



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO
PROFESSOR: GEÍLSON SILVA PEREIRA
GLEYSCE DE FATIMA DA COSTA QUARESMA

**REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO DA GUARDA UNILATERAL E
COMPARTILHADA**

Parnaíba

2014

GLEYCE DE FATIMA DA COSTA QUARESMA

**REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO DA GUARDA UNILATERAL E
COMPARTILHADA**

Monografia de Conclusão do Curso
apresentado à Universidade Estadual do Piauí
como requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Geilson Silva Pereira.

Parnaíba

2014

Q1r

Quaresma, Gleyce de Fatima da Costa

Reflexões sobre a decisão da guarda unilateral e compartilhada /
Gleyce de Fatima da Costa Quaresma.- Parnaíba: UESPI, 2014.
70 f.

Orientador: Geílson Silva Pereira

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do
Piauí, 2014.

1. Guarda unilateral 2. Guarda compartilhada 3. Poder decisório
do juiz I. Pereira, Geílson Silva II. Universidade Estadual do Piauí III.
Título

CDD 342.16

GLEYCE DE FATIMA DA COSTA QUARESMA

**REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO DA GUARDA UNILATERAL E
COMPARTILHADA**

Monografia de Conclusão do Curso
apresentado à Universidade Estadual do Piauí
como requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Geilson Silva Pereira.

Em: __/__/____

Banca Avaliadora:

Prof. Geilson Silva Pereira (Orientador)

George Luiz Lira Silva (Convidado)

Graziela de Moraes Rubim Filgueiras (Convidada)

AGRADECIMENTOS

A **DEUS** por sua presença em todos os momentos da minha vida, por me iluminar nos momentos de turbulência, por me dar sabedoria nas horas que as dificuldades surgiram e pela força que me transmitiste quando pedi.

Ao meu orientador, Prof. Esp. Geilson Silva Pereira por sua confiança e disposição neste trabalho.

Aos professores convidados por aceitarem fazer parte da minha banca e pelas suas contribuições ao trabalho.

Aos meus amigos e companheiros de sala Valdeci, Maria do Carmo, Diego Thadeu e Augusto pelo apoio constante, pelas risadas e por todos os momentos de parceira.

Aos demais colegas de classe pela companhia na jornada na formação dos profissionais que seremos.

A minha família por toda compreensão e ajuda quando precisei. Especialmente a minha mãe, Maria da **Glória** da Costa Quaresma por me proporcionar a realização dos meus sonhos e por sempre acreditar em mim. Ao meu irmão, **Gleydson Jean** da Costa Quaresma pelo apoio incondicional e por me incentivar diariamente a seguir na busca dos meus objetivos. E a minha linda, pequena e amada afilhada **Livia Marianne** por me transmitir em cada sorriso à alegria de viver.

A todos **MUITO OBRIGADA!**

RESUMO

O presente estudo teve um objetivo refletir sobre a decisão judicial na determinação da guarda unilateral e da guarda compartilhada. Visando atingir os objetivos propostos foi utilizada a pesquisa de natureza qualitativa, por meio da coleta de informações da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, em seguida as informações colhidas foram analisadas pelo meio dedutivo. Foram estudados em seus aspectos históricos, conceituais e contemporâneos: a família, o instituto da guarda, o poder familiar, o princípio do melhor interesse da criança; além do poder decisório do juiz na fixação da guarda. Os resultados sugerem que a modalidade da guarda unilateral está sendo sobrepujada pela guarda compartilhada, que tem mais incentivo da maior parte da doutrina. Sendo necessário analisar a possibilidade de ser imposta pelo juiz sob pena de não atingir o melhor interesse da criança. Considera-se imprescindível na fixação da decisão da modalidade de guarda as variáveis específicas da família em questão.

Palavras-chave: guarda unilateral; guarda compartilhada; poder decisório do juiz.

ABSTRACT

This study had a purpose to reflect on the judgment in determining the unilateral custody and joint custody. Aiming to achieve the proposed objectives was used qualitative research through the collection of doctrine and case law information on the subject, then the information collected was analyzed by deductive means. Were studied in historical, conceptual and contemporary: the family, the guardian institute, the family power, the principle of the best interests of the child; beyond the decision-making power of the court to fix the guard. The results suggest that the mode of unilateral guard is being overcome by joint custody, which has more incentive of most of the doctrine. Being necessary to examine the possibility of being imposed by the judge at the risk of not achieving the best interests of the child. It is considered essential in setting the guard mode of decision the specific variables of the family concerned.

Keywords: unilateral guard; shared custody; decision-making power of the judge.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
CC	CÓDIGO CIVIL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
ECA	ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
IBGE	INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E STATÍSTICA
ONU	ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS
PLC	PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURA	07
1 INTRODUÇÃO	10
2 OBJETIVOS	13
2.1 Objetivo Geral	13
2.2 Objetivos Específicos	13
3 ASPECTOS METODOLÓGICOS	14
4 FAMÍLIA E SUAS NOVAS CONFIGURAÇÕES	15
4.1 A família na perspectiva histórica	15
4.2 Conceitos de família	17
4.3 Aspectos da família contemporânea	20
5 O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES	26
5.1 Conceito e características da guarda	26
5.2 Guarda unilateral	28
5.3 Guarda compartilhada	30
5.4 Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente	33
6 PODER FAMILIAR	36
6.1 Conceito e evolução histórica no ordenamento jurídico do poder familiar	36
6.2 Implicações do instituto da guarda no poder familiar	41
6.3 Intervenção do Estado no poder familiar	43
7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	45
7.1 Formação histórica da proteção da criança	45
7.2 Implicações psicológicas na busca do melhor interesse da criança em situações de disputa de guarda	48

7.3 Alienação Parental	50
8 O PODER DO JUIZ NA FIXAÇÃO DA GUARDA	53
8.1 O superpoder do juiz na decisão da guarda	53
8.2 Atribuições judiciais	57
8.3 Argumentos jurisprudenciais na determinação da guarda.....	59
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	64
ANEXOS	70

1 INTRODUÇÃO

O instituto da guarda no direito de família versa de singularidades carentes de reflexão no ordenamento jurídico brasileiro. O tema em questão sofreu alterações quanto as suas modalidades e quanto aos fundamentos que o embasam.

Detalhadamente tem-se que o Código Civil de 2002 sofreu alterações decorrentes da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 (Brasil, 2014) que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para instituir e regulamentar a modalidade da guarda compartilhada e da guarda unilateral, respectivamente. E ainda, paralelamente veio a enfatizar o princípio do melhor interesse da criança, já previsto na Constituição Federal (CF) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Observa-se que neste diapasão a interpretação da redação do art.1.584, parágrafo 2º do Código Civil, entende-se que a guarda compartilhada é a regra no atual ordenamento enquanto que a guarda unilateral é a exceção. Neste sentido o artigo referido anteriormente assim aduz “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Do artigo anterior também se percebe o poder do juiz de impor a guarda compartilhada mesmo que os pais não concordem na divisão do exercício do direito de filiação, no mesmo passo o art. 1.586 do mesmo diploma legal estabelece que “Havendo motivos graves, poderá o juiz em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Logo, se verifica um grande poder nas mãos do juiz de verificar qual o melhor interesse da criança, em qual situação levará ao seu melhor desenvolvimento, se com ambos os pais, ou apenas um deles e mais ainda se na guarda de terceiro. Neste passo a problemática aqui exposta será a de refletir quais são os critérios que norteiam o discernimento do juiz na escolha da guarda de menores cujo destino está nas mãos do poder judiciário.

Neste sentido apreende-se que no contexto moderno de família vem sendo modificado nas sociedades modernas, o que está sendo considerado como essencial não foi visto como importante há anos atrás. A crescente lógica da individualização e da competitividade desfoca da proteção familiar pretendida atualmente (OLIVEIRA, 2009).

Não obstante, as estatísticas de dissolução de unidades familiares demonstram que número de divórcios está mais alto segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em pesquisa mais recente, no ano de 2012 o Brasil registrou 341.600 divórcios,

este número representa redução de 1,4% em relação ao ano de 2011, quando foram registrados 351.153 divórcios.

Ainda assim, a taxa geral de divórcios permaneceu acima do patamar anterior à alteração legal do art. 226, parágrafo 6º da Constituição Federal realizada em 2010, pela emenda constitucional nº 66, a qual suprimiu os critérios de tempo para a concessão do divórcio acelerando a dissolução conjugal.

Fato é que o seio familiar sofreu muitas alterações, suas bases estão sendo modificados e novos laços estão sendo feitos na cédula geradora das relações mais essenciais do ser humano. Deste modo, nesta conjuntura de familiares em plena dissonância de querer que é a separação conjugal está a criança ou adolescente, do qual o futuro está nas mãos de seus pais e também do juiz cuja decisão deve ser embasada no melhor interesse da criança.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 11.685 de 2008 a regra era a guarda unilateral na qual um dos genitores ou uma terceira pessoa que o substitua é dada exclusivamente a guarda da criança/adolescente, com a entrada em vigor desta lei o cerne da discussão sobre a guarda passou a ser a criança e seu melhor interesse. Se antes as divergências na tutela jurídico-familiar se davam apenas para saber com quem a criança ficaria, do mesmo modo que como os bens patrimoniais, atualmente se tem o entendimento que a guarda não é motivo de dissolução do vínculo entre pais e filhos, mas apenas um novo arranjo familiar.

Desta forma, nota-se uma crescente evolução do instituto da guarda no direito de família brasileiro, notadamente pelos muitos aspectos que o influenciam, e neste contexto de constantes mudanças, o direito da criança vê-se em ascensão, pois se antes este era tratado com algo secundário hoje, pela própria Constituição Federal de 1988 que iniciou sua proteção máxima no art. 227 deixando nas mãos de toda a sociedade o dever de cuidado e proteção destes, e depois no Princípio da Melhor Interesse da Criança, consagrado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, e ainda pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 4º.

Portanto, a defesa dos direitos da criança torna-se fundamental na atualidade, pois são frequentes os casos em que crianças são abandonadas e deixadas à própria sorte, mesmo tendo alguém se responsabilizado na esfera do judiciário.

Conhecer e refletir sobre um tema é deixá-lo mais forte, é discutir e por em prova seus fundamentos, é encontrar seus pontos fortes e fracos, é analisá-lo por meio de diferentes enfoques, é reconhecer o que precisa mudar e o que precisa continuar.

Neste sentido conhecer e a partir de então refletir sobre quais são os critérios que levam a decisão do juiz na escolha da guarda levará a pensarmos se o instituto da guarda está

no rumo certo, assim também como a discussão será válida para os profissionais que atuam na área como: advogados psicólogos, assistentes sociais, dentre outros.

Por esses motivos, no presente estudo se objetiva apresentar e discutir conteúdos relacionados às decisões judiciais da guarda, especialmente os que envolvem considerações sobre o bem-estar psíquico de crianças e de adolescentes, presentes em acórdãos emitidos por Tribunais de Justiça brasileiros após a promulgação da Lei nº 11.698/08, notadamente no Tribunal de Justiça do Piauí, assim como a visão de doutrinadores sobre o tema.

Assim como averiguar e refletir quais são os critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para aplicação da guarda unilateral e pela guarda compartilhada, em vistas das mesmas se encontraram no Código Civil Brasileiro.

Este manuscrito está dividido em nove seções. Inicialmente, a primeira seção traçará os objetivos do presente trabalho. Seguidos, na segunda seção pelos aspectos metodológicos que permitiram a realização do trabalho. A terceira aborda a família na sua perspectiva histórica, conceitual e contemporânea, a quarta seção debaterá sobre guarda no que diz respeito a seu conceito e suas modalidades, a terceira seção versará sobre o poder familiar nos aspectos conceituais, evolucionais, suas implicações no instituto da guarda e como também a forma de intervenção estatal deste. Na quinta seção se discutirá sobre o princípio do melhor interesse da criança, desde sua formação histórica, passando pelas implicações psicológicas da disputa da guarda nos filhos, até chegar-se-á na alienação parental. Já na sexta seção expor-se-á os poderes do juiz na fixação da escolha da guarda. Na sétima seção serão apresentadas as considerações finais sobre os objetivos propostos. E por fim, nas seções 8 e 9 serão apresentadas as referências e os anexos, respectivamente.

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo geral

- ✓ Refletir sobre os critérios do juiz na escolha da decisão da guarda.

2.2 Objetivos específicos

- ✓ Averiguar quais são os critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para aplicação da guarda unilateral;
- ✓ Averiguar quais são os critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para aplicação da guarda compartilhada;

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Na pesquisa realizou-se o método qualitativo por meio de levantamento bibliográfico sendo utilizados livros, artigos, entendimento jurisprudencial e todos os recursos de produção científica, aos quais se possam albergar o tema proposto.

O material para estudo coletado contou com a busca de jurisprudências nas páginas eletrônicas do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, com a busca pelas expressões “guarda unilateral” e “guarda compartilhada”, separadamente. A partir de então, procedeu-se á leitura do material coletado.

Isto posto, paralelamente houve acesso à rede mundial de computadores, para acesso a embasamento estatístico e assim como o jurisprudencial do tema.

De acordo com Minayo (2002, p.21), a pesquisa qualitativa se atenta, nas ciências sociais, com “um nível de realidade que não pode ser quantificado, trabalha com um universo de significados, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações”. Assim a pesquisa de abordagem qualitativa não se preocupa com número de dados alcançados, preocupa-se com as articulações que podem ser extraídas com o material coletado.

Os dados resultantes passarão a ser interpretados com base na aplicação do método lógico-dedutivo. O qual segundo (BRUGGER, 1962) utiliza as teorias existentes e compara-as e aperfeiçoa-as, associando ao estudo bibliográfico, fazendo comparações com as teorias e práticas sobre o assunto a ser estudado.

Após a observância dos dados executou-se a avaliação das informações colhidas com a respectiva reflexão sobre as mesmas, a fim de se chegar as considerações finais.

4 FAMÍLIA E SUAS NOVAS CONFIGURAÇÕES

Com o intuito de compreensão do tema faz-se necessário preliminarmente contemplar as matérias que o circundam abordando, em princípio, a família e suas configurações e em seguida seus aspectos jurídicos. Assim como se segue:

Antes mesmo de adentrarmos o enfoque histórico da família, necessário esclarecer que em decorrência das transformações que a família sofreu ao longo da história da humanidade, não pretendemos abordar todas as etapas históricas, nem todas as conceituações apontadas pela doutrina dada à ampla extensão do conteúdo. Dito isto, se passa agora a explanar sobre a história da família e suas novas facetas.

4.1 A família na perspectiva histórica

A família sempre mudou ao longo da história, de tempos em tempos foi sendo transformada até aos moldes que temos hoje. Assim sua definição modifica-se de acordo com a realidade em que está inserida.

Na perspectiva histórica da formação das entidades familiares a família romana se sobressai, no que diz respeito aos aspectos de disseminação de seu conteúdo e os modos pelos quais seus membros relacionavam-se, notadamente a família como monogâmica e patriarcal.

No entanto, antes de adentrarmos ao seu estudo, cabe uma consideração sobre sua preponderância de disseminação. Para Stolze e Pamplona Filho (2014) esta visão da família romana como a única família que existiu em épocas remotas trata-se de uma imposição ideológica influenciada pela religião, que não corresponde à realidade fática, uma vez que, sabe-se que coexistiam e coexistem temporal e espacialmente uma variedade de modalidades de família, a exemplo a poligamia no Oriente e a poliandria na Índia e no Tibet. Estes autores defendem que a propagação da família romana como modelo único de centralidade paterna, demonstra a equivocada imposição de um modelo cultural amplamente difundido e aceito como paradigma que não encontra respaldo na história fática.

Dito isto, a família romana era estruturada como uma organização religiosa, social, econômica. A expressão família romana nos dizeres de Venosa (2001, p. 18) representa "um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados".

Em Roma a família era organizada sob o Princípio da Autoridade, o *pater familias*, pelo qual, o pai detinha sobre os filhos o direito de vida e de morte. O renomado doutrinador

Gonçalves (2006) exemplifica que o pai “podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido”.

O centro do direito romano era o *pater*, ele contemplava em uma só pessoa as funções de chefe político, julgador das lides e líder religioso, ou seja, era a personificação própria do poder. Além de exercer o direito de vida e morte sobre os filhos, podia penalizá-los corporalmente e vendê-los. A mulher era totalmente subordinada à autoridade, primeiro do pai e depois do marido, além de poder ser repudiada unilateralmente por este (PEREIRA, 1997).

Os vínculos que uniam a família romana não eram os laços de sangue; tão pouco os vínculos proporcionados pelo nascimento, mas pela religião doméstica e o culto dos antepassados (VENOSA, 2013) ou no entendimento de Pinho (2002) o vínculo se perfazia pela circunscrição à autoridade do *pater familias*. Por isto havia uma ruptura com a família quando o filho homem era emancipado e a filha mulher se casava, não eram considerados membros da família, uma vez que não mais participam do culto doméstico.

Com a ascensão do imperador Constantino ao poder romano ocorreu à instalação da concepção cristã da família, levando a diminuição do poder do *pater* sobre os demais membros da família, até mesmo permitindo que a mulher e os filhos se tornassem mais independentes e menos subordinados. Não obstante é indubitável “que o direito romano forneceu ao direito brasileiro elementos básicos da estruturação da família como unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade de um chefe” (PEREIRA, 2004, p.641).

No período pós-romano o construto familiar foi influenciado pelo Direito Germânico, principalmente, a espiritualidade cristã, ao centrar o núcleo da família entre os pais e os filhos, o casamento passa a ter um caráter de sacramento, gerando uma evolução do enfoque autocrático para um enfoque mais democrático e afetivo (CORRÊA, 2009).

Já no período de tempo correspondente à Idade Média, de acordo com Gonçalves (2006) a igreja exercia profunda influência nas relações de família, sendo o casamento religioso o único conhecido apesar das normas romanas ainda estarem muito presentes. Neste contexto o Magistrado Matzenbacher (2009, p.207) informa:

“O cristianismo levou o casamento a sacramento. O homem e a mulher selariam a união sob as bênçãos do céu e se transformariam em um único ser físico, e espiritualmente, de maneira indissociável. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes e somente a morte poderia fazê-lo”.

Portanto, depreende-se da inteligência acima que a igreja fundou o conceito de união de pessoas pelo sentimento de afeto. Como também o direito canônico serviu para incorporar no direito de família a noção de casamento civil e religioso ao direito de família, permitiu o conhecimento das teorias das nulidades, a separação de corpos e do patrimônio, a divisão dos aspectos civil e religioso do casamento (VENOSA, 2013).

Deste modo, após a ascensão do direito canônico um novo conceito de família foi sendo formado, não unicamente respaldada no sacramento religioso, mas pelo elo do afeto, nascendo à família moderna. De sorte que, sobre essa nova família contemporânea que se será tratado adiante.

Para Lôbo (2004) perpassando os conceitos históricos das entidades familiares, atribuiu-se à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional.

As transformações sociais e por consequência familiares, que se expressam nos dias atuais, nos despertam o interesse de conceituar, ou melhor, tentar chegar próximo ao conceito de família na contemporaneidade, em virtude dos inúmeros rostos que a constituem. Para tanto, sabe-se que essas mudanças ocorreram de forma gradativa, de modo que à família foi se transformando, se recriando, mas nunca deixando de pilar da sociedade.

Por conseguinte, faz-se necessário estudarmos os conceitos apresentados por diversos autores sobre a família os quais serão apresentados em seguida.

4.2 Conceitos de família

O direito como fruto da sociedade, modifica-se a cada tempo, buscando segui-la e transformar-se junto com ela, embora muitas vezes não cheque-se ao seu aperfeiçoamento, em vista de interesses obscuros de quem tem o poder de ensejar seu regramento.

Não obstante, o direito de família tem se modificado muito ao longo dos anos, pleiteando chegar a um molde onde todas as suas facetas possam se enquadrar, o que é um grande desafio, pois se há um lugar no qual todos nos relacionamos em algum momento é a família.

E nesta busca da adequação à realidade contemporânea a família apresenta diversos conceitos. Como o da prestigiada autora Maria Helena Diniz que afirma que a família é “o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano” (DINIZ, 2010, p. 13). Assim sendo na família está a essência onde o sujeito

se desenvolve, tendo função primordial na vida de seus integrantes, exercendo grande influência na conduta em sociedade.

No estudo da família a autora Diniz (2010) afirma no diz que no âmbito jurídico que há três expressões fundamentais da palavra família: a) a amplíssima; b) a lata; c) a restrita, as quais serão detalhadas a seguir:

A família amplíssima, como o próprio nome diz , abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo de consanguinidade ou da afinidade, portanto nesta conceituação a família é por qualquer pessoa a que se queria dar o nome familiar.

A expressão lata refere-se à família formada pelos cônjuges ou companheiros, por seus filhos, pelos parentes em linha reta ou colateral, bem como nos afins esta, portanto é interpretada pela família mais comum sem, entretanto caber terceiros.

Já a aceção de família restrita insere apenas o cônjuge da família unida pelo matrimônio e sua filiação, de maneira que a família representaria um pequeno rol de membros.

Na visão de Stolze e Pamplona Filho (2014, p. 36):

“não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”.

Por tais razões as conceituações de família reputam-se das mais diversas, pois um único conceito não poderia abarcar a quantidade de possibilidades de tipos de famílias. Neste sentido os autores anteriormente citados preferem utilizar a expressão direito de família, ao invés de, direito das famílias, como foi apresentado na proposta do Estatuto da Família, pois segundo eles a expressão família é gênero que importa uma variedade de modalidades.

Ainda segundo os autores acima citados deles depreende-se o conceito de família, como sendo: “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (p. 39).

Desta maneira o conceito de família encontra-se arreigado a pluralidade de pessoas, ao afeto que os une e que objetivam a realização pessoal de seus integrantes, logo, esta corresponde uma visão por assim dizer romântica de família, que por sinal corresponde ao entendimento que vem se firmando nos dias atuais como a família brasileira moderna, como vínculo de amor entre seus membros e não mais somente ligado por aspectos materiais ou de sobrevivência de tempos atrás.

Para o ilustre Venosa (2013) a conceituação do instituto família divide-se em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo a família é aquela organização formada pelo parentesco, isto é, seria o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesta classificação a família compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. E por esta interpretação até mesmo inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. No outro entendimento tem-se a família em sentido restrito, nesta concepção a família é formada apenas pelo núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar. Dentro desta classificação, ainda segundo o autor, caberia a família monoparental, que foi reconhecida pela Constituição Federal, conforme disposto no parágrafo 4º do art. 226: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

Por outro lado o professor Silvio Venosa apresenta seu entendimento que a família é um fenômeno que se funda em dados biológicos, psicológicos e sociológicos. Neste sentido a família ganha um status de complexidade ao se retratar a temas de grande alcance.

Em caráter político e sociológico Gonçalves (2014), concebe a família como "uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social".

Entendimento próximo ao de Rodrigues (2002, p. 14) para quem a família é a "célula básica onde se alicerça toda a estrutura da sociedade". Portanto, a família não só se manifesta nas relações sociais em geral de convivência entre os indivíduos, mas também apresenta sua importância na formação do alicerce do Estado no que concerne à organização social que o delinea.

Há ainda quem considere a família como o "conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum" (PEREIRA, 2014, p. 17). Fazendo do caráter biológico o núcleo de toda uma gama de direitos em que funda a família. Esta ideia, entretanto parece perder lugar para uma compreensão do afeto como vínculo que liga os membros da família. Neste sentido Dias (2010, p. 31) ao discorrer sobre o afeto e a paternidade, entende que:

"Hoje, temos por bem, dar valor ao sentimento, a afeição, ao amor da verdadeira paternidade, não sobrepujar a origem biológica do filho e desmistificar a supremacia da consanguinidade, visto que a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida e não há motivos para os 23 operários do direito que se rotulam como biologists e se oporem resistência à filiação sociológica. Essa é a realidade".

Sobre o tema da evolução do conceito de família e suas novas acepções a juíza Vassal (2012, p. 130) diz que “na linha evolutiva do conceito de família e suas novas acepções, emergem as ideias de afetividade e solidariedade, fundando a doutrina eudemonista¹ que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade”.

Por fim, numa abordagem global que parece abarcar as inúmeras peculiaridades da família, os autores Farias e Rosenvald (2013, p. 52) entendem que “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la sem ser à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não) globalizadas”. Portanto, nenhuma concepção de família pode estar mais certa que outra, pois todas apresentam um lado de suas inúmeras facetas.

4.3 Aspectos da família contemporânea

Atualmente homem e mulher tem a mesma importância nos laços familiares. De certo que o Princípio da Igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988 juntamente com o Princípio Dignidade da Pessoa Humana, conforme o art. 1º também da Carta Maior ajudou a introduzir na sociedade brasileira o preceito de igualdade e a desfazer autoridade de hierarquia exercida pelo chefe da família, e a preceituar a igualdade entre homens e mulheres.

Cabe salientar o grande papel do fenômeno da mulher no mercado de trabalho, para a transformação familiar, foi a partir do surgimento de novos postos de trabalho que foi possível abrir espaço para que as mulheres conseguissem adentrar no mercado de trabalho auxiliando o marido no provimento do lar e dando início a sua autonomia financeira (WAGNER, PREDEBON, MOSMANN, VERZA, 2005). Consequentemente o homem não estava mais em posição privilegiada tanto quanto antes.

Sobre a transformação do instituto familiar Venosa (2013, p. 6) explanou:

“A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem baluarte exclusivo o matrimônio. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. [...], fez-se sentir a família

¹ Para Birmann (2006) a família eudemonista ou família afetiva significa “*doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral*”. (BIRMANN, S. H. *O direito a filiação frente à inconstitucionalidade do art. 10 do novo Código Civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2006. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1553>. Acesso em: 28 jun.2014).

conduzida por um único membro o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma simbiose de proles”.

A leitura do trecho acima aponta para as transformações sociais e jurídicas do domínio familiar, os quais permitiram novas conjunturas familiares; isto é, a estrutura familiar pode ganhar novos arranjos.

A Constituição de 1988 representou um enorme avanço se comparadas com as leis que vigoravam antes dela, nas quais o modelo da família patriarcal era o aceito, excluindo da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares.

É a lei maior do ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988, que abre o leque para os novos arranjos, ao não apresentar um conceito fechado de família, pelo contrário trata à família de forma plural, o art. 226 do diploma legal, a saber, os parágrafos 1º a 4º, os quais versam sobre o casamento civil, o casamento religioso, a união estável entre homem e mulher, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Esses modelos de família não são taxativos, é este o entendimento de Lôbo (2010) para o autor a Constituição relatou os tipos mais comuns de modelos familiares sendo por isto expresso, os demais modelos estão implícitos na conceituação aberta e indeterminada do *caput*, e como tal indeterminação depende da concretização das experiências do decorrer da vida.

Na perspectiva atual a nova família é caracterizada sob três fundamentos: diferentes formas de organização, diferentes formas de relação e busca do novo no cotidiano. Os novos arranjos podem se estabelecer de diferentes formas, restaurando preceitos preestabelecidos e redefinindo os papéis dos membros da família (OLIVEIRA, 2009).

Deste modo como se observa a família atual é caracterizada pela diversidade e explicada pela incessante busca pelo afeto e felicidade que norteiam os indivíduos das sociedades contemporâneas. E foi em decorrência desta ampliação da visão do conceito de família que acabou por permitir o reconhecimento de outras entidades familiares, como por exemplo, a união de pessoas do mesmo sexo e o reconhecimento da filiação socioafetiva, dentre outros avanços (BARRETO, 2012).

Acompanhando as transformações na família o direito de família também mudou como não poderia deixar de ser, por assim dizer, seguindo o contexto político, econômico e social de determinada época. A sociedade há muito clamava por esta mudança, pela necessidade de se afastar o conceito dissonante de uma família liberal, institucionalizada, hierarquizada, paternalista e singular, em que as pessoas pertenciam ao núcleo familiar com função voltada para construção de patrimônio e reprodução (MATZENBACHER, 2009).

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 concedeu maior atenção à família, estabelecendo-a como base da sociedade e, além disso, recebeu total proteção do Estado. Estabeleceu que o casamento pode ser realizado no civil e no religioso, influenciada pelo Direito Canônico, e além disso, trouxe duas grandes inovações, o reconhecimento que a família pode ser originária do casamento e da união estável, como também, a família formada por qualquer um dos pais e seus filhos, conhecida como família monoparental.

Em razão destas mudanças trazidas na Constituição Federal e das mudanças ocorridas na sociedade novas formações na família clamavam de respaldo legal. Inúmeras leis nasceram para adequação das novas perspectivas da família e da sociedade. Dentre elas a:

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, de 20 de novembro de 1989 proposta pela ONU (Organização das Nações Unidas) e ratificada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99.

a)O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Em 1990 editado pela Lei nº 8.069 de 1990, que representou enorme progresso no reconhecimento dos direitos de pessoas em fase de desenvolvimento.

b)A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio. Esta lei conferiu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de investigação de paternidade, quando constar do registro civil apenas a filiação materna.

c)A Lei nº 10.406/02, que instituiu o Novo Código Civil brasileiro, entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2002.

O Código Civil teve algumas mudanças para acompanhar a nova posição da família no ordenamento jurídico, e por isto, foi o ramo do direito que mais sofreu alteração após a nova Carta Constitucional. Segundo Matzenbacher (2009) com a nova Constituição Federal, o direito de família se deportou do Código Civil para dentro da Constituição, emanando novos direitos fundamentais. O Estado passou figurar na família com autorização para intervir nas relações privadas, realizando materialmente os direitos fundamentais, social democrático de direito.

No entanto o Código Civil de 2002 ainda sofre de alguns atrasos, como por exemplo, a visão de que a família forma-se pelo casamento, contrapondo-se a visão plural da família trazida na Constituição, poderia-se falar, portanto em uma Constituição das famílias, outros

atrasos versam sobre a omissão do legislador de dispositivos que regulamentem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e igualmente a omissão do legislador quanto à regulamentação da família monoparental.

d) A Lei 11.441 de 2007 permitiu que o divórcio e a separação sem filhos menores pudessem ser realizados em sede extrajudicial e sem a intervenção do Estado-Juiz.

e) A Lei 11.698 de 2008 que veio prever expressamente a modalidade de guarda compartilhada entre os pais, a tendo como regra, e a guarda exclusiva como exceção.

A Lei 12.010 de 2009 a nova Lei de Adoção que trouxe mudanças significativas no processo de adoção, sendo uma das principais é que a criança se tornou figura central assim como afirmar prioridade do Estado será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, conforme art. 1º §1º da referida lei.

Reitera-se, como dito acima, que a legislação do direito de família vem tentando acompanhar as mudanças sociais. Deste modo, as diversas formas de entidade familiar que se formam impõem uma nova interpretação das normas, inclusive da Constituição Federal, para cancelar a função social imposta por ela, assim como, proteção como instrumento de fundação do ser humano.

Neste contexto, diversos são os arranjos familiares concebidos na atualidade, cita-se, por exemplo, família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, pluriparental ou mosaico, anaparental, eudemonista, paralela, dentre outras espécies que possivelmente por serem tão novas, ainda nem se quer foram nomeadas. Dentre as novas espécies de entidades familiares destacam-se a:

A união estável que no ensinamento de Lôbo (2010 p. 148) “a união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento”. Os requisitos legais estão expressos no artigo 1.723 do Código Civil que correspondem à relação afetiva entre homem e mulher, a convivência pública, contínua e duradoura, o objetivo de constituição de família e a possibilidade de conversão para o casamento, que por sua vez está previsto no art. 226, § 3º da Constituição.

A família monoparental cuja concepção é aquela formada por um homem ou mulher que vive com seus descendentes sem cônjuge ou companheiro. A Carta Magna de 1988 versa

obre sua existência em seus dizeres a conceitua como uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226 § 4.º).

Tem-se ainda a denominada família anaparental, que não foi consagrada expressamente na Constituição Federal Brasileira, e pode ser definida etimologicamente como sem pais. O criador da expressão foi Sergio Resende Barros a denomina como:

“São as famílias que não mais contam os pais, as quais por isso eu chamo famílias anaparentais, designação bastante apropriada, pois “ana” é prefixo de origem grega indicativo de “falta”, “privação”, como em “anarquia”, termo que significa falta de governo (BARROS, 2003)”.

Por isso, como se percebe a família anaparental pode ser formada de diversas maneiras, desde a forma mais óbvia de irmãos que perderam os pais, até mesmo um grupo de amigos que decidiram morar juntos e dividirem as responsabilidades de um lar e ao mesmo tempo dar apoio um ao outro.

Outro arranjo familiar é a família pluriparental – também denominada família mosaico, nesta modalidade a um intercâmbio de familiares de outras famílias. No entender de Dias (2010) este tipo de arranjo surge do divórcio, do rompimento da união estável, ou até da viuvez. Assim esta se forma quando integrantes de outras famílias e juntam para formar outra família. O Projeto de Lei nº 470 de 2013 (PLC, 470/2013) denominado Estatuto das Famílias, que frise-se já preconiza por esta denominação a pluralidade de famílias existentes, conceitua a família pluriparental como: “ a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais” (art. 60, § 2º).

Não se pode esquecer a família homoafetiva que é frequente objeto discussões nos meios de comunicação e que foi reconhecida por unanimidade como família pelo STF em 5 de maio de 2011 ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. O Projeto do Estatuto das Famílias a define no artigo 68:

“É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável”.

E por último a família eudemonista corresponde à família que se une convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua (ANDRADE, 2008). Segundo Dias (2010, p. 53):

“O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”.

Na compreensão da autora a família o afeto como ingrediente da formação familiar torna não mais a instituição da família como centro da proteção jurídica, e sim a valorização do sujeito no que concerne ao seu bem-estar.

De todo modo, a autora Maria Berenice Dias ao estudar o fenômeno da formação familiar na contemporaneidade aponta para algumas características da família atual, explicando os novos arranjos familiares como “novos modelos família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, em seus componentes, menos sujeitos a regras e menos sujeitas à regra e mais ao desejo” (DIAS, 2010, p.39).

Depreende-se dos posicionamentos apontados que a família é cerne da sociedade, fruto do dinamismo social fazendo com que as novas concepções das relações familiares se tornem interesse ao direito de família, uma vez que em decorrência deles novas interpretações possam ser dadas. É diante de tal contexto que o presente estudo monográfico das decisões judiciais a cerca do instituto da guarda se faz importante, neste assunto questões sobre o instituto da guarda e o princípio do melhor interesse da criança representam pontos a serem abordados, o feito nos capítulos que se seguem.

5 O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

5.1 Conceito e características da guarda

O eixo temático abordado no presente trabalho diz respeito ao instituto da guarda. Seu conceito está amplamente ligado a expressões de significado próximo como, por exemplo, cuidado, proteção, segurança, apoio. Consiste, sobretudo, na responsabilização do guardião para com o filho.

É o que se observa nos dizeres de Lôbo (2010, p. 169) “a guarda consiste na atribuição a um dos pais ou ambos dos encargos de cuidado, zelo, e custódia do filho”. E em sentido mais amplo no entendimento de Diniz (2005, p. 503) para quem guarda “é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato”.

Em sucinto entendimento dos atributos da guarda Carbonera (2000) chega ao conceito de guarda como um instituto jurídico por meio do qual é atribuído a um indivíduo, o guardião, um complexo de direitos e deveres, com o intuito de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Segundo as lições de Stolze e Pamplona Filho (2014) a guarda é o instituto proveniente da própria autoridade parental exercida pelos pais. Podendo ser classificada em quatro modalidades, a saber:

a)guarda unilateral ou exclusiva: compreende a modalidade mais comum e comum e difundida no Brasil. Nela apenas um dos atribui-se a guarda do filho restando ao outro o direito de visitas. O domicílio do guardião é o lugar onde o filho passa a morar.

b)guarda alternada : consiste na modalidade em que existe alternância da guarda exclusiva e por conseguinte do direito de visitas. Se consuma quando um dos pais fica por certo período de tempo como guardião do filho, neste período de tempo ao outro genitor cabe o direito de visitas, esta situação se alterna entre um e outro sucessivamente, pelo tempo que a decisão judicial impor. Na prática não é um modalidade favorável ao interesse dos filhos.

c)nidiação ou aninhamento : corresponde a modalidade em que os pais revezam a casa ou domicílio em que viviam enquanto casal com a prole, um por vez, de modo que o outro tenha e resida em seu próprio domicílio, quando não for sua vez de dividir a casa antiga com seu filho. Assim sendo cada um deverá manter além de sua própria casa a que divide com o filho de tempos em tempos, deste modo para que este tipo de guarda seja conferido os pais devem ter uma excelente condição econômica.

d) guarda compartilhada ou conjunta: é a modalidade de preferência em nosso sistema. Tem como principal vantagem a repercussão psicológica na vida dos filhos se comparada às demais. Esta modalidade atribui a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, direitos e deveres iguais na condução da vida dos filhos.

Na visão da renomada autora Maria Helena Diniz o instituto da guarda conceitua-se como:

“um conjunto de relações jurídicas existentes entre o genitor e o filho menor, decorrentes do fato de estar este sob o poder e companhia daquele e da responsabilidade daquele relativamente a este, quanto à sua criação, educação e vigilância. A guarda é um poder-dever exercido no interesse do filho menor de obter boa formação moral, social e psicológica, saúde mental e preservação de sua estrutura emocional” (2010, p. 289).

Desta maneira a guarda tem um caráter de responsabilidade bastante amplo na vida dos pais e principalmente na formação dos filhos, pois em virtude da sua criação pelo detentor da guarda todos os aspectos mais importantes e fundamentais de sua vida sofrerão influência.

No direito brasileiro esta disciplinada no Código Civil (CC) no Capítulo IX – Da Proteção a Pessoa dos Filhos, compreendendo do art. 1.583 ao art. 1.590 e também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) especificamente nos arts. 33 a 35, e genericamente dos arts. 28 a 32 ainda que de formas diferentes, e que serão apresentadas ao longo do capítulo.

Outro aspecto fundamental da guarda é que ela consiste em um dos deveres que integram o conteúdo do poder familiar (art. 1634, II, CC, 2002). Logo o descumprimento do dever do poder familiar, acarretará em ilícito penal, entre eles os crimes de: abandono material, entrega de filho menor a pessoa inidônea, abandono intelectual² e a perda do poder familiar.

Há que se ponderar também que o instituto da guarda trata da regulação da convivência, tanto o Código Civil quanto o ECA não delimitam a proteção, à convivência anterior a concessão do instituto, pois se aplica tanto ao que já disfrutou da convivência familiar, como em casos de filhos de pais casados e que depois se divorciaram, como também se aplica a convivência de filhos de pais solteiros ou que um ou ambos os pais faleceram, sempre com o intuito de dar a melhor estrutura de cuidado e proteção aos filhos.

Uma questão que ronda a guarda dos filhos menores são as consequências na criação e na formação dos filhos, para Rizzardo (2004) a guarda do filho menor é um dos aspectos mais

² Previsão de crimes contra a assistência familiar (artigos 244 a 247 do Código Penal).

delicados da separação dos pais, pois acarretam sérios prejuízos a prole. A separação dos pais costuma ser bastante vivida pelo filho, primeiro e mais preocupante costumam presenciar as discussões entre os pais, logo em seguida um deles deixa de morar na casa onde viviam, posteriormente há uma mudança radical na rotina; em contrapartida não se espera algo diferente que um profundo mal-estar causado pela separação dos pais.

Desta forma, pelos conceitos dos autores acima citados entende-se que a guarda é o modo pelo qual o guardião (pais ou responsáveis) deve propiciar aos filhos, cuidado e proteção além de todo apoio necessário ao desenvolvimento destes.

Fica evidente a tentativa de proteção aos direitos da criança e do adolescente na legislação brasileira, apesar disto ao se estabelecer a “guarda” de um menor a um ou a outro indivíduo, mascara-se uma objetificação da própria figura da criança, como alguém que pertence a um indivíduo e não como ser que a quem pertencem direitos e deveres. Há, portanto uma relação controversa de significados.

Neste sentido a autora Renon (2009) enfatiza que a própria expressão “guarda” traz em si, uma expressão que significa verdadeira “coisificação” do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito.

Neste sentido, o exercício do cuidado para com o filho não se finda com o fim do enlace conjugal. A ruptura dos pais não altera a condição de pai e mãe dos genitores, antes mesmo da Constituição consagrar a defesa da família (Princípio da Convivência Familiar, art. 227), a legislação já assegurava tal entendimento. Para tanto, a Lei nº 6.515 de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, no art. 27 “caput” e seu parágrafo único, já trouxe que “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos” e no parágrafo único o “novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres”.

De toda sorte, para estudo proposto dar-se-á ênfase ao estudo da guarda trazido no Código Civil de 2002 e as alterações trazidas pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, a qual estabeleceu duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada (art. 1584, caput, CC), que serão objeto de estudo nas seções a seguir.

5.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral é aquela ocorrer em consequência fatores, quais sejam: separação de fato, judicial, divórcio ou dissolução de união estável dos pais; bem como pode advir do

abandono de um ou de ambos os genitores, do óbito de um deles e também, por consequência da paternidade não revelada (RENON, 2009).

Por conseguinte, a guarda unilateral compreende a modalidade em que à apenas um dos pais é atribuído à proteção e o cuidado do filho ou a um terceiro, caso nenhum dos pais preencham as condições necessárias para tal (art. 1584, § 5, CC, 02).

Tais condições foram modificadas ao longo do tempo, no Código Civil de 1916 o art. 326 estabeleceu que a guarda do filho ficaria com o genitor considerado inocente da separação, com a alteração do Código Civil de 2002 foram estabelecidas critérios diferentes para a decisão, o artigo anterior foi revogado dando lugar ao entendimento do art. 1.584 do mesmo diploma legal estabelecendo que “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. As melhores condições a que o artigo se refere são às trazidas no art. 1.583, parágrafo 2º, do CC/02 nos incisos I, II e III, quais sejam: (I) - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) - saúde e segurança; (III) - educação. Importante observar que nenhum destes fatores deve ter preferência pelo outro, pois todos são considerados de igual importância (GONÇALVES, 2014).

Percebe-se então, a apresentação de um novo paradigma nas relações familiares, o qual não se considera à visão preconceituosa da culpa de um dos pais, dando prioridade ao melhor lugar onde os vínculos de afeto e condições essenciais como saúde e educação dos interesses da criança ou adolescente possam ser contemplados.

Nesta modalidade o genitor ao qual não foi atribuída a guarda resta à obrigação de supervisionar o interesse dos filhos (art. 1.583, § 3º). Sendo que esta obrigação de cuidado do pai não guardião denominada por Gonçalves (2014) como um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto, cujo objetivo é evitar o abandono moral do filho.

A condição de supervisor a quem não se atribuiu a guarda unilateral sofre de muitas críticas, a exemplo autores como Welter (2009) cujo entender defende que a guarda unilateral não proporciona o desenvolvimento da criança, além de não garantir a ambos os pais igualdade no que se refere aos aspectos social, familiar e pessoal. Em sua visão o não guardião tem influência meramente coadjuvante no desenvolvimento da sua prole. Outro autor que critica a guarda unilateral é Alves (2009), para ele o que tempo maior de convivência de um dos genitores para com o filho dá ensejo que o filho seja usado como instrumento de vingança e chantagem contra o antigo parceiro, trazendo bastante prejuízo ao filho, que em consequência se distancia do genitor não guardião por ter uma visão distorcida

do mesmo, caracterizando o fenômeno da alienação parental, responsável pela Síndrome de mesmo nome.

Não obstante, não se pode deixar de expor certo avanço na aplicação da guarda unilateral. A jurisprudência demonstra que a mãe não é mais baliza de afeto e cuidado inato e indiscutível, ao pai, tendo em vista princípio do melhor interesse da criança já é concedido à guarda de seus filhos. A preferência da mãe na concessão das guarda demonstra também evolução da sociedade trazida pela entrada da mulher no mercado de trabalho e também o enfraquecimento, mesmo que pouco da divisão sexista de funções entre homens e mulheres (RENON, 2009).

Dito isto, a preferência maior entre as modalidades de guarda dos doutrinadores (DIAS, 2010; DINIZ, 2010; GONÇALVES, 2014;) é a da guarda compartilhada, que será objeto de análise a seguir.

5.3 Guarda compartilhada

A segunda modalidade trazida no Código de 2002 é a guarda compartilhada, que consiste na responsabilização conjunta do exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, no que concerne ao poder familiar dos filhos em comum (1.583, § 1º).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, preconiza no art. 9º, item 3, a convivência dos filhos com ambos os pais, quando estabelece que “ Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”. Assim sendo, o direito de convivência entre pais e filhos separados e ratifica a responsabilidade de ambos na criação da prole, já vindo sendo pensado como forma de oferecer um ambiente mais adequado as necessidades dos filhos.

Esta modalidade mesmo só sendo trazida com a publicação da Lei. 11. 698 de 2008 já fazia parte das decisões dos juízes com base no Princípio da Igualdade de Genitores decorrente do art. 226, parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988 e do Princípio do Melhor Interesse da Criança, consagrado na Convenção Internacional de Direitos Humanos de 1989, cuja disposição assim se segue do art. 18 (1) do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 que a promulga:

“Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança”.

Portanto, se aduz do texto acima que o Princípio do Melhor Interesse da Criança já se manifesta sobre a responsabilização mútua de ambos os pais no interesse da criança, e enfatiza a preocupação fundamental ao bem do melhor interesse dos filhos.

Assim como também já se utilizava em outros países possibilitando o direito comparado, como dispõe Alves (2009, p. 241):

“com base nas experiências do Direito Comparado (principalmente na França – Código Civil francês, art. 373-2, Espanha – Código Civil espanhol, arts. 156, 159 e 160, em Portugal – Código Civil português, art. 1905º, Cuba – Código de Família de Cuba, arts. 57 e 58 e Uruguai – Código Civil uruguaio, arts. 252 e 257)”.

Nesta perspectiva de aplicação da guarda compartilhada antes da legislação brasileira propor sua aplicação, é importante destacar que Supremo Tribunal Federal (STF) já em 1997 se pronunciou a respeito da guarda compartilhada em termos genéricos, como se observa no seguinte julgado:

“O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular as visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. (STF- RTJ, 43/44³ – Rel. Min. Eloy da Rocha – Publ. em 20-12-1967) (ALVES, 2009, p. 101-2)”.

No mesmo passo, se antes de sua previsão legal a guarda compartilhada já se apresentava como solução para famílias em crise, depois de ser regularizada ganhou grande força no ordenamento jurídico passando a ser a regra, neste sentido o parágrafo 2º do art.

³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RTJ, 43/44. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 mai. 2014.

1.584 do CC/2002 estabelece que ela “será aplicada sempre que possível”. Deixando a guarda unilateral como a exceção.

Contudo no entendimento de Akel (2009), a questão não é tão fácil, para o autor o magistrado deverá analisar todos os elementos do caso concreto, trazidos aos autos do processo para implantação ou não da guarda compartilhada. Não deixando escapar que a temeridade que o litígio vivenciado pelos pais possa vir a impossibilitar por completo o sucesso da guarda compartilhada (SANTANA, 2011).

Sobressaem-se algumas características da guarda compartilhada albergada no ordenamento jurídico brasileiro. Entre elas a que de primeiro comento, diz respeito ao dever do juiz em decisões sobre guarda, de explicar aos pais sobre a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (art. 1.584, § 1º, CC/2002).

Em seguida a possibilidade de o juiz aplicá-la ao não haver acordo entre os pais (art. 1.584, § 2º, CC/2002), demonstrando o amplo poder do juiz no âmbito privado que é a família, que será objeto de análise na seção 8.1, deste estudo.

A lei ainda prevê a orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar, nas decisões das atribuições de cada um dos pais e os períodos de convivência, aos quais poderão ser obtidos de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público (art. 1.584, § 3º, CC/2002).

Ouro importante fator que caracteriza a guarda compartilhada é o fato de um dos genitores poder ter a guarda física do filho e ambos permanecerem com a guarda legal (FONTES, 2009), pois o que é essencial é ambos tenham possam auxiliar na construção do filho como indivíduo em todos os aspectos de vida. O que é corroborado pelo artigo 1.583, parágrafo 1º do Código Civil de 2002 “(...) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Do exposto chega-se a dedução que a guarda compartilhada caracteriza-se também pela soma das responsabilidades dos pais, uma vez que se somente um dos pais participar ativamente da vida de seu filho, o instituto estará descaracterizado. Deste modo, Strenger (2006) diz que ao estabelecerem a custódia conjunta os pais dividem a responsabilidade e decisões sobre a vida em geral dos filhos.

Vale lembrar que a legislação civil não delimitou a guarda compartilhada a qualquer tipo de hipótese de ruptura do casal, seja ela separação, dissolução de união estável, divórcio, podendo ser aplicada até mesmo a casais que nunca estiveram em uma relação familiar.

Contudo, o instituto da guarda disciplinado no ECA encontra-se de maneira diversa da apresentada no Código Civil, tema da sessão a posteriori.

5.4 Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente lançado dois anos após a Constituição de 1988 traz em sua essência a proteção integral da criança e do adolescente, já no art. 1º imputa “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Resguardando logo depois no art. 4º a proteção irrestrita à criança, considerando “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos expressamente citados, os referentes à “convivência familiar”. Pode-se observar a importância dada pelo estatuto a convivência familiar da criança, fazendo parte vital da proteção aos direitos da criança.

No que diz respeito à guarda o dispositivo legal apresenta o instituto diferentemente do apresentado no Código Civil, nele a guarda, é medida destinada a regularizar a posse de fato do menor, constituindo na primeira forma de colocação em família substituta, considerada medida excepcional (art. 19, ECA).

Desta forma, como se observa o ECA não regula a guarda que decorre da separação dos pais, e sim, aquela onde esteja visíveis o estado de abandono, a orfandade, a omissão ou abuso dos pais.

Neste sentido Venosa (2013) afirma que uma das diferenças entre a guarda disciplinada no ECA e a guarda decorrente da disputa do pátrio poder pelo desenlace conjugal é que no primeiro caso terá a competência do juízo especial da infância e juventude, enquanto que no segundo caso será do juiz de família.

O ECA disciplina a guarda como uma das possibilidades para o menor que necessite de família substituta, além da tutela e da adoção (art. 28, ECA). Dividindo-a em dois tipos: definitiva ou temporária. A primeira é aquela que se destina a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, desde que não sejam por estrangeiro (art.33, § 1º). No entanto a imutabilidade da guarda é relativa, uma vez que, segundo o art. 35 do estatuto a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado e ouvido o Ministério Público. A segunda modalidade, a guarda temporária é a que atende as situações excepcionais, fora dos casos de tutela e adoção, devendo ser aplicada em situações peculiares ou para suprir a falta dos dois

pais ou responsável, sendo possível o direito de representação para a prática de determinados atos (art.33, §1º).

Existe previsão de incentivo por meio de políticas públicas por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar (art.34, “caput”). Sendo dado ao acolhimento familiar preferência em relação ao acolhimento institucional (art.34, § 1º) e nesta condição a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento poderá receber a guarda da criança ou adolescente (art.34, § 2º).

O estatuto ainda prevê que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente e dá o direito ao detentor da guarda opor-se a terceiros, inclusive os pais (art. 33, ECA). Além de afirmar o direito à condição de plena dependência para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (art. 34, ECA).

Tendo em vista que finalidade do instituto consiste na proteção integral da criança e do adolescente, o interesse destes deverá ser levado em conta, sempre que possível, através da oitiva deles (art. 28, § 1º, ECA).

Importante mencionar que a guarda enquanto modalidade mais simples de colocação em família substituta; não suprime o poder familiar dos pais, os quais mantêm seu direito de visita e o dever de prestar alimentos, salvo situação em que expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção (art. 33, § 4º, ECA). Diferentemente dos outros dois institutos de colocação em família substituta previstos no estatuto, a tutela pressupõe a destituição ou suspensão do pátrio poder (art. 36, parágrafo único, ECA) e a adoção perda do poder familiar, interpretação dos arts. 39, parágrafo 1º e 41 do ECA.

Segundo o entendimento do art. 29 do estatuto do ilustre doutrinador, Venosa (2013) a guarda poderá ser concedida a quaisquer parentes da criança, incluindo avós, tios e até mesmo a outra pessoa, desde que haja ambiente familiar compatível.

O ECA apresenta um importante desdobramento da guarda, que é a possibilidade de família substituta manter a criança em sua vigia e proteção enquanto estágio dos institutos mais amplos como a tutela e adoção, salvo quando se tratar de estrangeiro (art. 33, § 1º, ECA).

O art. 98 do ECA um rol de situações de aplicabilidade das medidas de proteção à criança ao adolescente quando forem ameaçados ou violados, dentre elas a guarda: (I) por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; (II) por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; (III) em razão de sua conduta.

Adiante comentar-se-á sobre um instituto que está profundamente ligado a guarda, o poder familiar.

6 PODER FAMILIAR

6.1 Conceito e evolução histórica no ordenamento jurídico do poder familiar

Nos primeiros anos de vida todo ser humano necessita dos cuidados e da proteção de alguém para que possa se desenvolver, carecendo que lhe ofereçam desde necessidades básicas como comida e água até coisas intangíveis como afeto.

Com isso, os pais, naturalmente são os principais guardiões do ser humano em desenvolvimento. Por eles passa toda responsabilidade de proteção e vigia dos interesses dos filhos. E para exercer tal responsabilidade, existe o poder familiar, sendo por meio dele que os pais cumprem a missão de salvaguardar os filhos.

Este instituto jurídico e social por consequência apresenta características históricas, deste modo cada época da história da vida humana influenciou na concepção de poder familiar. Ele passou de um instrumento pelo qual o menor era considerado objeto de direito, para um sentimento de proteção para qual o filho é considerado sujeito de direito.

Neste desvendar histórico, Venosa (2013) apresenta a compreensão histórica do pátrio poder desde as primeiras civilizações até os dias atuais. Segundo o autor nas primeiras civilizações não existia monogamia, os membros das tribos mantinham relações sexuais com os demais membros, por isto, era impossível saber a identidade do pai das crianças que nasciam. Com as guerras, a carência de mulheres e possivelmente uma inclinação natural, os homens buscaram relações sexuais com mulheres de outras tribos, antes mesmo do que em sua própria tribo. A partir daí surge à primeira concepção de exclusividade; e com ela a monogamia que impulsionou a proteção da prole surgindo assim o exercício do poder paterno.

Dáí em diante, ainda segundo ao delineamento histórico trazido por Venosa (2013) encontra-se o *pater poder* do direito romano o *patria potestas* que se estabelece na figura do pai como autoridade máxima da família, da qual dispunha de amplos poderes, inclusive sobre a vida dos filhos e da mulher, *ius vitae et necis* (direito de vida e morte) que só veio a desaparecer na época de Justiniano. Na Idade Média o pátrio poder foi confrontado com uma noção mais branda de autoridade parental trazida pelos povos estrangeiros. Já na Idade Moderna o pátrio poder chegou de forma mitigada, se estabelecendo no Brasil por meio do Direito Português e sendo evidenciado pelos senhores de engenho e pelos barões do café. Nos dias atuais o pátrio poder é tem como essência a proteção dos filhos menores, e mais detalhadamente os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade.

A respeito da evolução do poder familiar Lôbo (2010) acrescenta que este foi modificando-se na medida em que as relações familiares deram maior importância à mulher e aos filhos. Neste sentido quanto maior as desigualdades, a hierarquização entre os membros da família e a supressão de direitos, mais forte era o pátrio poder e o poder marital. Foi por meio da emancipação da mulher casada e da elevação do mesmo tratamento aos filhos mesmo que de origem diferentes que foi possível à redução do poder do pai na família.

Venosa (2013) observa que a mudança de entendimento da relação entre pais e filhos é recente; até o século XIX e início do século XX na sociedade brasileira, notadamente rural ainda era sobressalente a ideia de pátrio poder baseada na compreensão do *patria potestas* do Direito Romano desta forma a sociedade incentivava a manutenção do poder patriarcal, somente após a industrialização, a urbanização e nova posição da mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações, a globalização da sociedade é que se entendeu o dever dos pais em relação aos filhos, deixando seus interesses acima dos interesses dos pais.

A igualdade entre homem e mulher nas relações familiares, como se pôde observar foi sendo construída aos poucos na legislação. Neste entender no Código Civil de 1916 o homem tinha posição privilegiada em relação à mulher:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”.

Nesta direção à mulher caberia apenas permanecer como colaboradora na formação dos filhos, sendo apenas na morte do marido, que poderia assumir maior responsabilidade, apesar de a lei exprimir a possibilidade de recorrer ao judiciário, o que não parece uma solução concreta, pois a própria lei afirma a decisão final cabe ao pai, de certo o legislador frisou a subordinação da mulher ao marido.

Foi com a Constituição de 1988, no art. 226, parágrafo 5º que a mulher e o homem enquanto pais passaram a ocupar o mesmo degrau de importância na educação e formação dos filhos, por ele “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Da mesma forma o art. 21 do ECA corroborou o entendimento constitucional aparando o pátrio poder em ambos os pais, sendo necessária a intervenção do Estado em caso de divergência entre os pais, assim destaca:

“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”.

Com esta nova concepção o Código Civil de 2002, transformou a sobrepujança do marido para o exercício do poder familiar para ambos os pais. Neste sentido o art. 1.631 reafirmou o que já havia se destacado na Constituição, no ECA e na sociedade como um todo:

“Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar; é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

A autora Diniz (2010) destaca didaticamente seis características do poder familiar, sendo elas: a) constitui *múnus público*: trata-se de uma função de um cargo privado, que precede ao mesmo tempo um direito-função e um poder-dever; b) a irrenunciabilidade: os pais não podem recusá-lo nem desistir dele; c) a inalienabilidade ou indisponibilidade: não se pode transferi-lo onerosa e nem gratuitamente a outrem; d) a imprescritibilidade: não se perde pelo simples fato de não exercê-lo, só sendo possível sua extinção nas hipóteses previstas em lei; e) incompatibilidade com a tutela: somente se os pais tiverem o poder familiar suspenso ou destituído é que se pode nomear tutor a menor; f) a relação de autoridade: pela existência da subordinação dos filhos em relação aos pais, formada pelo dever de obediência dos filhos e o direito de mando dos pais (art. 1.634, VII, CC).

Neste sentido ao exercerem o poder familiar os pais apresentam direitos e deveres. Segundo o Código Civil conforme art. 1634 e seus incisos os pais tem os seguintes direitos: I) dirigir-lhes a criação e educação; II) tê-los em sua companhia e guarda; III) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V) representá-los, até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

E por outro lado não podem deixar de cumprir os seguintes deveres: a) não abandonar pessoa que está responsável o cuidado, a guarda, a vigilância ou a autoridade, sob pena de incursão no crime de abandono de incapaz (art. 133, CP); b) prover a instrução

primária de filho que estiver em idade escolar, sob pena de responder pelo crime de abandono intelectual (art. 246, CP); c) prover a subsistência de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, sob pena de caracterização do crime de abandono material (art. 244, CP).

Um ponto importante a respeito do pátrio poder, é a sua mudança de nomenclatura que ocorreu com advento o Código Civil de 2002, tornando-se denominado poder familiar.

Embora a nomenclatura do poder familiar tenha se modificado, alguns autores indicam que o significado do instituto não mudou muito, pois os contornos já estavam estabelecidos (PEREIRA, 2014) e por apenas ter se adequou aos padrões sociais da sociedade atual (COMEL, 2003).

Respalda a visão destes autores a comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, neles há pouca diferença no que concerne ao que concerne o rol de atribuições do poder dos pais, presentes no art. 1.634, da legislação em vigor e 384 do Código Civil de 1916, da mesma maneira as questões a se refere à extinção, suspensão e perda do poder familiar são praticamente iguais, encontrados nos arts. 1.635, 1.637 e 1.638 e arts. 392, 394 e 396 do Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916, respectivamente. As mudanças são a inclusão de outro tipo de extinção do poder familiar, a extinção por decisão judicial e outro tipo de perda do poder familiar, a perda por ato judicial. Nesse passo percebe-se a entrada mais preponderante do Estado nas relações familiares.

Ainda no que tange a expressão poder familiar, ao qual substituiu a expressão pátrio poder no Código Civil de 2002. Não é considerada a mais adequada, não agradando diversos autores, como Venosa (2013) para ele a melhor expressão seria a trazida pelo projeto do Estatuto das Famílias, qual seja autoridade parental, pois em seu entendimento esta expressão deixa de enfatizar a relação de sujeição destes em relação aos pais, o que remete a época do pátrio poder. Lôbo (2010) ensina que a mudança de expressões que deslocou o poder do pai (pátrio) para poder compartilhado dos pais (familiar) não explica a mudança mais profunda de entendimento que ocorreu, no qual o interesse do filho é preponderante ao interesse dos pais. Assim como Rodrigues (2010) para quem a preocupação maior do legislador foi retirar a expressão “pátrio”, por relacioná-la com a figura paterna, e não discernir seu teor como dever dos pais e não o poder, dado aos pais não e não a família.

Sem esquecer a supressão seção II, do Código Civil de 1916, correspondente ao pátrio poder quanto ao bem dos filhos, que foi adicionada ao Direito Patrimonial, no subtítulo II,

com a denominação “Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores” (arts. 1.689 a 1.694).

Percebe-se então certa evolução do poder familiar, se antes era dotado por uma concepção errônea de poder dos pais para com os filhos, no sentido de dominação, hoje ele é tido como um poder centrado e amparado no sentimento da afetividade, no respeito e no bem estar da criança, mesmo que ainda permaneça a expressão “poder”, para a qual não há mais respaldo de existência, devido ao reconhecimento de que o cuidado para o com o filho se trata de dever, uma obrigação e não de um comando destes para com aqueles.

Com isso, Dias (2010) afirma que são sugeridas outras nomenclaturas para o instituto, como poder de proteção e pátrio dever. No entanto, a legislação estrangeira tem preferido à expressão autoridade parental.

Para Venosa (2013) o poder familiar é direito imaterial ligado à família, como o nome, a defesa da memória dos mortos. Nesta linha de raciocínio a família nunca é titular de direitos, o direito pertence a cada membro da família individualmente.

A definição de poder familiar corresponde ao plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes (PABLO STOLZE, PAMPLONA, 2014).

Nesse passo Monteiro (2004, p. 348) afirma que o poder familiar corresponde ao “conjunto de obrigações, a cargo dos pais, o tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável”.

Este poder familiar é decorrente de lei, cuja disposição legal encontra-se no Código Civil no art.1631, por ele ambos os pais tem autoridade para exercer poder sobre os filhos enquanto menores.

Ele é inerente à guarda, pois a antecede, haja vista, que para a manutenção da guarda pelos pais é necessário que eles estejam em pleno gozo dos poder familiar (CHAGAS, 2012). No entendimento pacífico da jurisprudência dominante “a guarda não é a essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder (RT, 554/209, 575/134; RJTJESP, 109/280, 121/277; RDTJRJ, 1/79; RTJ 56/53)”, conhecido atualmente como poder familiar⁴.

Trata-se de um instituto que permeia a evolução do conceito de família, no qual ambos os pais possuem direitos e obrigações perante os filhos e seus bens enquanto menores. Todavia este poder é vigiado pelo Estado que tem interesse na família por considerá-la núcleo

⁴ O novo Código Civil de 2002 aboliu o termo pátrio poder, substituindo-o por poder familiar, ou seja, a nova expressão ainda contempla noção de posse e soberania dos pais perante os filhos.

da sociedade, desta forma o Estado age no seara do direito privado como imposição aos pais com o intuito de salvaguardar seus filhos, assim como leciona Rodrigues (2006, p. 398).

“E é nesse sentido que se caracteriza o pátrio poder no direito moderno; ou seja, como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular. Para bem compreender a sua natureza é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse *munus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de nossos filhos”.

Destes institutos apresentados entende-se que a guarda e o poder familiar se relacionam intrinsecamente e são facilmente visíveis quando ambos os pais convivem com a criança ou adolescente e quando os pais vivem em conjunto, numa união estável ou união de fato; pois é exercido pelos pais igualmente, não existe questionamento no se refere a quem pertence à guarda dos filhos, pois os ambos os pais instituem este poder naturalmente.

Todavia quando os pais decidem-se pela separação de fato ou jurídica, surge o problema, com quem ficarão os filhos? Com apenas um dos pais ou com ambos? De certo, que mesmo se a decisão for à de que apenas um genitor ficará com criança, ambos ainda permanecem com o poder familiar, pois a desenlace conjugal não está entre as hipóteses de extinção do poder familiar apresentadas no art. 1.635 do Código Civil e seus incisos, quais sejam: pela morte do pai ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial, assim como a interpretação do art. 1.636 do mesmo ordenamento legal aponta para a manutenção das relações entre pais e filhos após a separação do casal. Deste modo há de se procurar um modo mais propício ao desenvolvimento da criança no que diz a relação entre os pais após a ruptura enquanto casal entre eles.

Nesse contexto, o exercício do poder familiar assume um papel de grande importância no direito de família, especialmente no que tange a guarda.

6.2 Implicações do instituto da guarda no poder familiar

Depois da separação dos pais o poder familiar passa por certo ajustamento. Antes pais e filhos coabitavam um mesmo lar e compartilhavam em conjunto as regras a serem desempenhadas pela família. Após a separação os pais devem chegar a um consenso sobre como será partilhado à participação de cada um, pois como se sabe a separação não extingue o

poder familiar. E além do mais compete aos pais ter os filhos em sua companhia e guarda (art. 1.634, II, CC).

De tal modo a guarda é inerente ao poder familiar, que é um conjunto de obrigações e direitos que o pai e/ou a mãe tem em relação aos filhos e aos bens destes, para protegê-los enquanto absolutamente ou relativamente incapazes, isto é, menores de dezoito anos de idade, de acordo com o art. 1.630 e seguintes do Código Civil (DA GAMA, 2008).

Assim como a expressão “poder familiar” denota sujeição dos filhos para com os pais, a expressão “guarda” aparenta significado ambivalente, pois indica sentinela, que parece denotar a vigia de um dono de uma coisa guardada, que destoa noção de diálogo e troca na formação e na educação dos filhos (TEPEDINO, 2004). Talvez por isto estes institutos estejam tão próximos e a mudança em um deles parece influenciar o outro.

Não obstante, quando ocorre a separação dos pais, estes não perdem o poder familiar cabendo a eles decidirem como se dará a dinâmica da participação de cada um na formação dos filhos. Quando não houver acordo entre eles o juiz poderá decidir, dando privilégio a guarda compartilhada. Na qual, ambos os pais exercem igualmente o poder familiar.

Quando a decisão for pela guarda a apenas um dos genitores, o outro da mesma forma não perde o poder familiar, apesar de o exercício diário da guarda se tornar mais difícil, uma vez que, possivelmente genitor e filho moram em casas diferentes existindo barreira física de aproximação das peculiaridades do dia a dia que formam a vida dos seres humanos.

Nesta perspectiva a autora Dias compreende que como o poder familiar “é um complexo de direitos e deveres a convivência dos pais não é requisito para sua titularidade” (DIAS, 2010, p.387).

Diniz (2010) relata à implicação da guarda no poder familiar quando há separação dos pais, o exercício do poder familiar sofre alteração quando somente um dos pais tem a guarda do filho e o outro genitor fica com o direito de visita, ambos permanecem titulares do poder familiar, sendo o guardião responsável por exercer o poder familiar e se outro genitor não guardião discordar poderá recorrer ao judiciário. Outra situação relatada pela autora como mudança do poder familiar pela guarda é a guarda compartilhada, nesta situação o poder familiar será exercido pelo casal parental, ao invés do casal conjugal de antes. E ainda a situação em que a guarda do filho seja confiada por decisão judicial a algum parente da família, neste caso o poder familiar continuará com os pais, cabendo recurso da decisão.

6.3 Intervenção do Estado no poder familiar

A legitimidade da intervenção do Estado no contexto familiar se explica pela existência de menores que necessitam de proteção, com isto o Estado pode suspender ou até mesmo extinguir o poder familiar (DIAS, 2010).

No entanto, não se admite a intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família, isto posto pelo art. 1.513 do Código Civil de 2002.

Deste modo parece haver incompatibilidade de ideias no que diz respeito a intervenção do Estado na vida doméstica, mas para Comel (2003) embora pareça antagônico estas premissas são complementares a plenitude do poder familiar. Segundo o autor, coexistem duas premissas no poder familiar, a primeira diz respeito ao aspecto de afeição na relação paterno-filial e a segunda consiste na vigia do Estado a cerca da relação pais e filhos.

Pela legislação civilista cabe a suspensão do poder familiar em quatro situações: quando qualquer dos pais abusarem de sua autoridade, faltando, aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz (art. 1.637, “caput”, CC, 2002), bem como a condenação de qualquer um dos pais por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (art. 1.637, caput, CC, 2002).

De acordo com Comel (2003) a suspensão conste na restrição imposta pela via judicial àquela que exerce o poder familiar e que cometer abuso de sua função acarretando prejuízo a filhos, podendo estar impedindo temporariamente de exercê-lo, pela qual se retira parcela de sua autoridade.

Corresponde, segundo Dias (2010) a medida abrandada quanto ao poder familiar sendo decretada quando os pais descumprem seus deveres impostos pela lei; existindo a possibilidade de reversão, na qual a suspensão pode ser cancelada em razão de a convivência familiar atender aos interesses dos filhos.

A sanção mais grave ocasionada pela intervenção do Estado é a perda do poder familiar, nesta penalidade os genitores são destituídos de toda e qualquer prerrogativa com relação ao filho. As situações de extinção do poder familiar encontram-se no art. 1.838 do Código Civil de 2002, sendo elas: **I)** castigar imoderadamente o filho; **II)** deixar o filho em abandono; **III)** praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; **IV)** incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Portanto para Dias (2010) a extinção do poder familiar só seria válida se a sua permanência pudesse colocar em perigo a segurança e a dignidade da prole.

Após um apanhado geral sobre o poder familiar importante é, para este estudo, a apresentação do princípio que rege as no princípio que rege a criança como sujeito de direito, que será objeto de análise da seção seguinte.

7. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

7.1 Formação histórica da proteção da criança

Ao se estudar sobre a guarda, seja em qualquer das modalidades, o ponto fundamental na decisão sobre o futuro do filho verte para o melhor interesse da criança. Contudo este nem sempre foi o foco no meio familiar e social. Por muitos anos as crianças não foram reconhecidas como detentoras de direitos especiais e fundamentais distintos dos direitos dos adultos, em razão de sua peculiar condição de ser em desenvolvimento, até chegar aos dias atuais muito das concepções e com isso da própria legislação teve que mudar.

Neste sentido o estudo de Ariès (1981) acerca da história social da criança e da família ensina que da antiguidade até a idade média as crianças eram consideradas como mini adultos, não tinham qualquer privilégio, isto era percebido desde as suas roupas até pelo tratamento que recebiam quando faziam entorno dos sete a nove anos. Na primeira situação ocorria que não havia uma moda infantil, as crianças recebiam as roupas em tamanho menor que o mesmo modelo dos adultos, portanto não havia uma separação entre a infância e as demais fases, desde logo eram tratados como adultos, como por exemplo, na segunda situação em que ao completaram cerca de sete ou nove anos, as crianças eram enviadas a casas de outras famílias, para fazerem o serviço doméstico e serem educadas em outros lares, a partir daí retornam a casa de seus pais por volta dos quinze ou sete anos e já eram considerados adultos formados.

Corroborando essa perspectiva histórica Tavares (2001, p. 46) clareia esse entendimento afirmando que “entre quase todos os povos antigos, tanto do ocidente como do oriente, os filhos durante a menoridade, não eram considerados sujeitos de direito, porém servos da autoridade paterna”.

Como também ensina Alberton (2005) segundo o autor na idade média às crianças eram levadas para o mundo adulto a partir do momento condições de sobreviver sozinha.

Foi só a partir do século XX que a criança foi concebida como ser que necessita de proteção especial, deste modo a infância como a conhecemos é fruto da modernidade.

Em relação aos marcos na legislação que trouxeram proteção integral a criança e ao adolescente têm-se diversos documentos internacionais, Liberati (2006) em seu estudo aponta que a doutrina da proteção integral surgiu com a Declaração de Genebra, de 1924, posteriormente em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem também trouxe elementos de proteção espelhados na Declaração de Genebra, pode citar também a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1959, e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, dentre outros diplomas.

Tendo em vista estes diplomas internacionais Bontempo (2008) ensina que a Declaração de Genebra apesar de ser o primeiro documento internacional que expressou os direitos das crianças trouxe apenas cinco artigos dirigidos aos homens e mulheres de todas as nações foi apenas com a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1959 que se inicia a discussão efetiva sobre as condições da criança como sujeito de direito.

Ser sujeito de significa deixar de serem objeto passivo e se tornar titular de direitos como os adultos (Pereira, 2000). Nesta compreensão delimita-se então um marco histórico e jurídico pelo qual o menor emancipa-se da condição submissa e adquire amparo legal com o intuito de protegê-lo.

No Brasil, essa ideia só foi ratificada com o advento da Constituição de 1988 anteriormente as legislações brasileiras que tratavam do “menor” termo utilizado pelos Códigos Penais brasileiros de 1830 e 1890, vinculados à Doutrina Penal do Menor daí já se percebe como era o tratamento dispensado as crianças, visto serem disciplinados por um código que versa sobre crimes, outra legislação que abordavam o menor era a Código de Menores de 1979, adotando a Doutrina da Situação Irregular.

Pela primeira vez uma Constituição Brasileira trouxe expressas e minuciosas disposições sobre os direitos da infância e adolescência (AZUMBUJA, 2004). Trazendo no art. 227 à proteção e garantias à criança e ao adolescente e ainda ampliando essa responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado.

Finalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, instituído por meio da Lei n.º 8.069 de 1990, veio a ser o instrumento a regulamentar o direito de proteção a crianças e adolescentes em relação ao novo paradigma da infância, abalizando a doutrina da proteção integral.

Em virtude disso o artigo de introdução a Lei já define a observância desta a proteção integral à criança e ao adolescente. Como também é possível observar os preceitos constitucionais ali refletidos, a exemplo, art. 3º que aduz “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, assim sendo elevam a criança a detentora dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, o art. 4º que assevera a absoluta prioridade a criança a efetivação dos direitos dos infantes pondo a responsabilidade nas mãos da família, da comunidade, da sociedade em geral e é por obvio do poder público. O art. 6º que pressupõem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o art. 19 que assegura a convivência comunitária e familiar, dentre outros dispositivos na dentro do Estatuto.

Tendo em vista o reconhecimento da criança desde a Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e Adolescente vem sendo idealizada como indivíduo de grande

importância, como sujeito de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, instituindo uma cultura jurídica brasileira norteada pelo princípio do melhor interesse da criança (PIOVESAN, 2003).

Esse tratamento diferenciado referente à doutrina da proteção integral determina que:

“A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou a criança em sujeito de direito. sua prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonado a feição patrimonialista da família” (DIAS, 2010, p. 320).

Assim, depreende-se o entendimento que o princípio do melhor interesse do menor permeia o ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de propiciar, pelo por determinação legal, as restrições e faculdades inerentes ao exercício do poder familiar que garantam o desenvolvimento físico e mental sadio das crianças e adolescentes pela atuação conjunta dos pais, demais familiares, sociedade e Estado (SANTANA, 2011).

Ao revés do que foi proclamado ao longo do capítulo, faz-se necessário uma crítica a respeito da expressão “melhor interesse da criança”, pois interpreta-se que esta deixa uma margem grande de possibilidades para qual realmente é o norte que aponta para o melhor interesse da criança. Qual deve ser o motivo preponderante para o Poder Judiciário, na pessoa do juiz determinar qual a modalidade que melhor atende os interesses da criança? Daí ser lícitas as indagações como essas que permitem analisar o conteúdo do princípio e suas implicações.

Sobre essa expressão Carbonera (2000, p. 126) assevera que “imprecisão e a variedade de conteúdo que pode apresentar a noção de interesse do filho aponta para a consagração como uma cláusula geral, um princípio protetivo onde poderiam estar abrigadas todas as suas facetas, adequadas pelo juiz a cada caso concreto”.

No que tange a guarda dos filhos a Jornada I do STJ 102 estabelece que a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança. Explicando com detalhes o STF decidiu:

“melhores condições para o exercício da guarda do menor”, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável (STJ, Resp 916.350-RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, data do julgamento: 11/03/2008)”.

A busca pela efetividade deste princípio nas decisões a cerca da guarda no processo de disputa entre os pais podem acarretar implicações psicológicas sobre eles, aos quais será tema de discussão no tópico seguinte.

7.2 Implicações psicológicas na busca do melhor interesse da criança em situações de disputa de guarda

O contexto todo da disputa da guarda merece ser analisado detalhadamente, pois muitas são as repercussões na vida dos envolvidos, desde ida a fóruns, conversa com advogados, a própria animosidade da disputa, debates sobre questões práticas de rotina escolar, de visitação, dentre outras. São motivos para que aconteçam efeitos psicológicos que podem acarretar prejuízo à saúde de pais e filhos.

Uma realidade comum da família contemporânea é o elevado número de divórcios e separações, lares são desfeitos e novas configurações familiares são feitas (SOUZA, RAMIRES, 2006).

Neste sentido segundo Silva (2006) ensina que a separação ou divórcio causa um grande rompimento no processo do ciclo de vida familiar, atingindo os membros da família de todas as gerações. Entretanto, esse rompimento pode ser mais desestruturante e dramático para alguns, pois precisam recorrer ao Judiciário para discutir as questões decorrentes da separação. Com isso, é importante olhar cuidadosamente quando há filhos envolvidos, em razão de que as crianças percebem facilmente os efeitos nocivos de uma desestruturação no seio familiar e, logo, sofrem os maiores prejuízos emocionais e comportamentais nestas situações. Trindade (2010, p.187) também defende que a separação conjugal desemborca numa crise familiar na qual os efeitos piores são vividos pelos filhos:

“Pode-se afirmar que o processo psicojurídico de separação e de divórcio inicia com uma crise conjugal na relação entre marido e mulher, para a qual a única alternativa é a ruptura judicial, amigável ou litigiosa, que por sua própria natureza, pode se estender a outras pessoas, principalmente aos filhos, de modo que a crise conjugal se dimensiona como uma crise familiar”.

Diante deste conflito familiar os filhos são deixados de lado e quando são alvo de preocupação é para serem objetos de disputa entre os pais, mesmo que não percebam. Ao final da disputa, a luta de poder entre os pais quem tiver mais força ficará com o troféu, o filho (PINTO, 1998). A respeito do tema Costa (2000) esclarece que a pensão, a regulamentação

de visitas e a disputa de guarda são utilizados como instrumentos de ressentimento entre os pais, e em disto decorrência as crianças são expostas ao desamparo, abandono, privação de contato, transformando os filhos em objetos de barganha.

Segundo Zamberlam (2001) em um processo de separação, os filhos podem ficar desassistidos ou envolvidos nos conflitos dos casais. Nesse cenário na visão de Costa (2000) a parte mais delicada no processo de separação é o relacionamento com os filhos podendo até mesmo ocasionar, em certos casos, um estressor severo, agudo e gerador de vários sintomas da criança.

Na disputa pela guarda pode ocorrer também que o objetivo maior dos pais seja em prejudicar o ex-cônjuge, isto quer dizer, que os pais ao priorizarem seus interesses e necessidades se esquecem das reais necessidades de seus filhos, podendo gerar neles sentimentos de solidão, carência e insegurança (SILVA, 2009).

De acordo com Shine (2008) o modo pelo qual os pais se relacionam com a separação influencia o modo como se relacionam como os filhos, assim no caso em que uma mãe sinta a separação como um abandono, pode transferir para o filho o sentimento de abandono.

Observa-se também que quando os filhos sentem-se envolvidos no conflito tendem a temer magoar os pais e serem abandonados por eles (COSTA, 2000).

Ao estudar o comportamento dos filhos na separação dos pais Ajuriaguerra (1998, p. 307) identificou alguns sintomas que podem vir a acompanhar as crianças nas disputas por suas guarda:

“as crianças durante o processo de separação dos pais apresentem comportamentos como queixa hipocondríaca, acesso de angústia, episódio de anorexia ou de insônia, distúrbios de comportamento, fracasso ou desinteresse escolar, estado depressivo e sintoma neurótico”.

Outros problemas associados as dificuldades de passagem pelo conflito gerado na separação dos pais e depois nas divergências da guarda segundo Kelly (1987) são ansiedade, tristeza, medo, agressividade, baixo rendimento escolar, medo de ser abandonada e tentativas de reconciliação dos pais.

Portanto não é de se estranhar que os conflitos que acompanham a ruptura das configurações familiares têm exigido cada vez mais o envolvimento do psicólogo em decisões que cabiam somente ao judiciário, desta forma cresce atuação nas Varas de Família (LAGO, BANDEIRA, 2009).

Em artigo de Féres-Carneiro (2003) a cerca da dissolução de casamentos, os autores apontam que o rompimento do vínculo conjugal é uma dos acontecimentos da vida que mais causam sofrimento, e que as consequências dessa dissolução são bem diferentes para homens

e mulheres. Segundo o autor o homem o maior sofrimento deste está voltado para os filhos que não ficam sob sua guarda. No caso da mulher que imagina o casamento como uma necessidade de relação amorosa satisfatória, desse modo suas maiores mágoas se dirigem ao homem ao qual ela responsabiliza a razão de sua frustração.

Daf ser lícita a preocupação de na decisão de quem ficará com a guarda do filho, isto é, quem zelará por seu melhor interesse mais de perto, quem terá a missão de proporcionar os melhores aparatos para seu desenvolvimento.

Conforme Zamberlam (2001), em um processo de separação, os filhos podem ficar desassistidos ou envolvidos nos conflitos dos casais. Não obstante todos os envolvidos experimentam uma transição dolorosa, os ex-companheiros incapazes de vencer suas dificuldades e filhos que podem reagir com raiva, depressão ou culpa.

Dentro desta discussão Goldstein, Freud e Solnit (1973) defendem a opinião de que o melhor guardião é o "genitor psicológico", que dizer, o indivíduo combine ser uma companhia constante para a criança, com o fato de ser capaz de lhe oferecer um ambiente estável.

Conclui-se que as implicações psicológicas envolvendo a disputa pela guarda dos filhos repercutem de maneira temerosa em sua vida. Nesta direção há a Síndrome de Alienação Parental que parece ser o malefício mais evidente entre os resultados psicológicos em decorrência da situação conflituosa entre os pais da criança, por isto a síndrome merece ser discutida em tópico apropriado.

7.3 Alienação Parental

Um dos temas mais comentados a cerca do direito de Família é a possível consequência trazida pelo mau relacionamento entre os pais, por vista em que um deles prejudica a imagem do ex-companheiro(a) para o filho, desvalorizando seu caráter, sua imagem, sua honra é a Síndrome de Alienação Parental (SAP).

A definição desta síndrome segundo Stolze e Pamplona (2014) foi criada por Richard Gardner, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, em Nova York, EUA, em 1985, de acordo com autor:

“A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a ‘lavagem cerebral, programação, doutrinação’) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança

pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável”.

Destaca-se da definição acima o contexto em que se dá mais frequentemente a Síndrome de Alienação Parental, quando pais brigam pelo guarda filho. Já não a bastante conturbada separação, os filhos ainda podem sofrer de tal agressão.

Adentrando no conceito de Síndrome de Alienação Parental, Trindade (2002, p. 102) trata da síndrome de forma abrangente, em seu entendimento:

“A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor”.

Reputa-se então, que a síndrome se revela de natureza psicológica, no qual o genitor alienador usa de artimanhas para desconstruir o afeto na consciência do filho, ou seja, esse genitor busca adentrar no julgamento do filho, incentivando-o, instigando-o a pensar que o genitor alienado é ruim de todo e não merece sua afeição.

Neste mar de desafeto, Dias (2010, p. 12) reflete que:

“A criança que ama seu genitor, é levada a se afastar dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado”.

Vislumbrando assim uma família despedaçada, onde os laços que unem o filho ao genitor alienado são desfeitos, e o bem-estar da criança é esquecido, assim não se leva ao desenvolvimento saudável que toda menor deveria ter.

Alerta Lôbo (2010, p. 172) que esse fenômeno decorre da imposição da guarda unilateral segundo ele:

“A experiência demonstra que, muitas vezes, o que fica com a guarda estende sua rejeição não apenas ao outro, mas aos parentes deste, impedindo ou dificultando o contato do filho com eles, convertendo-se em verdadeira alienação parental de todo o grupo familiar”.

Com intuito de extinguir e inibir a prática da alienação parental foi aprovada no dia 26 de agosto de 2010 a Lei nº.12.318, a Lei da Alienação Parental, nesta logo no art. 1º há a definição da síndrome:

“(…) 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”.

Por conseguinte, a Lei traz nova característica, à possibilidade desta ser provocada por outro sujeito, que não seja um dos pais.

Em seguida, no parágrafo único do artigo anterior, exemplificou condutas caracterizadoras da síndrome:

“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”.

A lei ainda esclarece no art. 3º que:

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

Desta forma, percebem-se os grandes malefícios gerados nos filhos, em decorrência da falta de apreço dos pais pelos filhos, que não conseguem se desvincular os desentendimentos da relação conjugal, passando para os filhos todo o desafeto que tem pelo ex-parceiro.

Na próxima seção trata-se o poder dos magistrados quando da decisão do instituto da guarda.

8 O PODER DO JUIZ NA FIXAÇÃO DA GUARDA

8.1 O superpoder do juiz na decisão da guarda

Podemos perceber que o Direito de Família tem se tornado mais humanizado, preocupando-se com questões pessoais de seus membros e oportunizando que novas configurações de famílias sejam consideradas como tais e além de tudo priorizando afeto na constituição de suas relações. Reconhecendo a família como lugar privilegiado de desenvolvimento, enfim pautando suas ações na família como entidade feita para o bem-estar de seus membros.

Contudo, certos aspectos parecem ainda merecer ser refletidos, um destes aspectos diz respeito aos amplos poderes conferidos ao juiz na fixação da modalidade de guarda. Como se sabe de acordo com art. 1584, parágrafo 2º do Código Civil o juiz pode aplicar a guarda compartilhada mesmo na discordância dos pais. Configurando uma ruptura ao modelo que vem sendo construído da família humanizada.

Certo é que os poderes dos juízes na seara do Direito de Família são expressos em diversos atos, neste entender Farias e Rosenvald (2013, p. 54) acrescentam:

“Outro efeito sintomático do caráter indisponível das normas familiaristas existenciais é aumento dos poderes introdutório e decisório do juiz. Assim, independentemente do requerimento das partes ou do Ministério Público, o juiz de família poderá (rectius, deverá) determinar a realização de exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, fixar a pensão alimentícia em percentual superior ao valor requerido na petição inicial, fixar alimentos em favor de incapaz nas ações investigatórias de paternidade nas quais não se formulou pedido de pensionamento e, até mesmo determinar ex officio, a prisão civil por dívida de alimentos”.

Esses poderes apesar de no pé da letra aplicar o direito à convivência familiar, extrapola o liame que divide a vida privada e interesse público, pois tenta esgarçar uma convivência que já não foi bem sucedida e que pela vontade dos próprios atores não desejam compartilhar junto e de modo igual às revesses da criação dos filhos.

Para tanto de acordo com Santos e Martins (2013) o modelo da guarda compartilhada não deve ser imposto como solução para todas as situações, ainda que o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, possibilite ao juiz, diante do dissenso entre o pai e mãe aplicá-la. Na visão das autoras esse modelo coercitivo de guarda compartilhada não protege os interesses do filho menor e por isso somente deve ser indicada quando houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos.

Visando compreender a problemática utiliza-se o entendimento de (Venosa, 2013, p. 187) para o autor “O melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor e atribuir à guarda compartilhada ou conjunta”. Portanto, são equiparados os dois institutos, melhor interesse da criança e guarda compartilhada, como se para um existir devesse haver o outro.

Tratando do tema (DIAS, 2010, p.432)” aborda que:

“os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual”.

É por isso que a torcida pela guarda compartilhada é grande, mas Gonçalves (2014, p. 295) alerta. Para ele a responsabilidade em igual medida aos genitores “trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos”.

O resultado de tal impasse entre a imposição da guarda e a tentativa de manutenção da convivência familiar é a reflexão se há limites para interferência estatal nas relações privadas principalmente no que diz respeito à natureza familiar? Haja vista a preponderância do aspecto afetivo em sua formação e manutenção.

Uma inovação recente é a que se espera para os próximos dias, trazida pelo Projeto de Lei Complementar n. 117 de 2013 (PLC, 117/2013) de autoria do deputado federal Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), que tem como proposta alterar o artigo 1.584, inciso II, parágrafo 2º, que por sua vez adveio da Lei 8.698 de 2008, suprimindo a expressão “sempre que possível”. A guarda compartilhada tornar-se-ia regra enquanto a guarda unilateral restaria como exceção.

O projeto de lei já está em fase final, no último dia 26 de novembro de 2014 o plenário do Senado Federal aprovou e o projeto que segue para a sanção presidencial.

Diante desta inovação jurídica vem se discutindo sobre sua aplicabilidade prática na real proteção dos filhos.

No ano de 2013 a proposta já havia suscitado divergências de acordo com Cursino (2013) em entrevista feita ao Secretário da Comissão de Estudos de Direito de Família do

Instituto dos Advogados de São Paulo, Mário Luiz Delgado⁵, este entendeu ser favorável a medida, pois segundo ele havia a possibilidade de que a guarda compartilhada não pudesse ser submetida nos divórcios litigiosos e também por impedir que o filho seja usado como instrumento de pressão ou vingança pelos pais. Por outro lado em outra entrevista o especialista em Direito Privado Bruno Frullani⁶ se posiciona contrário ao projeto de lei, por entender que este generaliza a solução do conflito, segundo ele, qualquer que seja a modalidade da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, a decisão é casuística, estudada caso a caso, pois é função do magistrado com auxílio dos psicólogos e assistentes sociais determinar qual dos pais e apto a guarda do filho, ainda de acordo com o entrevistado, a supressão da expressão não mudará em nada o poder do juiz de decisão, pois caberá ainda a ele decidir ou não a guarda compartilhada para o caso concreto.

O exímio jurista Stolze (2014) em entrevista⁷ concedida após a aprovação no senado do projeto de lei que visa obrigar, impor a guarda compartilhada, adverte: Como um casal que não partilha se quer uma palavra, pode partilhar a vida de uma criança?

Como se vê a defesa da guarda compartilhada parece permear grande parte dos autores do Direito de Família, porém há aqueles que não compartilham deste lema, afinal como se sabe o juiz deve tomar sua decisão com base no caso em questão com todas as suas especificidades e não já de antemão vir à sessão que escolherá o rumo daquela família com uma posição já preconcebida.

Não se pode negar que a regulamentação da guarda compartilhada representa um excelente avanço ao Direito de Família, embora já existisse para a doutrina e já fosse aplicado pela jurisprudência antes da sua regulamentação. Neste contexto leva-se em conta a dificuldade do julgador em decidir a vida de uma família e principalmente de um sujeito que não tem os elementos necessários para suprir-se e, além disso, deve levar em contas todas as facetas da vida de cada um dos membros da família sem contar os inúmeros processos que o cercam todos os dias.

Em artigo sobre a participação do poder judiciário em decisões cotidianas e banais no exercício do poder familiar levadas ao judiciário, a magistrada Pachá (2012) observou que

⁵ DELGADO, M. L. **Guarda compartilhada obrigatória divide opiniões**. 23 out. 2013. Consultor jurídico, Entrevista concedida a Frederico Cursino.

⁶ FRULLANI, B. **Guarda compartilhada obrigatória divide opiniões**. Consultor jurídico, Entrevista concedida a Frederico Cursino.

⁷STOLZE, P. **Projeto de Lei prevê alterações nas guardas dos filhos de pais separados**. [Bahia]: G1, 1 dez. 2014. Entrevista concedida ao portal Rede Bahia (Portal G1).

cada vez mais chegam ao judiciário demandas de pais sobre sua própria incapacidade em estabelecer limites e fazerem os filhos cumprirem regras e aceitarem restrições.

Para a autora essa transferência ao judiciário de obrigações dos pais fazem refletir sobre o papel social e jurídico da guarda e do poder familiar, bem como os limites das interferência do judiciário nas relações familiares. No seu entender apenas se justificaria a intervenção na intimidade da família se as garantias de proteção dos filhos fossem desrespeitadas. E diz haver um paradoxo, pois a sociedade briga por menos interferência, quer que o judiciário interfira em relações que deveriam ser exclusivamente privadas. Isto tudo, em decorrência da complexidade contemporânea de grande preponderância do consumo e do individualismo nas relações que influenciam nos valores da família e acabam por interferir nas atitudes dos pais frente às limitações da condição humana.

Não obstante, o sistema jurídico preocupa-se em dividir a lide entre culpados e inocentes, no entanto quando os problemas tratam de famílias isto se trona mais complexo (POLAK, 2014).

Os juízes devem cumprir as atribuições dadas pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) e pelo Código de Ética dos Magistrados, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Além é claro dos princípios constitucionais presentes nos artigos 92 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Como parte do judiciário o juiz atua no interesse da coletividade e tem como objetivo resolver de forma justa os conflitos que lhe são apresentados (POLAK, 2014).

Neste contexto Dallari (1996) critica a forma como são dadas as sentenças, segundo ele, sentenças e acórdãos abarrotados de citações eruditas, com uma linguagem rebuscada, são frequentes pondo em segundo plano à questão da justiça. Para o autor esse apego às formalidades legais é uma herança do positivismo jurídico, podendo-se ouvir de um juiz ser ele um “escravo da lei”.

Dando continuidade Dallari (1996, p. 87) afirma que é por meio da Constituição que o juiz recebe do povo “a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas”. Deste modo, a relevância social que o magistrado tem no ofício de julgar é ampla, por isso estes recebem largos poderes do Estado. Como resultado, no uso de tais poderes, o juiz se coloca entre e acima das partes, como parte desinteressada, no cumprimento da obrigação jurisdicional (SANTOS, 2002).

No tocante ao convencimento do juiz, se sabe que este é soberano no processo, cabendo a ele dar as razões da sua decisão. Esta explicação dos motivos que levaram a decisão além de ser dever do juiz, permite a garantia dos envolvidos no processo conforme assegura a transparência da atividade jurisdicional e permite o controle das decisões pelas partes, pelos órgãos jurisdicionais e pela sociedade (CERQUEIRA; CRUZ; JÚNIOR MEDINA, 2008).

Em artigo a cerca da evolução da família Dias⁸ (2010) o direito sofre influência dos problemas da sociedade no que diz respeito à sexualidade humana, para a autora, tabus e preconceitos existentes na sociedade acabam por implicar na postura do legislador, assim como nas dos juízes.

A magistrada continua, criticando duramente a justiça, para ela: “A justiça é retardatária, sempre vem depois do fato e quer impor o cumprimento da lei, simplesmente negando qualquer direito a quem age contrário aos modelos de comportamento aceitos pela sociedade”.

Sobre a inflexibilidade dos papéis de homens e mulheres, a mesma autora aponta que: “Existe uma naturalização dos papéis de gênero. No homem, é reconhecida a existência do instinto sexual; e, na mulher, do instinto paternal. Ela não passa de úteros de pernas, infundável aparelho reprodutor”.

Da mesma maneira que Estado não interfere quando pais mesmo que presentes não cumprem suas obrigações. Não oferecem para seus filhos o bem-estar que deveriam mesmo em fatos cotidianos como perguntar como foi à escola ou conhecer qual sua banda favorita entre outras atitudes. Por não ser função do Estado o exercício do poder familiar, para este, há os pais.

8.2 Atribuições judiciais

Neste percurso já foi demasiado salientado sobre o reconhecimento de novas relações familiares em nível constitucional, não existindo impedimento a reconhecimento de outras entidades. Por óbvio que o ofício de julgar tornou-se de um lado mais complexo em virtude de não haver um modelo ideal de família e de outro e pelo mesmo motivo mais dinâmico, pois

⁸ DIAS, M. B. A evolução da família e seus direitos. 2010. Disponível em: < <http://mariaberenice.com.br/pt/a-evolucao-da-familia-e-seus-direitos.cont> >. Acesso em: 10 de out. 2014.

no julgamento cada entidade familiar pode ser vista em seus aspectos negativos e positivos dando aspecto mais humano e menos legalista a família.

Da mesma maneira já foi amplamente dito que ao determinar a guarda o juiz deve observar sempre o melhor interesse do menor, considerando o bem-estar físico e mental deste em consonância com os preceitos constitucionais encontrados em textos infraconstitucionais, no estatuto civil e no ECA (MAGALHÃES FILHO, AZEVEDO, 2008).

Faz se necessário mencionar outras atribuições do juiz que não seja ofício de decidir. As orientações sobre a guarda compartilhada e a hipótese de determinação de orientação técnico-profissional ou equipe interdisciplinar também sobre esclarecimentos sobre a guarda compartilhada.

No primeiro caso de acordo com o artigo 1.584, parágrafo 1º, do Código Civil o juiz na audiência de conciliação dará conhecimento aos pais sobre o significado da guarda compartilhada, sua importância, a igualdade de direitos de ambos e as sanções em caso de inobservância de seus ditames legais. Estas últimas consistem na redução de prerrogativas a quem não cumpriu injustificadamente as disposições impostas, inclusive ao número de horas de convivência com o filho (art. 1584, § 4º, CC, 2002).

Outra decisão que cabe ao juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público é o pedido de orientação de técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para auxiliar nas atribuições e os períodos de convivência dos pais (art. 1.584, § 4º, CC, 2002).

No tocante, a equipe multidisciplinar, notadamente psicólogos e assistentes sociais segundo (LIMA, SERRANO, 2010) realizam estudo técnico sobre o núcleo familiar, tendo em vista a realidade social da família e do estado psicológico da família. Neste contexto, as práticas da equipe técnica compreende no que diz respeito a realidade social compreende a composição familiar, as condições da habitação, o grau de instrução dos pais, as condições de trabalho, a possível inserção em programas assistenciais, a forma de participação na vida comunitária, a qualidade das relações familiares no que concerne aos aspectos intra-familiares e extra-familiares, observados indicativos de capacidade de proteção dos filhos, dentre outras peculiaridades do caso. Quando os aspectos psicológicos dos entes familiares a intervenção da equipe consiste no estudo psicológico das relações intra-familiares, da afetividade entre os membros que compõe a família e afinidade que os ligam.

O assunto em apreço remete a dificuldade prática verificada nos Tribunais, bem como a divergência jurisprudencial encontrada. Assunto do próximo tópico.

8.3 Argumentos jurisprudenciais na determinação da guarda

Convém destacar que nas soluções para as disputas da guarda nota-se certa invasão ao direito de intimidade e privacidade, juizes entram na esfera privada de cada um para efetivar o maior bem jurídico a ser protegido nesta situação, o bem-estar dos filhos.

Nesta seara, os autores Farias e Rosenvald (2013) utilizam da teoria dos limites fundamentais para justificar o uso de provas ilícitas no Direito de Família assim como da invasão a intimidade e a privacidade das relações familiares. Segundo os autores por meio desta teoria não existem direitos constitucionais absolutos, sendo admitidos a eles limitações, devendo haver uma harmonização entre estes para que um não sufoque o outro.

Os autores compreendem que nas relações familiares não são raros os casos em que existem interesses que superam na escala de valores a privacidade, para tanto há um sacrifício de valor em respeito a outro mais relevante ao caso concreto.

Em artigo de Brito e Gonsalves (2013) a cerca dos argumentos feitos pelos Tribunais de Justiças dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais após a entrada em vigor da Lei da Guarda Compartilhada até abril de 2010, um dos resultados apontados foi a discrepância entre o número de decisões entre os tribunais, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi quem mais decidiu sobre a guarda compartilhada no período, com 25% (vinte cinco por cento) das decisões foram favoráveis a guarda compartilhada, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais por sua vez apresentou número menor se comparado ao tribunal do Rio de Janeiro, apresentando 4 (quatro) decisões favoráveis a guarda compartilhada entre 38 (trinta e oito) casos encontrados, e por ultimo o Tribunal do Rio Grande do Sul não apresentou nenhuma decisão favorável a guarda compartilhada no período analisado. Estes resultados demonstram a inexistência de consenso entre os juizes a respeito da guarda compartilhada.

A pesquisa das autoras categorizou os acórdãos encontrados em argumentações que indicam e argumentações que não indicam a guarda compartilhada.

Na primeira categoria os resultados da pesquisa apontaram para que o argumento da manutenção do convívio com a criança com ambos os pais foi o principal fator que embasou as decisões judiciais favoráveis à guarda compartilhada, porém estas foram menos encontradas se comparadas as desfavoráveis a guarda compartilhada.

A segunda categoria que corresponde às argumentações desfavoráveis a guarda compartilhada, além de encontradas em maior número que as favoráveis, foi constituída de argumentações que versaram sobre: a desarmonia entre os pais da criança, a inexistência de fato novo que justificasse a alteração de guarda, as mudanças na rotina da criança, a distância

entre as moradias dos pais, o fato de o processo de guarda envolver criança de tenra idade, a existência de conflitos no exercício da guarda e a concessão de visitação livre foram as justificativas mais usadas para se negar a aplicação da guarda compartilhada.

Em pesquisa sobre a jurisprudência do site do Tribunal de Justiça do Piauí utilizando a expressão “guarda compartilhada” e “guarda unilateral” por serem os mais disseminados na doutrina e por serem antagônicos entre si. Na pesquisa com a expressão guarda compartilhada foram localizados cinco resultados. E no segundo caso, o resultado encontrado com a expressão “guarda unilateral” foram encontrados dois resultados.

Dos resultados referentes à pesquisa a cerca da guarda compartilhada, dois dos cinco encontrados, efetivamente expuseram decisões a cerca da concordância ou não da mesma. No primeiro caso o juiz argumentou deferindo a guarda compartilhada, como exposto a seguir:

“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 caninha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda unilateral 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 expressão⁹ (Anexo A)”.

A segunda referência à guarda compartilhada se trata da mudança de modalidade de guarda, da compartilhada a unilateral, em razão da mãe da mudança de domicílio da mãe, que segundo o entendimento é incompatível a manutenção da guarda compartilhada devendo ser modificada para guarda unilateral da mãe, restando ao pai direito de visita.

Como se denota dos julgados acima mencionados, o posicionamento referente à

⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ- Apelação: 0006232-72.2010.8.18.0140. Relator: Des. José Ribamar Oliveira. Disponível em < <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc;>>. Acesso em: 19 Nov. 2014.

guarda compartilhada ainda se mostra tímido, e com alguns pontos obscuros, pois como se sabe é possível à aplicação da guarda compartilhada mesmo que os pais morem distantes, sendo o fator físico dispensável nas decisões sobre a formação do filho.

De outro lado o magistrado se põe numa visão crítica da guarda. Demonstra visão consciente do mal estar causado aos pais e filhos quando da imposição da guarda compartilhada explicando sua decisão em favor da importância da convivência com ambos os pais, mesmo que em momento de discórdia.

Quando foi pesquisada a expressão “guarda unilateral” encontraram-se dois resultados. Destes um corresponde a mudança de guarda compartilhada para unilateral, decisão anteriormente mencionada.

Ademais, a outra decisão que diz respeito à guarda unilateral, traz um caso de negligência por parte da genitora que deixou de prestar assistência a saúde e a segurança do filho, ocasionando a mudança de genitor guardião ao pai. Como se demonstra pelo julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO, BUSCA E APREENSÃO DE MENOR, PRESEVAÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA DE MANTER A SAÚDE E SEGURANÇA DA MENOR, GUARDA ATRIBUÍDA AO PAI, AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. (...) 2. Em consonância com o art. 1583, § 2º, do Código Civil, a guarda unilateral deve ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações como o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação. 3. Em que pese a incontestável importância da mãe no desenvolvimento do menor, a lei não sobrepõe os direitos desta ao d pai, devendo-se ter como objetivo principal o bem-estar da menor¹⁰ (Anexo A)”.

Demonstra-se a importância da guarda unilateral como vista ao amparo da jurisdição a condições que denigram o bem-estar físico e psicológico dos filhos frente as situações dadas pelos próprios pais.

¹⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ- Agravo de Instrumento: 201200010038273. Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes. Disponível em <: <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc;>>. Acesso em: 19 Nov. 2014

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, permitiu-se enxergar de maneira mais clara, o instituto da guarda e suas modalidades mais divergentes, a saber, a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Ambas representam institutos importantes para o direito de família, em razão do alto número de divórcios nos últimos anos e a consequente procura ao judiciário objetivando a resolução dos conflitos entre os pais que almejam participar da formação dos filhos. Mas também enxerga-se a importância do instituto da guarda para a própria família, pois ao estudá-lo acabamos por nos pôr em frente a questões que permeiam todas as famílias: o cuidado, a proteção e o afeto.

Cumpru-se ressaltar que o estudo não teve como objetivo de esgotar todas as opiniões sobre o tema, tão pouco fazer uma pesquisa estatística de todas as jurisprudências sobre o assunto. Mas, sobretudo, refletir sobre as questões decisivas na formação de opinião sobre do juiz na determinação da modalidade da guarda.

As informações colhidas sugerem que a guarda ainda é um instituto em formação, ainda não está totalmente pronto, provavelmente em razão das modificações constantes das relações familiares.

Por outro lado, o estudo demonstrou que a guarda unilateral, parece estar em papel coadjuvante, entre os estudiosos do tema. Sendo necessária apenas quando os interesses do filho estiverem sendo tolhidos ou em virtude de uma condição já existente, como a morte ou a prisão de um dos cônjuges.

Já a guarda compartilhada está vitrine das discussões dos doutrinadores e dos legisladores. Contudo, cabe alertar, sobre o grande poder dado ao juiz na sua escolha. Cabe repensar o caráter ditatorial da sua imposição, quem vem de encontro como questões inequívocas. Como por exemplo: a situação em que os pais, mesmo não tendo resolvido seus problemas enquanto casal conjugal devem unir-se para criar os filhos, sendo obrigados a conviver e em conjunto decidir sobre a formação dos seus filhos. Ou também a ocasião de que após o desenlace conjugal os pais passem a residir em cidades distintas ou mesmo em estados diferentes, certamente acarretando sérias dificuldades a família com poucos recursos financeiros, dentre outros problemas que podem surgir.

Desta forma, por mais que a guarda compartilhada seja uma excelente alternativa para que o filho possa conviver com os pais; questões práticas são pertinentes, como o período escolar, a divisão de tarefas, de visitas ao médico, entre outras que se tornam dispendiosas e cansativas para pais e filhos.

Portanto, diante das exposições feitas nesse trabalho, chega-se a conclusão de que não podem ser realizadas decisões longe da realidade que cercam o problema a ser elucidado, isto é, a lei não pode se transformar em mecanismo jurídico, e no significado mais breve da palavra, apenas tornar-se máquina para qual cada solução já está previamente na memória do dispositivo e para qual não há resposta de perguntas não pensadas em sua fabricação.

A lei e a ordem jurídica são a esperança para que as mazelas da sociedade sejam ao menos penalizadas, o homem e a sociedade esperam e tomam para si a justificação de que pelo menos o futuro daquele que não age com honra terá seus direitos reduzidos. Com efeito, a lei não pode viver num castelo longe das situações que a fazem surgir, longe, desrazoadas e desapegadas da realidade. Sem que isto implique em subversão do sistema.

É necessário repensar os ditames que proclamam a guarda, senão o melhor interesse da criança. Por que pais e filhos necessitam então socorrer-se ao judiciário? Senão para elucidar seus deslindes. De outro lado a sociedade confia que o poder judiciário fará a melhor decisão que acarrete as melhores consequências.

Por fim, não se imagina a família como lugar de imposição, atualmente já se concebe a criação de um lar pelos laços de afeto que unem seus membros. Como menciona um trecho da poesia “O laço e o abraço” de Mário Quintana: “ eu nunca tinha reparado como é um laço...uma fita dando voltas. Enrosca-se, mas não se embola (...).Por isso é que se diz: laço afetivo, laço de amizade. Então o amor e a amizade são isso...Não prendem, não escravizam, não apertam, não sufocam. Porque quando vira nó, já deixou de ser um laço!”.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, M. S. **Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam!** Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

ALVES, J. F. Regime de visitas: reforma processual exige acordo de visita aos filhos. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, ano 9, n. 203. p. 52-53, jun. 2005.

ANDRADE, C. O que se entende por família eudemonista? Artigonal. **Diretório de Artigos Gratuitos**. 03 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/117577/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade>>. Acesso em: 10 de setembro 2014.

AJURIAGUERRA, J. ; MARCELLI, D. **Manual de psicopatologia infantil**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas , 1991.

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

AZAMBUJA, M. R. F. de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BARRETO, L. S. Evolução histórica e legislativa da família. **Curso família do século xxi: aspectos jurídicos e psicanalíticos (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 12)**. Rio de Janeiro, v. 1, p. 205-213, agos. 2012. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/.../paginas/series/.../10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em 15 jun. 2014.

BARROS, S. R. de. **Direitos humanos e direito de família**. 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 24 setembro 2014.

BONTEMPO, A. G. O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito de ter direitos no futuro in: **Igualdade, diferença e direitos humanos**, SARMENTO, D. et. al. (orgs.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL, Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre a adoção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12010.htm>. Acesso em: 30 de jun. de 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mai. 2014.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Ratifica a Convenção Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 23 mai. 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. Lei nº 6.515, 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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 1 out. 2014.

_____. Lei nº 35, de 14 de março de 1977. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 5 nov. 2014.

BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U. As entidades familiares na Constituição. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 08 mai. 2014.

BRITO, L. M. T.; GONSALVES, E. N. **Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, junho 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100011&script=sci_arttext>. Acesso em 04 de agosto de 2014.

BRUGGER, W. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Herder, 1962.

CARBONERA, S. M. **Guarda de filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

CERQUEIRA, L. O. S. CRUZ, L. P. F. JÚNIOR, L. M. G. e MEDINA, J. M. G. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

CORRÊA, M. S. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história.** Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1969>. Acesso em: 08 mai. 2014.

COSTA, G. P. **A cena conjugal.** Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

CURSINO, F. **Guarda Compartilhada obrigatória divide opiniões.** Revista Consultor Jurídico, 26 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/guarda-compartilhada-obrigatoria-divide-opinioes-especialistas>>. Acesso em: 03 out. 2014.

DALLARI, D. A. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DIAS, M. B. **Manual de direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 20. ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2005.

FÁVERO, E. T.; MELÃO, M. J. R.; TELOSA, M. R. O serviço social e a psicologia no judiciário: construindo direitos. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

FÉRES-CARNEIRO, T. Separação: o doloroso processo de dissolução da conjugalidade.

Estudos de Psicologia. Natal, vol. 8, no. 3, pp. 367-374, 2003. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex>. Acesso em: 07 de out. de 2014..

GARCIA, M. T. M. Reflexões sobre a nova redação do artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil: guarda compartilhada e outras questões. **Revista Iob de Direito de Família**, Porto Alegre, v.9. n. 50, p. 107-114, out./nov. 2008. Disponível em: <

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:2007;000801799>>.

Acesso em: 10 out. 2014.

GOLDSTEIN, J.; FREUD, A.; SOLNIT, A. J. **Beyond the best interests of the child**. New York: Free Press, 1973.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6.11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAGO, V. de. M; BANDEIRA, D.R. A psicologia e as demandas atuais do direito de família.

Psicologia Ciência e Profissão, Brasília, v.29, n.2, p.209-305, 2009. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000200007>.

Acesso em: 03 de out. 2014.

LEITE, A. C. V. C. Direito civil constitucional : famílias contemporâneas na legalidade civil-constitucional. **Curso família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 12)**. Rio de Janeiro, v. I. p.23-30. agos. 2012. Disponível em: <

http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_23.pdf>. Acesso em: 09 de mai. 2014.

LIBERATI, W. D. **Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LIMA, A. F. C.; SERRANO, S. A. Guarda compartilhada: aspectos teóricos. **Serviço Social**.

Revista, Londrina, v.12. n. 12. p. 83-99, jan./jun. 2010. Disponível em: <

www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/724/904>. Acesso em: 20 de out. de 2014.

LÔBO, P. L. N. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 307, mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>.

Acesso em: 25 out. 2014.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATZENBACHER, S. R. S. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral × Pai-abandono afetivo. E a família?. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 61-69, jan./jun. 2009. Disponível em: < [revistas](http://revistas.eletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/8212)

[eletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/8212](http://revistas.eletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/8212)>. Acesso em: 27 de jun. 2014.

MAZIA, E. S. Guarda compartilhada: evolução e aspectos jurídicos no moderno direito de família. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 4, n.1, p. 157-179, 2004. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/.../369/446>>. Acesso em: 04 de out. 2014.

MINAYO, M. C. S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 20. ed. Petrópolis Vozes, 2002.

MONTEIRO, W. de. B. **Curso de direito civil**. 36. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, N. H. D. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 236 p. ISBN 978-85-7983-036-5. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-03.pdf>>. Acesso em: 08 de out. 2014.

PACHÁ, A. M. Quando menos interferência é mais justiça... **Curso família do século xxi: aspectos jurídicos e psicanalíticos (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 12)**. Rio de Janeiro, v. I. p.09-27. ago. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculoXXI_9.pdf>. Acesso em: 09 de mai. 2014.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. v. v. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, T. da S. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, T. da S. P. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

PINHO, L. A mulher no direito romano: noções históricas acerca de seu papel na constituição da entidade familiar. **Revista Jurídica Cesumar** – v.2, n. 1. p. 269-291. dez. 2002. Disponível em: <www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/>. Acesso em 13 jun. 2014.

PINTO, A.C.R.G. A família e a justiça. In: Nazareth, E.R. (org). **Direito de família e ciências sociais**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POLAK, S. H. A. Valoração e desvalorização da perícia psicológica a partir da fala de juízes em varas de família. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Curitiba, ano 3, n. 5, 3723-3759, 2014. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_05_03723_03759.pdf>. Acesso em: 25 de nov. de 2014.

RENON, M. C. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto**. 2009. 232f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../33946-44710-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

RIZZARDO, A. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de família**.v.vi. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1, 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SANTOS, R. M.; Martins, F. P.T. Guarda compartilhada não pode ser imposta judicialmente. *Revista Consultor Jurídico*, 1 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guardacompartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>>. Acesso em: 03 out. 2014.

SHINE, S. **A espada de Salomão**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

SILVA, D. M. P. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

SOUZA, R. M. de; RAMIRES, V. R. R. **Amor, casamento, família, divórcio...e depois, segundo as crianças**. São Paulo: Sumus, 2006.

STRENGER, G. **Guarda de filhos**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

STOLZE, P. G.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, J. de F. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TRINDADE, J. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. Maria Berenice Dias (coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VASSAL, M. G. P. Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no direito. **Curso família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos** (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 12). Rio de Janeiro, p. 126-131. agos. 2012. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/.../paginas/series/12/familiadoseculoXXI_126.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2014.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WAGNER, A. et al . Compartilhar tarefas? Papéis e funções de pai e mãe na família contemporânea. **Psicologia: teoria e pesquisa**, Brasília , v. 21, n. 2, agost. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722005000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 jun. 2014.

WERBER, B. P. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e ser em família.** In: *Guarda Compartilhada*. Corrd. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

ZAMBERLAM, C. de O. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar.** São Paulo: Renova, 2001.

ANEXOS

ANEXO A- Íntegra das decisões do Tribunal de Justiça do Piauí

Apelação nº: 201300010021319

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA C/C MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE DE ALETRNÂNCIA 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 caninha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda unilateral 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 conhecido e parcialmente provido. 8. Votação por maioria de voto.

Agravo de Instrumento nº: 201200010038273

“AGRAVO DE INSTRUMENTO, BUSCA E APREENSÃO DE MENOR, PRESEVAÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA DE MANTER A SAÚDE E SEGURANÇA DA MENOR, GAUARDA ATRIBUÍDA AO PAI, AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. 1. No caso em tela, o agravante pretende a reforma da decisão de primeira instância que concedeu a medida liminar pleiteada na exordial, determinando a busca e apreensão da menor, onde se encontrar, bem como todos os documentos e objetos pessoais pertencentes a este, que deverão ser entregues juntamente com a criança à genitora. 2. Em consonância com o art. 1583, § 2º, do Código Civil, a guarda unilateral deve ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações como o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação. 3. Em que pese a incontestável importância da mãe no desenvolvimento do menor, alei não sobrepõe os direitos desta ao d pai, devendo-se ter como objetivo principal o bem-estar da menor. 4. A situação de negligência a que a menor foi exposta pela genitora, culminando em um quadro de desnutrição, febre alta e erro alimentar, pode ocasionar danos irreparáveis à saúde e à segurança da criança, o que não pode ser admitido. 5. Agravo conhecido e provido.”