familiar de forma conjunta como regra, extirpar o ranço cultural que ainda informava a criação dos filhos no pós-casamento ou pós-união estável. A partir do momento em que essa visão social se alterou para comportar, e também exigir, uma participação paterna mais ativa na criação dos filhos, geraram-se condições para que a nova disposição legal, mais consentânea com a realidade social de igualdade entre os gêneros, reavivasse o que está preconizado quanto a inalterabilidade das relações entre pais e filhos, após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, prevista no art. 1.632 do CC-02.

[...]

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 direito fundamental dos filhos menores e incapazes, que não pode ficar ao livre, insano e injustificado arbítrio de pais disfuncionais.(STJ- REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 25/06/2014).

A Ministra traduz em seu voto a essência do instituto, que foi promulgado com o escopo de garantir o sadio desenvolvimento da prole, ignorando as desavenças dos genitores e estabelecendo um sistema que realmente efetive o Princípio do Melhor Interesse da Criança, da Solidariedade Familiar e o Princípio da Paternidade Responsável.

Conclui-se, portanto, que não há critérios fixos para aplicação da guarda compartilhada, bem como que o consenso entre os genitores não pode constituir óbice a sua concessão, e não sendo acordado pelas partes, fica a cargo do juiz que, após estudo psicológico e social fixará a guarda que atenda melhor os interesses da criança e do adolescente.

4.2 Diferença entre guarda compartilhada e guarda alternada

Seja pela novidade jurídica, seja pela confusa redação da lei, é comum a confusão entre guarda compartilhada e a guarda alternada, contudo trata-se de institutos totalmente distintos.

Primeiramente, para melhor compreensão do tema, é necessário fazer a distinção entre guarda jurídica e guarda material. A primeira versa sobre a tomada de decisões importantes sobre a prole, decorrendo do dever jurídico e do pátrio poder, sendo que mesmo nos casos de guarda unilateral, o genitor que não detém a guarda tem o direito de visita e fiscalização nos termos do artigo 1.589, CC. Já a guarda material se traduz pela companhia e posse dos filhos.

Nessa feita, a guarda compartilhada consiste na atribuição da guarda jurídica e material a ambos os genitores, os quais devem decidir conjuntamente sobre as questões que envolvem os filhos, além de que o tempo de convivência será equilibrado.

A própria evolução legislativa do instituto da guarda permitiu o modelo atual, sendo que a guarda alternada não se encontra tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio.

No Código de Beviláqua, os artigos 325 a 328 disciplinavam a questão, contudo, a Lei do Divórcio publicada em 1977 revogou os dispositivos constantes do Código Civil e passou a reger o instituto da guarda. Conforme se verifica nos artigos 9º a 16 da lei, em se tratando de separação/divórcio consensual, a guarda era instituída de acordo com a vontade dos pais, os quais já deviam indicar na inicial a declaração de acordo sobre a posse dos filhos.

Mantendo os resquícios de culpa pelo término da sociedade conjugal, nos casos em que a separação/divórcio se desse pelo litigioso, a guarda dos filhos era atribuída ao litigante inocente. Já nos casos de culpa recíproca, a guarda era concedida preferencialmente a mãe.

Moldado de acordo com os preceitos constitucionais e visando atender o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002, aboliu a ideia de culpa dos cônjuges como requisito para fixação da guarda, sendo que a redação do artigo 1.584 revela a prevalência do direito e interesse do menor.

Logo, as modificações sociais levaram à promulgação da Lei nº 11.698/2008 que alterou a redação do artigo 1.584 e instituiu a guarda compartilhada, e, em 2014, foi editada a Lei nº 13.058/2014 que altera a redação dos artigos 1.583 a 1.585 e do artigo 1.634, todos do Código Civil.

Nota-se que o próprio estilo social associado ao entendimento doutrinário e a interpretação dos princípios constitucionais viabilizaram o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, a guarda alternada, não possui respaldo jurídico e legislativo, infringindo o artigo 1634 do Código Civil e o artigo 21 do ECA, pois, retira de um dos genitores a guarda jurídica e material, ainda que temporariamente.

Trata-se de institutos totalmente distintos, visto que na guarda compartilhada ambos os genitores exercem a guarda jurídica e material; quando na guarda alternada enquanto na guarda alternada, a guarda jurídica e material é exercida exclusivamente pelo genitor que possui a posse da criança, excluindo totalmente a guarda do outro.

4.3 Efeitos jurídicos

Buscando reorganizar as relações entre pais e filhos e atenuar o impacto negativo e psicológico proveniente do divórcio, a guarda compartilhada tem o escopo de reduzir a visão adulta centrada advinda do Código Civil e efetivar o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Entretanto, em virtude da omissão da lei, as questões mais frequentes são quanto ao domicílio, fixação de alimentos e visitas.

Quanto a residência, é essencial que a criança tenha uma residência fixa, a qual servirá como um norte, um porto seguro, um ponto de referência que assegure a dignidade da pessoa humana, o acolhimento e a figuração de lar.

Dessa forma, mesmo na guarda compartilhada tem que ser definido uma residência habitual principal, a qual servirá para a manutenção da rotina favorável ao desenvolvimento. A residência fixa não implica no direito de visitas ou na divisão equitativa do tempo, pelo contrário, vislumbra a coparticipação parental. Desse modo, a residência habitual será eleita pelos pais e caso não haja acordo entre as partes, o juiz fixará a residência do menor.

A fixação de alimentos decorre do dever de sustento, do poder familiar, do princípio da paternidade responsável e da solidariedade familiar, estando tutelado no artigo 1.703 do Código Civil. Nessa feita, a concessão da guarda compartilhada não exime o direito alimentar, o que pode ocorrer é a divisão dos encargos provenientes da criação dos filhos, deixando o juiz de fixar alimentos, contudo, o critério não é fixo, podendo ser avaliado de acordo com o caso concreto, havendo ainda a possibilidade de fixação de um *quantum* mínimo para despesas eventuais.

No que tange a visitas, trata-se de um direito do menor, o qual não pode ser cerceado por conveniência exclusiva dos genitores, se estendendo aos demais parentes e familiares conforme o Enunciado 333, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do CJF: “[...] o direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”. Na guarda compartilhada não há que se falar em visitas, sendo convívio o termo mais adequado, o qual não pode ser limitado ao genitor que não resida com o menor.

4.3.1 Efeitos positivos

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, conclui-se que são inúmeras as vantagens do instituto da guarda compartilhada. Juridicamente, conjuga os elementos legislativos, doutrinários e os princípios constitucionais e os próprios do direito de família.

Dentre os efeitos positivos podemos citar a manutenção da convivência familiar após o término da sociedade conjugal, a efetivação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, elimina a discussão quanto a fixação de alimentos e visitas e o pleno exercício do poder familiar.

Conforme a pesquisa realizada por Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki, citada na obra de Grissard Filho (2014, p. 60), a guarda compartilhada proporciona benefícios para os pais e filhos:

Para os pais:

- a) ambos os pais se mantêm guardadores;
- b) qualificação na aptidão de cada um deles;
- c) equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional;
- d) compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho;
- e) maior cooperação.

Para os filhos:

- a) convivência igualitária com cada um dos pais;
- b) inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais;
- c) não há pais periféricos;
- d) menos problemas de lealdades;
- e) bom modelo de relações parentais.

Não é possível afirmar que a guarda compartilhada seja o mecanismo de solução para todos os conflitos familiares provenientes da fixação de guarda e alimentos, todavia, na maioria dos casos em que é aplicada, o modelo tem funcionado bem, motivo pelo qual tem recebido grande amparo doutrinário e jurisprudencial.

4.3.2 Efeitos negativos

Assim como a guarda unilateral, a guarda compartilhada apresenta seus efeitos negativos, os quais têm que ser rigorosamente ponderados pelo juiz na avaliação do caso concreto, a fim que se efetive o melhor interesse da criança e do adolescente.

Edward Teyber citado na obra de Grissard Filho (2014, p. 219), adverte que: “Esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente.”

O autor equivocadamente assemelha a guarda compartilhada ao instituto da guarda alternada, modelo repudiado no ornamento jurídico vigente. O equívoco entre os institutos é o grande alvo das críticas.

Fatores que podem pôr em risco o sucesso da guarda compartilhada concentram-se na dificuldade de acordo, diálogo entre os pais e na idade da criança, a qual por sua baixa maturidade psicológica, pode não compreender o contexto em que se encontra.

Na concepção de Grissard Filho (2014, p. 58):

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

O autor apresenta ainda as desvantagens apontadas pela pesquisa realizada por Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki (apud GRISALD FILHO, 2014, p. 221):

Para os pais:

- a) maiores custos (moradias apropriadas);
- b) permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar;
- c) constante adaptação;
- d) necessidade de um emprego flexível/

Para os filhos:

- a) adaptação a duas moradias;
- b) problemas práticos ou logísticos.

Em que pese as desvantagens para os pais e os conflitos entre os mesmos, há tribunais que, verificando a existência da relação harmoniosa entre ambos os genitores e o filho, decidem pela guarda compartilhada, ainda que não haja consenso entre os litigantes, ressaltando mais uma vez o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE GUARDA. LITIGIOSIDADE ENTRE OS PAIS QUE NÃO DEVE SERVIR DE OBSTÁCULO À FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz como escopo primordial a condição peculiar da criança em todos seus aspectos. Desse modo, o interesse do menor deve ser o princípio norteador para composição de conflitos referentes à sua posse e guarda.
2. A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas deve guardar em primazia o interesse e o bem-estar da criança, desprezando, assim, a disputa, muitas vezes, travada entre seus genitores.
3. Ambos os pais que, apesar de possuírem um relacionamento conflituoso entre si, demonstram carinho e afeto no que se refere ao filho.
4. Desprovemento do apelo da genitora objetivando aumentar o pernoite do filho em sua residência para duas vezes na semana, tendo em vista que tal medida poderia dificultar a execução das atividades do menor durante a semana, prejudicando demasiadamente sua rotina e criando embaraço às próprias partes.
5. O cotejo probatório converge no sentido de que a ré tem dificuldades em cumprir com os horários estabelecidos e honrar com os compromissos do filho.
6. Noutro passo, o recurso do autor objetivando a reforma da sentença para que seja fixada a guarda unilateral também não prospera.
7. Estabelece o parágrafo segundo do art. 1584 do CC/02, que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.
8. Atualmente, a jurisprudência e a doutrina vêm se curvando ao entendimento de que a existência de litigiosidade entre os genitores não pode servir de empecilho à fixação da guarda compartilhada. Precedente REsp nº 1251000/MG.
9. Os pais devem exercer a co-responsabilidade parental na formação e criação dos filhos, preservando-se, assim, de forma igualitária, a figura de ambos os genitores.
10. A guarda compartilhada tem por escopo priorizar a convivência do filho com seus dois pais, a fim de que ambos participem das decisões da vida da criança, mitigando os efeitos trazidos pela separação no que concerne ao sentimento de perda e rejeição, ocasionando ao menor a segurança de que seus pais, mesmo com o desenlace, guiam e zelam pelo seu bem-estar e desenvolvimento.
11. De acordo com o estudo social e psicológico, a melhor solução para a criança é a manutenção da guarda compartilhada. 11. Tendo em vista que para o menor é de inquestionável importância para sua formação ver se amparado e cuidado por

ambos os pais, devem os mesmos adequar suas vidas a nova realidade, o que demanda concessões e conformações mútuas.

12. Desprovemento de ambos os recursos. (TJ-RJ – APL: 00168181020098190001, RIO DE JANEIRO CAPITAL 4 VARA DE FAMÍLIA, Relator: MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 28/05/2013, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/06/2013).

Por outro lado, há casos em que não há conflitos entres os genitores, contudo, tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente e as peculiaridades dos pais, os mesmos acordam pela guarda unilateral, e mesmo que o ministério público, a doutrina e a jurisprudência insistam que somente a guarda compartilhada possa garantir o efetivo exercício do pátrio poder e dos princípios constitucionais, deve prevalecer o interesse dos pais.

Nesse sentido decidiu o egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL. GUARDA UNILATERAL ACORDADA ENTRE OS GENITORES. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BUSCANDO A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSIÇÃO DA MODALIDADE. DESCABIMENTO.

As questões relacionadas à guarda instituto que visa à proteção dos interesses dos menores devem sempre ser decididas tendo como norte o bem-estar das crianças e adolescentes. Deve ser sob essa ótica, e não sob a ótica do interesse dos pais ou de terceiros, que as situações deverão ser analisadas judicialmente. O compartilhamento da guarda visa ao gerenciamento conjunto dos interesses da menor e, no caso concreto, em que os genitores acordaram a guarda unilateral do filho que conta 13 (treze) anos de idade, com visitas paternas livres, não há razão para impor a adoção do compartilhamento da guarda, não sendo este o comando inserto na norma de regência - art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil. Senten mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077096857, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 25/04/2018). (TJ-RS – AC: 70077096857 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 25/04/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 27/04/2018).

Por fim, frisa-se novamente que as vantagens e desvantagens não se aplicam a todos os casos, sendo de suma importância o estudo psicológico e social, o qual dará as diretrizes que o julgador necessita para a fixação da guarda.

4.4 Efeitos psicológicos

Um ponto bastante discutido na atualidade é a alienação parental. No ordenamento jurídico brasileiro o tema encontra-se conceituado no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010:

Art. 2 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. (BRASIL, 2010).

Para a psicologia o melhor conceito de alienação parental é definido pelo psiquiatra estadunidense Richard A. Gardner (apud SILVA, 2009, p. 148), como:

A síndrome de alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a verificação do pai alvo.

Percebe-se que a alienação parental encontra-se vinculada a formação psicológica da criança dificultando o estabelecimento ou a manutenção de vínculos com o genitor (a). A guarda compartilhada possui em sua essência o fortalecimento do vínculo entre a prole e os genitores, buscando a harmonia na relação parental e evitando conflitos no âmbito psicológico.

Dessa forma:

[...] na medida em que a guarda compartilhada impõe certa aproximação dos genitores no que concerne às decisões de interesse dos filhos, a médio e longo prazo tende a criar entre eles certo laço cooperativo que minimiza conflitos e desajustes, reduzindo, assim, a predisposição de qualquer deles a praticar atos de Alienação Parental. (GRISSARD FILHO, 2014, p. 225).

A guarda compartilhada tem sido vista pela doutrina como o antídoto à alienação parental, visto que os efeitos psicológicos são no geral positivos, pois, diminui o conflito interno da criança durante o processo de separação, atende ao melhor cuidado e interesse do menor, fortalece o vínculo parental e evita os chamados pais de finais de semana.

CONCLUSÃO

A princípio a família se organizou em hordas, unindo-se pela necessidade da vida em grupo e relacionando-se pelo prazer, a filiação era atribuída somente a mãe que liderava e chefiava o grupo. Logo essa situação foi substituída pelo patriarcado, sendo que ao passo em que o homem foi se civilizando as relações familiares adquiriram outras feições.

Com o advento do patriarcado a família passou a ser monogâmica e possuía a finalidade de perpetuação da espécie e do legado do pai. Diversas legislações regulamentaram o Direito de Família na Roma e na Grécia antiga, mas o que guardavam em comum era o casamento, sua indissolubilidade e a conotação discriminatória com as relações paralelas e os filhos havidos fora do matrimônio.

O Brasil adotou o modelo ocidental europeu, tutelando a família casamenteira com o escopo de proteger o patrimônio e resguardar os preceitos religiosos.

Assim a codificação brasileira tutelou somente as famílias constituídas pelo casamento, discriminando e marginalizando os filhos havidos fora do casamento, impondo a supremacia masculina e desprezando a mulher juridicamente.

Com o advento da Revolução Francesa e com as ideias de igualdade e liberdade a legislação avançou, atribuindo personalidade jurídica à mulher, reconhecendo os filhos concebidos fora da relação matrimonial, abrindo espaço para a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a solidariedade familiar entre outros.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tais ideologias foram consagradas em nosso ordenamento jurídico, marco fundamental para o Direito de Família. A Carta Maior revogou os dispositivos do pretérito Código Civil, que foram criados para atender uma sociedade agrária, machista, patrimonialista e escravizadora, trazendo a chamada constitucionalização do Direito de Família, que adotou os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da proteção integral à criança e ao adolescente, da afetividade, da igualdade entre filhos, igualdade na chefia familiar.

A Lei do Divórcio revolucionou no aspecto que viabilizou a dissolução da sociedade conjugal sem requisitos prévios, ficando está a cargo da vontade das partes, ressaltando o caráter privado do Direito de Família.

Nessa feita, a atenção passou a ser voltada para a prole, que é parte vulnerável durante o processo de separação/divórcio, necessitando de amparo jurídico e psicológico afim de que não se torne um objeto em meio ao caos do divórcio.

Dessa forma, a preocupação do legislador tem sido em editar leis que atendam o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, vislumbrando ainda a paternidade responsável e a solidariedade familiar.

Nesse entrecho surgiu o instituto da guarda compartilhada, que tem o escopo de minimizar os efeitos da separação para a criança e garantir continuidade da convivência com os genitores.

A dificuldade que os operadores do direito ainda enfrentam é com a confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, e como aplicar a guarda compartilhada nos casos em que os genitores não possuem um relacionamento pacífico.

Quanto a diferença entre os institutos, a questão já se encontra elucidada, tratam-se de modelos diferentes, sendo que a guarda alternada não se encontra tutelada em nosso ordenamento jurídico, pois, alterna tanto a guarda material quanto a jurídica, trazendo insegurança e colocando em risco o melhor interesse da criança e do adolescente. Já a guarda compartilhada prevê o compartilhamento da guarda, trazendo segurança jurídica e psicológica para a criança, vislumbrando os princípios e regras constitucionais.

Por outro lado, caso o relacionamento entre os genitores não seja pacífico, torna-se importante analisar os efeitos positivos e negativos do instituto, ficando a cargo do juiz a solicitação de laudo técnico psicológico e social, aplicando-se a cada caso concreto o modelo de guarda que melhor atenda os interesses da prole.

Sendo assim, por todo o estudo realizado ao longo deste trabalho, em que pesem as exceções e os efeitos negativos apontados por alguns doutrinadores, pode-se afirmar que a guarda compartilhada é o mecanismo que melhor conjuga o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como os demais princípios constitucionais e os próprios do direito de família.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Cristina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. Recife: Livraria Contemporânea, 1903. p. 11, Disponível em <<http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-25574/direito-da-familia>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BIBLIA. **A bíblia sagrada**: contendo o velho e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Santo André: Geográfica, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. **Decreto n° 3.069, de 17 de abril de 1863**. Regula o registro dos casamentos, nascimentos e óbitos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3069-17-abril-1863-555008-publicacaooriginal-74026-pe.html>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Decreto n° 9.886, de 7 de março de 1888**. Manda observar o novo Regulamento para a execução do art. 2° da Lei n. 1829 de 9 de setembro de 1870 na parte que estabelece o Registro civil dos nascimentos, casamentos e óbitos, do acordo com a autorização do art. 2° do Decreto n. 3316 de 11 de Junho do 1887. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9886-7-marco-1888-542304-publicacaooriginal-50566-pe.html>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Decreto n° 119-A, de 7 de janeiro de 1890**. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Decreto n° 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Lei n° 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro-RJ: 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro-RJ. Seção 1 de 31 dez. 1940 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e a proteção da família. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro-RJ: 19 abr. 1941. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3200.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. Decreto Lei 4.737, de 14 de setembro de 1942. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro-RJ: 26 set. 1942. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm>. Acesso em: 7 jul. 2018.

_____. Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro-RJ: 26 out. 1949. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883impressao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 3 set. 1962. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970. Altera o artigo 16 do decreto nº 3.200/1941. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 17 jun. 1970. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5582.htm>. Acesso em: 7 maio 2018.

_____. Lei nº 6.615, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 27 set. 1977. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 18 out. 1989. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7841.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 22 nov. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 14 jul. 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 11 maio 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 14 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 6 nov. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 18 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111924.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

_____. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 13 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

_____. Lei n. 12.825, de 5 de junho de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 6 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/112852.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 23 dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5582.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei 8.069/1990. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF: 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

CJF. Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil, **Enunciado 103**. [2002a]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em 12 de abril de 2018.

CJF. Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 180**. [2002b]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>>. Acesso em 15 de abril de 2018.

_____. III Jornada de Direito Civil, **Enunciado 256**. [2004]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acesso em 15 de abril de 2018.

_____. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciados nº 339 e 341**. [2007]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. **V Jornada no Enunciado nº 519**. [2012]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/588>> Acesso em: 15 abr. 2018.

COSTA, Renata. Guarda compartilhada: entenda como funciona. **Gazeta Ribeirinha**, Presidente Epitácio, 29 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/15750/Guarda+compartilhada%3A+entenda+como+funciona>> Acesso em: 30 abr. 2018.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Edson Bini, Bauru: Edipro, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

_____. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_505\)alienacao_parental__uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_505)alienacao_parental__uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf)> Acesso em: 18 jun. 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 9. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. 2. ed. Lisboa: Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 6.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre. v.1, p.8, abr-jun.1999.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Homem se separa da mulher e pleiteia retirada de seu nome da certidão de filho socioafetivo... E agora? Notícias, 22 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6236/Homem+se+separa+da+mulher+e+pleiteia+retirada>>

+de+seu+nome+da+certid%C3%A3o+de+filho+socioafetivo...+E+agora%3F#> Acesso em: 10 maio 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 19, 2003, n. 19.

_____. **Direito civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDEIROS, Noé Dias. **Lições de direito civil**: direito de família e direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 2**:direito de família. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**:o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira.**Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 92, out./2008 a jan./2009.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 8.987, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o CADI – Centro de Acompanhamento e Desenvolvimento Infantil de Jandaia em Carapicuíba. **Diário Oficial da União da Assembleia Legislativa de São Paulo**, Poder Legislativo, São Paulo-SP: 14 dez. 1994. Disponível em:<<https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/174420/lei-8987-94>>. Acesso em: 21 maio2018.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**:direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. V. 5.

_____. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.