

FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

DIOGO DE OLIVEIRA RABELO

REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Três Pontas

2017

DIOGO DE OLIVEIRA RABELO

REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Profa. Esp. Ana Flávia Penido.

Três Pontas

2017

DIOGO DE OLIVEIRA RABELO

REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO DA GAURDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros

Aprovado em / /

Prof.^a. Esp. Ana Flávia Penido

Prof. Esp. Diego José Arantes Salomé Gonçalves Leite

Prof. Esp. Ricardo Morais Pereira

OBS.:

Dedico este trabalho a todos aqueles que
contribuíram para sua realização.

AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica expressa aqui a minha gratidão, especialmente: À Professora Ana Flávia Penido, pela orientação, pelo aprendizado e apoio em todos os momentos necessários.

Aos meus colegas de classe, pela rica troca de experiências.

Aos bibliotecários, pela ajuda incondicional.

A toda minha família, por contribuir para esta construção.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê”.

Arthur Schopenhauer

RESUMO

Este trabalho aborda o instituto da Guarda Compartilhada que deve ser considerada um tipo de guarda aplicável e cabível em nosso direito. É o direito-dever que cabe aos pais ou a quem de direito, de prover as necessidades vitais de alimentação, vestuário, higiene, moradia, assistência médica e odontológica, de educação e lazer de seus filhos, ou daqueles que se encontram sob a sua proteção. Com o aumento do rompimento de relações conjugais tornou necessária a busca de um novo modelo de guarda, que cuidasse dos interesses de filhos e pais que não mais convivem. A guarda compartilhada apresenta características próprias, vista como modalidade mais desejada em nossa atualidade. É um tema de valor social muito forte, ainda com suas vantagens e desvantagens. Assim, o instituto da guarda compartilhada vem para auxiliar as carências que outros modelos de guarda possuem.

Palavras-chave: Filiação. Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada. Vantagens e Desvantagens.

ABSTRACT

This work addresses the Shared Guard institute that should be considered a type of guard applicable and applicable in our law, serving to gather the best conditions for its exercise. It is the right and duty of parents or legal persons to provide the vital necessities of food, clothing, hygiene, housing, medical and dental care, education and leisure for their children, or those under their care. protection. With the increase in the breakup of marital relations, it became necessary to search for a new model of custody that would take care of the interests of children and parents who no longer live together. The shared guard has its own characteristics, seen as the most desired modality in our times. It is a subject of very strong social value, yet with its advantages and disadvantages. Thus, the institute of the shared guard comes to help the needs that other models of guard have.

Keywords: Affiliation. Family Power. Guard. Shared Guard. Advantages and disadvantages.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 FILIAÇÃO	10
2.1 Breve Referência Histórica Sobre a Filiação	10
2.2 Da Presunção Legal	14
2.2.1 Filiação Biológica.....	17
2.2.2 Filiação Socioafetiva	18
2.2.3 Filiação Pluriparental ou Multiparental.....	21
3 DO PODER FAMILIAR	23
3.1 Definição	23
3.2 Da Suspensão do Poder Familiar	25
3.3 Da Extinção do Poder Familiar	26
4 DA GUARDA	28
4.1 Conceito	28
4.2 Espécies.....	28
4.2.1 Unilateral ou Exclusiva	28
4.2.2 Compartilhada	30
4.2.3 Alternada	32
4.3 Da Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	33
5 REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	38
5.1 Breve Análise da Guarda Compartilhada.....	38
5.1.1 A aplicabilidade da guarda compartilhada	38
5.2 Vantagens Do Novo Modelo De Guarda	39
5.2.1 A mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável....	42
5.2.2 Guarda Compartilhada: Um passo à frente em favor dos filhos.....	43
5.3 Desvantagens do novo modelo de guarda.....	43
6 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O Ordenamento Jurídico brasileiro define os tipos de filiação existentes sendo como: Filiação legítima, filiação havida fora do casamento e adoção.

A Filiação legítima é aquela que surge do casamento. O Código Civil estabelece em seu Artigo 1597 quando haverá a presunção de que os filhos foram concebidos durante o casamento.

Já a Filiação havida fora do casamento é aquela em que os filhos foram concebidos fora do laço conjugal, ou seja, com outro parceiro ou parceira, podendo o reconhecimento de tal filiação ser voluntário conforme prevê o Artigo 1609 do Código Civil ou judicial caso de ação de investigação de paternidade ou maternidade.

Filiação Adotiva que é aquela em que uma família recebe alguém estranho a ela, na qualidade de filho, devendo ser salientado que não se trata de uma relação biológica e sim de uma manifestação de vontade, os requisitos para a Adoção se encontram no Artigo 1619 do Código Civil e no Artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Poder familiar assegurado pela Constituição Federal, que se trata do conjunto de direitos e deveres que os pais devem ter com seus filhos, é exercido com maior tranquilidade quando os pais estão unidos pelo laço matrimonial, entretanto, quando o laço matrimonial é dissolvido é através da guarda que os pais realizam o dever de assistir, educar e criar os filhos menores, cumprindo assim o que contempla a Constituição Federal em seu Artigo 229.

A guarda é o meio utilizado pelos pais, para garantir aos seus filhos, sejam eles adolescentes ou crianças, boas condições de vida, sendo estas condições relacionadas aos aspectos econômico e afetivo.

A necessidade da criança ou do adolescente em ter por perto os pais é gigantesca, haja vista que são os pais os responsáveis por educar seus filhos, os ensinando tudo aquilo que é ou não permitido na sociedade, além de lhes dar o devido sustento, uma vez que enquanto menores não possuem capacidade de se sustentarem.

No Brasil existem três tipos de guarda, sendo elas: a chamada Guarda Unilateral, Guarda Alternada e a Guarda Compartilhada, sendo que apenas a Guarda Compartilhada e a Guarda Unilateral encontram-se tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro, estando conceituadas no parágrafo 1º do Artigo 1583 do Código Civil, enquanto que a Guarda Alternada apesar de não ser reconhecida pelo Código Civil, é utilizada em situações pontuais na sociedade.

2 FILIAÇÃO

A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e filhos. (TARTUCE, 2014, p. 384).

Podemos entender a filiação como a relação existente entre os genitores e sua prole, independente de haver vínculo biológico.

Vista sob a óptica da modernidade, entretanto, nem sempre o vínculo de filiação provém da conjunção carnal entre as partes, pois estão em pleno desenvolvimento as técnicas de inseminação artificial. Além disso, a filiação pode ser também decorrente de adoção.

Pode ainda ser entendida, de maneira sintética, como o vínculo que se estabelece entre pais e filhos decorrentes da fecundação natural ou inseminação artificial – homóloga ou heteróloga – assim como em virtude de adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho.

O estabelecimento da filiação apresenta grande relevância na atualidade, devido às consequências jurídicas que acarreta e dos múltiplos direitos e deveres que decorrem do parentesco, principalmente de primeiro grau, além da necessidade que os seres humanos têm, sobretudo de natureza psicológica e emocional, de conhecer a identidade de seus pais.

2.1 Breve Referência Histórica Sobre a Filiação

O Código Civil de 1916 classificava a filiação de acordo com a origem:

Se era ou não advinda do matrimônio, considerando como filho legítimo aquele havido na constância do casamento, e ilegítimo o advindo de relações extramatrimoniais. Os ilegítimos dividiam-se em naturais e espúrios, e estes, por sua vez, classificavam-se em adúlteros e incestuosos. Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os

ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adúlteros e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. (...) Diante da possibilidade desse instituto de introduzir na família filhos incestuosos e adúlteros, era reconhecida como uma forma de filiação. Trata-se de instituto olhado com reserva e prevenção, constituindo-se em objeto das mais contraditórias apreciações. Realmente, de um lado, ele é encarado como simples meio de transmitir nome e patrimônio nas famílias aristocráticas. Além disso, através da adoção, podem ser introduzidos, na comunidade familiar, filhos incestuosos e adúlteros, burlando-se a proibição legal de seu reconhecimento e implantando-se assim situação incompatível com a existência da família legítima. É ela ainda causa de muitas ingratidões e arrependimentos. Por fim, remata-se, cuida-se de instituto supérfluo, porque dele não carece o adotante, em absoluto, para acolher e amparar filhos de outrem, ou para proteger criaturas desvalidas e abandonadas. Para adotar era necessário o preenchimento de alguns requisitos: a idade mínima do adotante, que deveria, inicialmente, ter pelo menos 50 anos de idade, o que foi reduzido para 31 anos, pelo artigo 1º da Lei 3.133, de 8 de maio de 1957 e, posteriormente, para 21, pela Lei 8.069/90; se casado, só poderia adotar cinco anos após o casamento; a diferença de idade de 18 anos entre adotante e adotado; o consentimento do adotado ou seu representante legal e, por fim, a escritura pública. (REVISTA DIREITO EM DEBATE, 2009, p. 54)

O artigo 355 do Código Civil de 1916¹ permitia o reconhecimento dos filhos ilegítimos, que poderia ser feito pelo pai ou pela mãe, ou, ainda, por ambos. Era vedado, porém, o reconhecimento dos filhos incestuosos e ou adúlteros (artigo 358 do CC de 1916).

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. (BRASIL, 1916).

Os artigos 352 e 359 do CCB/16 abordavam os reflexos do reconhecimento da filiação:

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.

Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. Sendo reconhecidos, os filhos ilegítimos eram equiparados aos legítimos, contudo não poderiam habitar no lar conjugal sem o consentimento do outro. (BRASIL, 1916).

¹ BRASIL. Código Civil (1916). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 12 out. 2017.

O tratamento jurídico dos filhos emprestado pelo Pacto Social de 1988 corresponde ao término de um longo processo de discriminação que, historicamente, marcou a legislação brasileira². (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 566).

O reconhecimento da filiação foi abordado, antes do advento do Código Civil de 2002, na Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – especificando-o como direito personalíssimo na linguagem dos artigos 26 e 27, “in verbis”:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (BRASIL, 1990).

Dúvida que não havia quanto à precariedade do tratamento jurídico emprestado aos filhos de pessoas não casadas, permitindo perceber a importância do casamento para o Direito das Famílias como um todo. (FARIAS, 2013, p. 566).

Lembrando a frase de NAPOLEÃO BONAPARTE: “a sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos”. (FARIAS, 2013, p. 566).

Outra sorte não teve a matéria no Código Civil de 1916. Muito embora o projeto primitivo, da autoria do professor cearense Clóvis Beviláqua, não trouxesse disposições tão discriminatórias, no Congresso Nacional foi acrescida:

A proibição de reconhecimento de filhos espúrios – adúlteros ou incestuosos – com base em motivos morais e na manutenção do matrimônio. O mestre Beviláqua, muito pelo contrário, não se conformou com a injustiça cometida com os filhos extramatrimoniais: a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorrem para ela. (FARIAS, 2013, p. 566).

² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 566

E disparou: “o direito moderno ainda mantém resquícios dessas ideias de injusto desconceito, com que se estigmatizam os bastardos”³.

O tratamento era de tal modo discriminatório que, mesmo querendo, um homem casado não poderia reconhecer um filho oriundo de um relacionamento extraconjugal.

Também os filhos adotados eram discriminados, lhes sendo negados os direitos sucessórios, em relação aos filhos chamados de *legítimos* (nascidos de uma relação casamentaria).

Apenas com o advento da Lei nº 12004/09⁴, é que se permitiu, juridicamente, o reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento pelo homem casado.

A verdade é que a concepção de família assentada no vínculo matrimonial monogâmico e indissolúvel, influência decisiva do Direito Canônico, veio a prejudicar por completo a situação jurídica dos filhos não matrimoniais, os quais se converteram assim indiretamente em vítimas das medidas adotadas para combater as relações extramatrimoniais e proteger a instituição do casamento.

Somente com a normatividade garantista da Constituição-Cidadã de 1988, em seu artigo 5º, caput, é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos.

Seguindo a ordem evolutiva aqui apresentada, não há hodiernamente, sequer a título de ilustração acadêmica, qualquer interesse (teórico ou prático) em classificar os filhos em legítimos e ilegítimos porque nenhuma consequência diferenciada decorrerá, sendo, descabida toda e qualquer diferenciação entre os filhos pela possibilidade de implicar, ainda que indiretamente, em estabelecimento de hierarquia entre filhos.

Sem dúvida, a disciplina anteriormente dedicada aos filhos – fundada na existência de relação matrimonial preexistente entre seus pais estava conectada em uma lógica patrimonialista, evidenciando que a maior preocupação do ordenamento era não prejudicar a transmissão de patrimônio que se organizava através do casamento. Os bens deveriam estar concentrados na esfera da família (entenda-se matrimônio) e, dali seguiriam pela transmissão sucessória para as pessoas que, por meio da consanguinidade, dariam continuidade àquele núcleo familiar.

Portanto, a nova ordem filiatória, centrada no garantismo constitucional e nos valores fundantes da República (dignidade, solidariedade social, igualdade e liberdade)⁵, implica em

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 568

⁴ Altera a lei nº 8.650, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. (BRASIL, 2009)

funcionalizar a filiação à realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de despatrimonializar o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para a transmissão de herança) e de proibir discriminações, como forma promocional do ser humano.

2.2 Da Presunção Legal

Como já vimos, filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.)⁶, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

É preciso lembrar que nem sempre esse liame decorre de união sexual, pois pode provir (a) de inseminação artificial homóloga (CC, art.1.597, III) (como ocorreu com Kim Casali, que foi artificialmente inseminada com esperma que seu marido, doente de câncer, havia depositado num banco de sêmen, em Londres, dando à luz, após 16 meses de óbito do esposo) ou heteróloga (adultério casto), desde que tenha havido autorização do marido (CC, art. 1.597, IV- V), ou (b) de fertilização *in vitro* ou na proveta (CC, art. 1.597), como se deu em 1978, com Louise, filha de Lesley e John Brown, pois o óvulo de sua mãe foi extraído do ovário e fecundado em tubo de ensaio com esperma de seu pai, e colocado novamente no útero 7 horas depois. A esse respeito surgiu uma dúvida sobre quando realmente começou a

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (BRASIL, 1988)

⁶ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. (BRASIL, 2002)

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2002)

vida legal de Louise: se no ato da fertilização na proveta, no momento da implantação do óvulo no útero ou no instante em que o feto se movimentou.⁷

Perante o artigo 2º do nosso Código Civil, 2ª parte, (BRASIL, 2002): o início legal da personalidade jurídica é o da penetração do espermatozoide no óvulo, embora fora do corpo da mulher, já que se põem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Oportuna, a respeito, é a observação de Miguel Reale de que é necessário, em autos desse tipo, que o acordo do marido e da mulher conste de documento sigiloso cercado de naturais garantias, como as requeridas, p. ex., para a validade de um testamento cerrado, para que, falecido o companheiro, possa a esposa receber e gerar o “bebê de proveta” sem o risco de ser-lhe contestada a paternidade pelos interessados na herança.⁸

Como o embrião, decorrente de fertilização do óvulo da mulher pelo sêmen de seu marido, pode ser, como ocorre nos Estados Unidos, Inglaterra e África do Sul, transferido com uma cânula para o útero de outra mulher (mulher de aluguel), que, mediante pagamento, aluga seu útero para gerar criança alheia, surgem inúmeros conflitos de ordem moral e jurídica, como, p. ex., quem seria a mãe: a que cedeu o útero ou a que forneceu o óvulo?

Pela sua ilegalidade e imoralidade deve-se arrear o aluguel de ventre (CF/88, art. 199, § 4º)⁹. Diniz (2008) menciona que O Conselho Federal de Medicina tem permitido a “doação”, ou melhor, a cessão temporária de útero, sem fins lucrativos, desde que a doadora seja parente colateral até o segundo grau da mãe genética.

Ante tais problemas urge estabelecer normas relativas à maternidade ou paternidade nos casos em que os bebês não são, geneticamente, filhos do homem ou da mulher que quiseram seu nascimento, impondo proibições, p. ex., não só às práticas de mães substitutas, de cessão de óvulo fecundado ou de aluguel de útero, mas também às manipulações de embriões humanos gerados fora do corpo feminino para intervenções do tipo conservação a longo prazo em hibernação, com o fim de sua inserção em útero depois de muito tempo; para destruições, se defeituosos; para cessões a pessoas diversas; para modificações de seus caracteres mediante intervenções no próprio genoma ou para utilizações de material genético

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5: Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5: Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

humano para a criação de híbridos ou de seres inteiramente novos em relação à natureza¹⁰. Deste modo, resta cristalina a evolução do Código Civil ao presumir como concebidos na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido de sua mãe, que foi o doador do sêmen (CC, art. 1.597, III), ou por fertilização *in vitro*, desde que os doadores do óvulo e do sêmen, que geraram o embrião excedente, sejam marido e mulher (CC, art. 1.597, IV) e o por inseminação artificial heteróloga, se houve prévia autorização do marido de sua mãe (CC, art. 1.597, V).

Outrossim, a Lei n. 11.105/05, estabeleceu normas para o uso de técnicas de engenharia genética, punindo a manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano *in vitro*, exceto para tratamento de defeitos genéticos, e a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível¹¹.

Tais fenômenos, observa PAOLO VERCELLONE citado por DINIZ (2008)¹², constituem um desafio para o mundo jurídico, surgindo problemas relativos à paternidade, principalmente na hipótese de uso de espermatozoides de homem estranho ao casal, pois, se pela lei o filho de mulher casada será filho de seu marido, poderia o homem que deu o sêmen reconhecer como seu filho aquele bebê? O pai legal, pela demonstração de incompatibilidade genética, poderia intentar ação de negação de paternidade do nascido de fecundação artificial por meio de espermatozoides de doador anônimo se consentiu nisso?

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5: Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹ Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos. (BRASIL, 2005).

¹² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5: Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A filiação pode ser classificada apenas didaticamente em:

a) *Matrimonial*, se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção, e resultante de união matrimonial que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, arts. 1.561, §§ 1º e 2º, e 1.617)¹³, ou se decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias.

b) *Extramatrimonial*, provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser “espúria” (adulterina ou incestuosa) ou natural.

Juridicamente, não há que se fazer tal distinção, ante o disposto na Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º¹⁴, e nas Leis n. 8.069/90 e 8.560/92, pois os filhos, havidos ou não do matrimônio, têm os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias (CC, art. 1.596)¹⁵.

2.2.1 Filiação Biológica

A filiação biológica resulta de relações sexuais ou inseminação artificial entre homem e mulher, diferentemente da filiação decorrente de outra origem como adoção e filiação socioafetiva.

Valdemar P. da Luz (2009) afirma que filiação biológica é a que decorre do ato de procriação, ou seja, do *jus sanguinis* existente entre pais e filhos.

É a filiação definida pelo vínculo de consanguinidade, a que pode ser comprovada pela genética.

¹³ Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

(..)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁵ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O parentesco criado pela natureza é sempre a cognação ou consanguinidade, porque é a união produzida pelo mesmo sangue. O vínculo do parentesco estabelece-se por linhas. Linha é a série de pessoas provindas por filiação de um antepassado. É a irradiação das relações consanguíneas.

Entretanto, com o passar do tempo, dois fenômenos romperam o caráter absoluto do princípio da origem biológica. MARIA BERENICE DIAS (2017) explica que o primeiro foi ter deixado a família de se identificar pelo casamento. No momento em que se admitiram entidades familiares não constituídas pelo matrimônio, passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família. Essa mudança de paradigma não se limitou ao âmbito das relações familiares. Refletiu-se também nas relações de filiação. Com isso o estado de filiação desligou-se da verdade genética, relativizou-se o papel fundador da origem biológica.

Como diz Paulo Lobo, citado por Dias, na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar. (DIAS, 2006, p. 372).

A mesma doutrinadora explica que o outro acontecimento que produziu reflexos significativos nos vínculos parentais foi o avanço científico, que culminou com a descoberta dos marcadores genéticos. A possibilidade de identificar a filiação biológica por meio de singelo exame do DNA desencadeou verdadeira corrida ao Judiciário, na busca da “verdade real”. (DIAS, 2006, p. 373)

Sendo assim, duas consequências ocorreram: nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva.

Concluindo, a filiação biológica ou natural continua sendo a com mais ocorrência no cotidiano e com o desenvolvimento tecnológico ganhou um grande auxílio, qual seja, o exame de DNA.

2.2.2 Filiação Socioafetiva

Inegável é, hoje, o reconhecimento de que o afeto, além de ser um sentimento inerente à vida psíquica e moral do ser humano, apresenta também um valor ético e jurídico, ligado intrinsecamente aos princípios constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, III, da CF. (MALUF, 2013, p. 435).

Assim, a filiação vem, na pós-modernidade, fundada no afeto e na vontade, acima dos vínculos biológicos, ou legais.

Aduz Rolf Madaleno (2013, p. 487) que “a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade: são gestos de amor que registram a colidência de interesses entre o filho registral e o seu pai de afeto”.

A paternidade socioafetiva pode manifestar-se na adoção – também pela adoção homoafetiva e nos estados intersexuais -, na reprodução assistida heteróloga, na posse do estado de filho oriundo da adoção à brasileira e pela adoção informal ou de fato, gênese do chamado *filho de criação*.

No que tange à paternidade e maternidade socioafetivas, dispõe o art. 1.593 do CC que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Entende-se que a expressão “outra origem” foi utilizada de maneira inovadora e ampla pelo Código Civil vigente, de modo a abranger outras espécies de parentesco, além do consanguíneo e do civil ou por adoção, antes previstos no Código Civil de 1916 (arts. 330 e 336); pois se a expressão “outra origem” significasse apenas adoção, o legislador teria repetido a regra do Código revogado. (MALUF, 2014)

À primeira vista, poder-se-ia pensar que a regra em análise estaria adstrita aos filhos gerados por meio de técnicas de reprodução assistida, especialmente em sua modalidade heteróloga, realizada com material genético de doador, prevista no art. 1.597, V, do CC¹⁶.

No entanto, dada a pluralidade de formações familiares, esse conceito passou também a compreender a paternidade e a maternidade socioafetivas, cujo vínculo não advém de laço de sangue ou de adoção, mas, sim, de reconhecimento social e afetivo da parentalidade.

Não é incomum depararmos-nos com situação em que um homem registre, como seu, filho que sua esposa ou companheira teve de relacionamento anterior com outro homem, criando e educando o filho alheio como se fosse seu, formando-se assim fortes elos familiares. Pode ocorrer também que esse homem venha a separar-se da mulher, daí, arrependido de ter registrado, como pai, filho que não era seu, já que o afeto terminou pela mãe desse filho, queira também deixar de ser pai. (MALUF, 2014)

Teria esse homem o direito de negar a paternidade e anular o registro civil do menor? Segundo entendimento anterior à vigência do Código Civil de 2002, indiscutivelmente, a resposta seria sim. Hoje em dia, a resposta poderia ser não.

¹⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
(...)

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essa situação refere-se à chamada “adoção à brasileira”, por tratar-se de reconhecimento voluntário da paternidade, quando não existe vínculo biológico, aproximando-se dessa forma da paternidade adotiva, embora não se submeta ao devido processo legal.

Trata-se de um vínculo tão estável quanto ao do critério biológico, em que o filho desenvolve em outra pessoa a sua referência materna e paterna, e que estes lhe dedicam amor, proteção e se responsabilizam pelo sustento, saúde, educação, lazer. (MONTEIRO, 2017).

Há, sem dúvida, uma compreensão ética da filiação no critério socioafetivo, prestigiando-se o comportamento das partes envolvidas ao longo do tempo. Nos casos de incidência do critério socioafetivo, a filiação *reside antes no serviço e no amor do que na procriação*. É o filho do coração, decorrente de opções feitas durante a vida.

Tal forma de parentesco denomina-se *parentesco socioafetivo*, que necessita, contudo, preencher alguns requisitos basilares, como a ausência de vícios de consentimento; o tratamento social equivalente ao estado do filho, denominado pela expressão latina *nominativo, tractatus e reputatio*, que determina a seu turno a chamada “posse do estado de filho”. (MALUF, 2013, p. 521).

Em algumas hipóteses é possível enxergar, com clareza solar a presença da afetividade determinando o estado de filiação: *a)* na adoção obtida judicialmente; *b)* no fenômeno de acolhimento de um “filho de criação”, quando demonstrada a presença da *posse do estado de filho*; *c)* na chamada “adoção à brasileira” (reconhecer voluntariamente como seu um filho que sabe não ser); *d)* no reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de um filho de outra pessoa (quando um homem, enganado pela mãe ou por ter sido vencido em processo judicial, é reconhecido como pai e, a partir daí, cuida deste filho, dedicando amor e atenção).

É preciso deixar claro que este rol é, tão somente, uma tentativa de ilustração de hipóteses que podem evidenciar a filiação afetiva, sem a pretensão, sequer longínqua, de afirmar que em todo e qualquer destes casos mencionados, sempre, haverá a presença da afetividade necessária para o estabelecimento do vínculo filiatório. É claro que a determinação da afetividade nestes casos dependerá da comprovação do tratamento cotidiano.

Para Monteiro e Silva, citado por Anthony Oliveira Pontes (2017) “não existe posicionamento uniforme na jurisprudência sobre a paternidade socioafetiva, nem nos parece que possa vir a existir, em face das variantes de cada situação concreta”. Posicionam também contrariamente à manutenção do vínculo da paternidade quando há dolo da mãe, que engana o pai registral, fazendo-o pensar que o filho é seu quando não o é. Nesse caso, o vício de consentimento macula o elo socioafetivo por indução em erro.

Embora a filiação decorrente de adoção consista num procedimento irregular, por meio do qual se promove o registro de uma pessoa como filho de outrem, que não são seus pais biológicos, com o escopo de dar ao menor toda a assistência necessária e possível, e possa ser ainda tipificado como crime de parto suposto, previsto no Código Penal em seu art. 242¹⁷, não será aplicada a pena se o juiz entender que o delito foi praticado por motivo de reconhecida nobreza, embora a lei, mesmo nesses casos, preveja uma punição. Diferente é a hipótese da criança retirada à força de seus pais biológicos e registrada por terceiros”.

A socioparentalidade vem prestigiada no Código Civil atual, desde que mostre efetivo benefício à higidez psicofísica do filho. O Juiz analisará em cada caso a procedência do pedido de reconhecimento de relação parental socioafetiva.

2.2.3 Filiação Pluriparental ou Multiparental

São famílias compostas por dois pais e/ou duas mães. Nesse sentido preleciona Karina Azevedo Simões Abreu:

Trata-se da possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade humana e da afetividade¹⁸ para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais.

A família é estruturada e constituída das mais variadas formas e padrões, tornando a noção que a família é baseada apenas por liames genéticos, biológicos e decorrentes do casamento civil, ultrapassada. Ao invés de proteger-se o patrimônio, passou a prevalecer o direito dos indivíduos, iniciando, assim, o reconhecimento de relações interpessoais existentes na sociedade.

Isso decorre da mudança da estrutura familiar e do conceito e critério de paternidade é possível, portanto, reconhecer um vínculo estabelecido a partir de relação afetiva, ao invés da puramente biológica.

¹⁷ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981) Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

¹⁸ O princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito mostrando-se uma forma aprazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, permitindo o sistema de protecionismo estatal de todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais, e assim dando enfoque no que diz respeito ao afeto atribuindo uma ênfase maior no que isto representa. (PONTES, 2017). Princípio da afetividade. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/artigos/principio-da-afetividade/>> acesso em 29 set. 2017.

Além disso, a coexistência de vínculos biológicos e afetivos é perfeitamente viável, mostrando-se não apenas como direito, e sim como obrigação, de forma a preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Apresentamos o conceito de paternidade não somente considerando o liame genético há de ser levado em consideração a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico e que reside antes no serviço e amor que na procriação (ABREU, 2014, p. 354)

A mudança mais marcante dentro do direito de família com relação à paternidade dos filhos decorre da criação do artigo 227 da Constituição Federal¹⁹, o qual prioriza o princípio da dignidade humana, proibindo-se qualquer tipo de discriminação com relação aos filhos havidos fora do casamento. Com isso, todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos e obrigações referentes à filiação. A paternidade não pode ficar restrita somente ao vínculo biológico, pois o afeto, o amor, o carinho não decorrem simplesmente da biologia. (ALMEIDA; LEÃO, 2013).

Segundo Maria Berenice Dias (2017) “a declaração da multiparentalidade não depende da concordância de todos os que exercem as funções parentais. A declaração judicial de não existir a filiação biológica não exclui a filiação socioafetiva”.

Sendo assim, com a inclusão do pai biológico não há a necessidade de excluir o pai socioafetivo. No entanto, não há como negar a legitimidade do agente ministerial para buscar a declaração de multiparentalidade.

Importante lembrar que é direito de todos, em atenção às crianças e adolescentes, estar averbado em sua certidão de nascimento o espelho de sua família, quem faz parte da sua história de vida.

Trata-se de elemento essencial para a formação e desenvolvimento da identidade pessoal, familiar e social. A concretização desse direito, de ordem fundamental e personalíssima, somente é possível com o reconhecimento judicial da família multiparental, mediante a fiel reprodução desta realidade no registro de nascimento.

Para mais detalhes, leciona Maria Berenice Dias (2017):

¹⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Esta é uma realidade que a Justiça começou a admitir. Decisões Brasil afora vêm autorizando a inserção do nome de mais de um pai ou de mais de uma mãe no registro de nascimento do filho, sem a exclusão do nome dos pais registrais.

As hipóteses mais recorrentes são quando, depois da morte de um dos genitores, se consolida vínculo de filiação socioafetiva com quem passou a exercer as funções parentais.

Diante do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, a garantia de acesso ao casamento e o uso das técnicas de reprodução assistida, impôs uma nova realidade. Como os pares homossexuais são estéreis, para realizarem o sonho de ter filhos, é indispensável a participação de mais uma pessoa.

Foi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a pioneira decisão que admitiu o registro de uma criança em nome das duas mães e do pai (TJRS, AC 70062692876, 8ª Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015), reconhecendo a existência de um projeto multiparental. O filho foi concebido por decisão de três pessoas unidas por laços de afeto e amizade. Todas queriam ser pais e decidiram constituir uma família. Não se trata de uma família poliafetiva, por existir dois núcleos familiares. A família formada pelas duas mães e a família paterna.

Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a todos que exercem as funções parentais é fomentar a irresponsabilidade em nome de um bem que nem se sabe bem qual seria. (DIAS, 2014, p. 08)

No entanto, as famílias multiparentais sempre existiram. O que ocorre é que a exclusão de direitos é resultado de uma perversa tentativa. E esta falta de visão só vem em prejuízo dos filhos, que amam os seus pais, todos eles.

3 DO PODER FAMILIAR

3.1 Definição

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011): "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Waldyr Grisard Filho menciona que:

Os filhos adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e, para este fim, representá-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada poder parental ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.

Nota-se que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, mas, em especial, em atenção ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, § 7º²⁰, da Constituição Federal.

O antigo Código Civil de 1916 utilizava a expressão "pátrio poder", já que o poder era exercido exclusivamente pelo pai. Hoje, temos que o poder familiar é dever conjunto dos pais.

O poder parental faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicuem desse poder, será nula. (GRISARD FILHO, 2009, p. 284).

É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem, já que o poder familiar é múnus público, pois é o Estado que fixa as normas para o seu exercício. É, ainda, imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei. Outrossim, é incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

O artigo 1.630 do Código Civil prescreve que:

Art. 1.630: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. (BRASIL, 2002)

Cumprido ressaltar que ao completar 18 (dezoito) anos, extingue-se o poder familiar, salvo se ocorrer a emancipação conforme o artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil²¹.

Seguindo a CF/88, dispõe seu art. 226, § 5º:

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

²⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

²¹ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

(...)

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988)

Já o art. 1.631 do Código Civil estabelece que "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". (BRASIL, 2002).

Segundo Elisa Frigato (2011):

Os filhos havidos fora do casamento, só estarão submetidos ao poder familiar depois de legalmente reconhecidos, uma vez que o reconhecimento estabelece, juridicamente, o parentesco.

Sendo o exercício do poder familiar conjunto, preleciona o parágrafo único do aludido artigo que, havendo divergência dos pais, será o Judiciário que solucionará o desacordo.

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (CC, art. 1.632).

Nota-se que, nos casos expostos pelo artigo, qual seja, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, fará surgir um modo diferente do exercício do poder parental.

Surge assim, o sistema de guarda, ficando um genitor com o direito de guarda e o outro com o direito de visitas, em regra, já que a guarda poderá ser compartilhada, inexistindo nesse caso o direito de visitas.

A lei cuida ainda do filho não reconhecido pelo pai, nos casos de filho havido fora do casamento ou da união estável, em seu artigo 1.633, do Código Civil, que preceitua que "O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor. (FRIGATO, 2011).

Sendo assim, o poder familiar é o conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. (RODRIGUES, 2008, p. 356).

3.2 Da Suspensão do Poder Familiar

Pode-se entender por suspensão do direito familiar a privação temporária do seu exercício pelos pais, determinada pela autoridade judicial, em virtude de conduta que venha a prejudicar o filho, por interdição ou por ausência, sendo nesses casos nomeado um curador

especial que atuará no curso do processo. O poder familiar poderá ser suspenso em relação a um dos filhos ou a toda prole. (MALUF, 2014, p. 654/655)

Preceitua o CC/02, em seu art. 1.637, as seguintes hipóteses:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002)

Novamente Elisa Frigato (2011) cita que:

A suspensão perdura somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício.

A suspensão pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, especificando qual poder estará impedido de ser exercido. Ainda, a suspensão é facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho. (FRIGATO, 2011).

Quanto aos efeitos da suspensão do poder familiar, acarretará a interrupção dos direitos inerentes ao poder familiar, como o direito ao usufruto ou à administração dos bens dos menores envolvidos.

Nos termos do art. 163 do ECA²², o prazo máximo para conclusão do procedimento será de cento e vinte dias; sendo previsto em seu parágrafo único que a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente. (MALUF, 2014, p, 655).

3.3 Da Extinção do Poder Familiar

²² Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias.

Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial.

O pátrio poder é instituto de duração limitada, vindo a extinguir-se em consequência de eventos de natureza civil e que tanto pode atingir a pessoa que o detém quanto o sujeito passivo. Desse modo, o atual Código Civil, no art. 1.635, arrola, como extintivos do poder familiar, os seguintes eventos:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2002).

Da Luz destaca que:

Falecendo um dos pais, passa o outro a exercer o pátrio poder com exclusividade. Entretanto, inexistindo pais, ou o filho vindo a falecer, o instituto deixa de existir, uma vez que o sujeito ativo, no primeiro caso, e o sujeito passivo, no segundo, desaparecem descaracterizando-a completamente.

Atingindo a maioridade civil, quer pelo decurso do tempo aos 18 anos, quer pelo artifício da emancipação, deixa o menor de subjugar-se à autoridade paterna, para gerir sua vida e seus próprios negócios, mediante a presunção legal de que realmente possua plenas condições para tanto.

Já na hipótese de adoção do menor, para a qual a lei exige o consentimento dos pais quando estes forem vivos, entendem alguns autores a ocorrência de renúncia ao pátrio poder (poder familiar), constituindo-se a mesma em única exceção ao princípio da irrenunciabilidade do instituto. Todavia, o que restou pacífico, com a vigência do novo Código, é que a adoção é forma de extinção do poder familiar. Por conseguinte, é intuitivo concluir que o posterior falecimento do adotante não possui o condão de restaurar o pátrio poder do pai natural, sendo mister a nomeação do tutor ao menor.

Observe-se, ainda, que o pátrio poder não se anula, em relação a um dos pais, pelo só fato deste, após a separação judicial ou divórcio, não conservar a guarda do filho, ou, se tendo conservado a guarda, vier a contrair novas núpcias. Assim, não tendo o pai, judicialmente separado, sido ouvido quando à conveniência da permuta envolvendo imóvel de seus filhos menores, mesmo estando sob a guarda da mãe, viciado se apresenta o ato jurídico, praticado em ofensa ao instituto do pátrio poder. (LUZ, 2002, p. 227/228).

A perda é permanente, mas não pode dizer que seja definitiva, já que os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a causa que ensejou a

perda não mais exista. É imperativa e abrange todos os filhos, já que as causas de extinção são bastante graves, colocando em risco toda a prole. (ELISA FRIGATO, 2011, p. 07)

4. DA GUARDA

4.1 Conceito

Com relação aos pais, o vocábulo guarda consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole.

Como refere Norberto Novelino citado por Rolf Madaleno (2013), trata-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, através do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menores sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental.

4.2 Espécies

4.2.1 Unilateral ou Exclusiva

O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 1.583 a possibilidade da guarda unilateral como modalidade secundária, sendo a regra a guarda compartilhada:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

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

§ 4º (VETADO).

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

De acordo com ensinamentos de Samara Rodrigues (2014), a guarda unilateral pode ser compreendida como:

Esta modalidade atribui a apenas um dos genitores a guarda do menor, com o estabelecimento de regime de visitas ao genitor não guardião, e é atribuída motivadamente àquele que revele melhores condições de exercê-la.

O genitor escolhido também deve ser aquele que demonstre maior aptidão para propiciar à prole afeto nas relações parentais e com o grupo familiar.

A concessão da guarda unilateral poderá ser requerida, por consenso entre os genitores, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse, tentando o magistrado sempre conciliar a distribuição do tempo da criança ou adolescente com seus genitores, nos termos dos incisos do artigo 1.584 do Código Civil de 2002²³.

Tal modalidade de guarda também é encontrada em famílias monoparentais, visto que a criança é registrada com o nome de apenas um de seus genitores, de modo que a adoção da guarda unilateral não é surpresa.

Esta modalidade é caracterizada pelo cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família, tornando-se assim exceção, visto que não privilegia os melhores interesses do menor que deve ter seus interesses sempre resguardados e buscados na medida do possível.

Tal entendimento é embasado pela noção comum da doutrina e jurisprudência atual de que a guarda unilateral não condiz mais com a realidade da família contemporânea, já que não garante à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Isso quer dizer que, no âmbito afetivo familiar, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana reclamam a intangibilidade do princípio da convivência integral em família.

No entanto, caso seja esta a medida que atinja melhor os interesses do menor, a adoção do regime unilateral de guarda não cerceia o direito do genitor não guardião de ter o menor em sua companhia.

Para tanto, a adoção deste regime deve ser sempre complementada pelo direito de visitas do genitor não guardião do menor, visando à continuidade de convivência entre estes, ainda que mínima e insuficiente aos olhos da doutrina atual.

Tal direito é respaldado em nossa legislação, de modo que, por ser direito da criança e dever dos pais, não pode encontrar qualquer tipo de impedimento levantado pelo guardião que, caso assim proceda, corre o risco de perder a guarda através de meios processuais pertinentes ao caso.

²³ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

O regime ideal de visitas seria aquele em que se preserve tanto quanto o possível as relações afetivas existentes entre pais e filhos. (SAMARA RODRIGUES, 2014, p. 05).

No entanto, a guarda unilateral ou exclusiva ocorre quando apenas um dos genitores a exerce, como a tomada de decisões sobre a educação e a prestação dos cuidados ao filho. Ao outro genitor cabe o direito/dever de visitas e fiscalização.

4.2.2 Compartilhada

Segundo o professor Desembargador aposentado José Carlos Teixeira Giorgis (2015), “a demolição do prédio conjugal por consenso implica no acertamento do destino dos filhos: é opção traumática, pois ninguém abdica de pedaços de coração ou dos frutos genéticos do afeto. Quando não acontece solução pacificada, cabe ao juiz decidir a sorte dos menores apontando o guardião que os vai cuidar; e o direito de visitas para o genitor carente”.

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. 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 leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (ROLIN, Allan Christofer Guimarães; RODRIGUES, Ana Carla da Silva; FERREIRA, Anna Carolina de Moura; VENTURA, Jéssica Nogueira, 2016).

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 genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica. (DIAS, 2017, p. 454).

Os pais participarão concomitantemente na vida dos filhos, de modo a resguardar a essência do poder familiar. No entanto, os pais possuem a mesma responsabilidade sobre a

gestão da vida dos filhos e, que, embora tenham residência fixada com apenas um, possa garantir um bom desenvolvimento de suas personalidades mediante a participação materna e paterna, mesmo sem coabitar com ambos²⁴.

Assim sendo, guarda compartilhada é a modalidade que melhor garante o exercício do poder familiar pelos pais, garantindo um melhor desenvolvimento da personalidade de seus filhos.

Em relação ao assunto, segue o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

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

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
7. Recurso especial provido.

(BRASIL, STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra Nancy Andrighi, 25/06/2014)

O interesse do menor deve estar sempre resguardado, em nível superior à conveniência dos genitores. Aos genitores, cabem prover o sustento da prole, que é comum para ambos na medida de suas disponibilidades.

²⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2002)

O interesse do menor deve estar sempre resguardado, em nível superior à conveniência dos genitores. Aos genitores, cabem prover o sustento da prole, que é comum para ambos na medida de suas disponibilidades. (GUARDA COMPARTILHADA..., 2017)

Concluimos que a premissa sobre a qual se constrói a guarda compartilhada é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos, sendo sadio para estes que sejam educados por ambos os pais e não só por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares²⁵.

Na guarda compartilhada deve inexistir disputa entre os genitores que, de forma equilibrada, deverão viver em sua plenitude a relação com seus filhos. Se existir entre os ex-cônjuges discernimento suficiente e capacidade de separar a relação conjugal frustrada da relação parental eterna, a adoção da guarda compartilhada será, sem sombra de dúvida, a fórmula ideal para os dias de hoje, fazendo o amor e o afeto binômio marcante do exercício de guarda.

4.2.3 Alternada

A guarda alternada é a alternância entre os genitores do exercício exclusivo da guarda jurídica e material, de modo que, enquanto a criança estiver em companhia de um dos genitores, a este caberá tomar as decisões de interesse dos filhos, dirigir-lhes a educação etc.

Justamente por retirar a guarda jurídica (autoridade parental) de um dos genitores, que tal modelo não é compatível com o direito brasileiro, por força do art. 1.634 do Código Civil (já citado).

No entanto, não é bem vista no direito brasileiro, pois se estabelecem períodos em que o filho permanece com um dos genitores e depois com o outro, sendo que, durante cada um desses períodos, um dos pais exerce a guarda com exclusividade, além da confusão operacional que gera na vida da criança, sendo obrigada de tempos em tempos de alterar o seu domicílio e assim toda a sua rotina em face da necessidade dos pais. (MALUF; MALUF, 2013, p. 616).

²⁵ Denise Duarte Bruno. Disponível em: <www.pailegal.net>. Acesso em: 06 out. 2017.

Em determinado espaço de tempo, na espécie guarda alternada, a prole permanece com um dos pais e, logo após, com o outro, em um determinado tempo.

Cumprido notar que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada. Na guarda compartilhada o menor tem um domicílio único, e na guarda alternada há duplicidade de domicílios – o do pai e o da mãe. (MALUF; MALUF, 2013, p.616).

Por este instituto, pode-se acarretar confusão emocional na vida de um ser em desenvolvimento, ao atribuir-lhe, a cada época, uma rotina e domicílio distintos.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “in verbis”:

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

Resta mais viável e adequada a guarda compartilhada devido a limitação da guarda alternada que, por notar sua instabilidade, acarreta desequilíbrio psicológico do menor, submetendo-o a um conflito entre seus genitores.

No entanto, podemos concluir que a frequente troca de lares afeta o desenvolvimento psicológico do menor, por sempre estar em um lugar diferente, levando consigo, de um lado a outro, os seus objetos pessoais, motivo pelo qual não é bem recepcionada pelo direito brasileiro.

4.3 Da Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90) prioriza o bem-estar da criança e do adolescente e a sua proteção integral.

Segundo o artigo 4º do ECA²⁶, é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar o direito à vida, à educação, à profissionalização, ao esporte, ao lazer e a outros direitos inerentes à pessoa humana.

Quando a família biológica não tem condições de assegurar esses direitos por doença, negligência, irresponsabilidade, dependência química ou quando a criança ou o adolescente são abandonados à sua própria sorte, o Poder Público deve intervir visando assegurar a proteção integral deles.

Para assegurar que a criança e o adolescente tenha essa proteção integral, bem como o direito à educação, ao lazer, à saúde entre outros direitos, o Poder Judiciário pode fornecer, desde que em conformidade com a lei, a guarda, a tutela e a adoção à pessoas capacitadas e dispostas a resguardar esses direitos. (Bittencourt, 2017).

A guarda, a tutela e a adoção são as três formas de conceder uma família substituta à criança e ao adolescente.

A família substituta é vista como uma exceção pelo ordenamento jurídico, afinal, segundo o art. 19 (caput) do ECA²⁷ e o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), a criança e o adolescente devem ser criados no seio da família e apenas excepcionalmente em famílias substitutas.

De acordo com o §1º do art. 28 do ECA, a criança e o adolescentes precisam ser previamente ouvidos e a opinião delas a respeito da família substituta será considerada respeitando-se seu estágio de desenvolvimento e compreensão.

Quando se tratar de maiores de 12 (doze) anos será necessário seu consentimento para inseri-las em famílias substitutas. Todas as medidas cabíveis serão tomadas a fim de evitar as consequências negativas decorrentes da medida. (TEIXEIRA, 2015, p. 166).

²⁶ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
 - b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
 - c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
 - d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
- (BRASIL, 1990)

²⁷ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Se tratando de criança e adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, deverá ser observado o disposto no §6º do art. 28 do ECA²⁸.

A guarda e a tutela somente serão concedidas à família substituta brasileira.

Quando os pais são destituídos do poder familiar, a legislação, com o objetivo de assegurar à criança e ao adolescente a proteção integral e todos os direitos que possuem, prevê a entrega desse poder familiar à pessoas capacitadas para exercerem esse poder.

Uma maneira de assegurar o direito à convivência familiar sem implicar necessariamente na destituição do poder familiar é através da guarda.

Dessa forma, há a possibilidade de manter o vínculo entre a criança e o adolescente e sua família de origem ao mesmo tempo que se mantém o instituto da guarda. A guarda em família substituta, ou guarda estatutária, é tratada no ECA nos arts. 33, 34 e 35 especificamente.

Assim dispõe os arts. 33, 34 e 35, *in verbis*:

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

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

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

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

§ 2º Na hipótese do § 1o deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

§ 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.

²⁸ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

§ 4º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 1990)

Trata-se de manter, no recesso do lar, as crianças e os adolescentes, quando não emancipados, que se encontrem em situações irregulares que podem apresentar riscos aos menores, uma dessas situações irregulares pode ser, por exemplo, a convivência da criança e do adolescente com dependentes de substâncias entorpecentes.

Há também a guarda de filhos que se refere à proteção aos filhos após a ruptura matrimonial, da união estável, ou quando os genitores não vivem na mesma residência. (TEIXEIRA, 2015, p. 168)

Excepcionalmente, o Juiz poderá dispor da guarda de modo diverso do estabelecido em Lei desde que seja necessário à criança e ao adolescente, ouvindo-se sempre o Ministério Público a respeito do assunto (Lei 6.515/77, art. 13).

Nestes termos:

Art 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais. (BRASIL, 1977)

O juízo competente é o da infância e juventude quando os direitos tutelados pela CF/88 e pelo ECA são violados constituindo assim essa situação irregular. “Não estando os menores em situação irregular (art. 98, ECA), o pedido de guarda está afeto à Vara de Família.” (MADALENO, 2013).

Nesse sentido Maria Romera (2013) leciona:

Em qualquer situação, privilegiam-se para a entrega da guarda primeiramente os parentes mais próximos da criança e do adolescente.

Assim sendo, quando nenhum dos pais tiver condições de deter a guarda de seus filhos, primeiro observar-se-á os parentes próximos da criança que poderiam deter a guarda, como avós, tios e primos.

Apenas na falta dessa possibilidade procurar-se-á uma família substituta que não tenha ligação com a criança. Essa medida tenta minimizar as dificuldades de adaptação da criança e do adolescente.

Nos casos de guarda de filhos, o poder familiar não estará intrinsecamente ligado a ela. Dessa forma, poderá haver o poder familiar daquele que não detém a guarda, afinal, a assistência moral e econômica aos filhos menores subsiste independente da desvinculação dos genitores.

É o que acontece no caso de os pais não residirem no mesmo local e apesar de um deles deter a guarda, os dois são responsáveis pelo menor não emancipado.

Ainda assim, caberá ao genitor que possui a guarda as decisões referentes à saúde e à educação dos filhos. Quando o detentor da guarda não estiver prestando total assistência à criança e ao adolescente, o outro genitor poderá requer em juízo a guarda para si.

Assim sendo, a guarda é exercida por quem melhor atender os interesses da criança e do adolescente.

A assistência moral, material e educacional são obrigadas pela guarda. Ela regulariza a posse de fato. A guarda pode ser também deferida nos procedimentos de tutela e adoção liminar ou incidentalmente, desde que não se trate de adoção de estrangeiros. A guarda poderá ser definitiva ou temporária. Será vista como definitiva quando o guardião deseja ter a criança ou o adolescente como membro da família substituta com todos os direitos e deveres advindos deste instituto²⁹.

Nesse caso o menor não será considerado pupilo ou filho. A situação jurídica será assistencial, não gerando, portanto, futuros direitos sucessórios.

A guarda temporária é aquela que não é um fim em si mesmo. Atende a uma situação limitada por termo ou condição. Ao findar o termo ou a condição, a guarda findará também. Ela pode ser liminar regularizando a situação de posse de fato com vista a uma situação jurídica futura. E pode ser ainda incidental, regularizando a posse de fato, ou com vista a uma situação jurídica futura, em processos de tutela e de adoção.

Quando a guarda é concedida provisoriamente, antes da adoção, pode prevenir situações perigosas quando o afastamento dos genitores tem caráter de urgência para a proteção da criança e do adolescente.

Através do instituto da guarda se evita a internação das crianças e dos adolescentes em entidades como meios de proteção.

As crianças e os adolescentes ficam na condição de dependente para todos os fins e efeitos em direito. Ela poderá ser revogada pelo poder judicial a qualquer momento, mas apenas uma decisão judicial poderá revogar a guarda, objetivando o melhor para o menor.

Dessa maneira, quando o detentor da guarda não zelar pelos fatores imprescindíveis para a formação do menor não emancipado, tais como, saúde, bem-estar, educação e seu desenvolvimento, a guarda poderá ser revogada pelo Poder Judiciário. O detentor da guarda terá o direito de opor-se à terceiros, inclusive aos pais da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta dois procedimentos para a guarda: tem a forma sem lide, de jurisdição administrativa e a forma com lide, com contraditório. A forma administrativa, sem lide, ocorrerá nas situações em que os genitores já forem falecidos, já tiverem sido destituído ou suspensos do poder familiar, ou houverem concordado com o pedido de guarda. Já a forma com lide, e consequentemente, com o direito ao contraditório, ocorrerá quando houver discordância dos detentores do poder familiar, quando incorrer na perda do poder familiar pela sua suspensão ou destituição³⁰.

A guarda, sendo uma das medidas específicas de proteção, poderá ser pedida por qualquer pessoa de qualquer estado civil, exceto por estrangeiros, desde que preenchidos os requisitos gerais ou específicos do instituto.

²⁹ (ROMERA, Maria. O Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>. Acesso em 25 de set. 2017).

³⁰ Guarda, tutela e adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em < <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/4013909>> acesso em: 09 out. 2017)

5 REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

5.1 Breve Análise da Guarda Compartilhada

Conforme foi analisado, como no ordenamento jurídico brasileiro não há perda do poder familiar em relação ao genitor não guardião após o término da sociedade conjugal, cabendo ambos o exercício conjunto dos deveres de criar, educar e assistir, componentes constitucionais da autoridade parental, a guarda compartilhada, que tem como escopo o compartilhamento de tais deveres, não é necessário para que se efetive o *diritto ala bigenitorialità*³¹.

Ao contrário da Itália para alcançar os objetivos que ela visa, bastaria atribuir maior efetividade à autoridade parental, já que é ela a verdadeira detentora dos poderes-deveres de participação que os defensores da guarda compartilhada buscam implementar. (TEIXEIRA, 2017, p. 32)

5.1.1 A aplicabilidade da guarda compartilhada

Atualmente, o modelo de família sofreu influências políticas, culturais, econômicas e até sociais.

O objetivo da guarda é dar uma continuidade nas relações entre pais e filhos, mesmo ainda com o término do relacionamento entre os genitores.

Para Grisard Filho (2009) a guarda compartilhada encontra-se na mão inversa às guardas única, alternada e dividida, nas quais um dos pais (o que não detém a guarda) começa a ser evadido da paternidade.

Como todo e qualquer instituto jurídico, a guarda compartilhada possui vantagens e desvantagens, as quais poderão sofrer alterações futuras, uma vez que, no caso em estudo, trata-se de instituto jurídico tido como novo. (OLIVEIRA, 2017).

³¹ O direito do filho à biparentalidade originária não suprime a legalidade da custódia unilateral, porém remete-a uma posição subalterna no ordenamento, restrita às hipóteses em que a concretude do caso evidencie cabalmente a impossibilidade do recurso à guarda compartilhada.” (ROSENVALD, Nelson. Autonomia privada e guarda compartilhada. Revista IBDFAM Família e Sucessões. V. 6 (nov./dez). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 64).

5.2 Vantagens Do Novo Modelo De Guarda

Uma grande vantagem da guarda compartilhada é que o menor evita de ficar sem o contato com o genitor que não detém a guarda, como no caso da guarda unilateral. Ambos os genitores dão ênfase à melhor proteção do menor.

Quanto ao auxílio necessário entre os pais, Grisard Filho afirma que:

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes. (GRISARD FILHO, 2009, p. 217).

Sendo assim, requer respeito mútuo entre os genitores guardiões, pois isso reflete indiretamente na vida e na formação do menor que passa a conviver com seus genitores em residências diferentes.

A guarda compartilhada possibilita que a vida dos filhos reconheçam que ambos os genitores têm a mesma importância para sua formação pessoal, não sofrendo alterações bruscas e que não lhes seja conferida a obrigação de decidir com qual o genitor irá ficar com a guarda. Quanto a essa possível escolha por um dos pais, adotada por alguns magistrados quando o menor já tem certo discernimento, Akel expõe que:

A escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido. [...] Não há dúvida de que, através desse sistema, os sentimentos de culpa e frustração do genitor não-guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos são diminuídos de forma significativa.³²

Observa-se que a escolha por um dos pais gera inúmeros conflitos para o filho e, por outro lado, para o genitor que permaneceu ou não com a guarda. No entanto, gera a indecisão diante de seus pais e o receio de sua possível escolha beneficiar algum deles. Já para o pai ou

³² AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: um avanço para família. Disponível em <https://www.pailegal.net/guardacompartilhada/maisfundo/monografias/742-guarda-compartilhada-vantagens-edesvantagensdesuaaplicabilidade>, acesso em 26/09/2017.

a mãe que não fica como guardião, geram vários sentimentos, dentre eles o de culpa, além do constante questionamento do porque o filho não o escolheu, além de despertar receio pelo outro genitor.

Para que isso não ocorra, a guarda compartilhada surge com o intuito de privilegiar a igualdade entre os genitores, gerando, inclusive, respeito mútuo entre todos os atores sociais envolvidos (filho e pais).

Conforme afirma Grisard Filho, não são só os filhos que se beneficiam desse modelo de guarda, mas também os genitores:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das elações entre cada um deles e seus filhos, minimizando o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. (GRISARD FILHO, 2009, p. 222).

A guarda compartilhada busca estabelecer o melhor interesse do menor. Os genitores continuam a ter participação na vida do menor como se dava no período em que viviam sobre o mesmo teto.

Os sentimentos de todos os envolvidos também são afetados de forma positiva, conforme destaca Dias:

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (DIAS, 2017. p. 1).

Embora existam todas essas vantagens que foram elencadas, a guarda compartilhada apresenta suas desvantagens, uma vez que qualquer tipo de guarda é acompanhada por problemas, oriundos das relações sociais.

A guarda compartilhada pressupõe a capacidade de diálogo dos pais na tomada de decisões de interesse do menor.

Nas lições de PELUSO (2017, p. 1728/1729), fica evidente que:

(...) Na guarda compartilhada os pais têm responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos. O poder familiar é exercido por ambos, que tomarão conjuntamente as decisões do dia a dia” (Código Civil Comentado, Manole, 4ª Ed., p. 1.728/9).

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE¹. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.² A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. ³. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. ⁴. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. ⁵. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. ⁶. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. ⁷. Recurso especial provido.³³ (STJ. resp 1428596 rs 2013/0376172-9. relator ministra Nancy Andrigli, 2014).

As vantagens do modelo devem ser evidenciadas pelo juiz na audiência de conciliação; não havendo acordo no divórcio, toca ao julgador estabelecer a guarda compartilhada, sempre que possível; não o sendo, escolhe um dos genitores como guardião, depois de ponderar o melhor proveito do descendente; em casos extremos, a guarda é

³³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1428596 RS 2013/0376172-9. Relator Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial- resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>> acesso em: 10 de out. 2017.

atribuída a um terceiro, de preferência o parente que demonstre afinidade com o menor. (TEIXEIRA, 2015, p. 01).

5.2.1 A mediação como instrumento para construção de um acordo parental

A recente Lei 13.058/14³⁴, que oferece nova disciplina à guarda compartilhada, tem por principal mérito a função pedagógica e cultural de destacar a guarda compartilhada como o melhor modelo de guarda de filhos para pais que têm por desafio e meta proporcionarem aos filhos um sentimento de pertencimento a uma família que já não conjugal, permanece parental.

Entretanto, entendemos que o estabelecimento de guarda compartilhada deva ser sugerido, aconselhado e incentivado, mas não imposto por decisão judicial a pais que estejam em desacordo, pois pode gerar efeitos negativos ao já instalado conflito, potencializando-o.

Diante da impossibilidade de acordo parental e tendo por parâmetro a proteção integral dos filhos, antes do advento da nova Lei, restavam dois caminhos: a construção do consenso parental para obtenção da guarda compartilhada ou a estipulação de guarda unilateral para o genitor com melhores condições para exercê-la. Agora, o juiz é instado a conferir a guarda compartilhada aos pais que apresentem as mesmas condições de exercê-la, ainda que sobre o cenário das disputas. (TEIXEIRA E OUTROS, 2015, p. 135)

Em respeito à diretriz legal, e pensando em trilhar um caminho viável para a guarda compartilhada, apontamos a mediação como um instrumento adequado e eficaz para a construção do consenso parental, abrindo uma oportunidade de elaboração de escolhas apropriadas para cada caso, escolhas essas pensadas, construídas e decididas pelos próprios pais em prol do bem-estar de seus filhos.

A guarda compartilhada torna-se viável e sustentável na medida em que acordos possíveis de serem cumpridos são estabelecidos pelos próprios pais e não foram impostos por decisão judicial.

5.2.2 Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos

³⁴ Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

A guarda compartilhada é, inegavelmente, um decisivo passo à frente no cenário jurídico e social no Brasil, na medida em que procura atender, prioritariamente, os interesses e direitos dos filhos, reconhecidos constitucionalmente, mas, até agora, olvidados.

Os direitos-deveres dos pais em relação à sua prole, deve-se acrescentar o de proporcionar aos filhos “carinho, afeto e companheirismo”³⁵ sem os quais o menor cresce fragilizado, torna-se adolescente com revolta pessoal e inconformismo com a vida, trazendo na vida adulta as marcas profundas provocadas pela ausência do afeto.

A guarda compartilhada chama os pais a uma profunda reflexão quanto ao seu papel de extrema responsabilidade na consecução da felicidade de seus filhos, os quais poderão crescer e se desenvolver em paz e com equilíbrio, necessário à sua sólida formação moral e espiritual, mesmo estando seus pais separados ou divorciados.

Seu exercício exige, antes de tudo, a compreensão e a boa vontade dos pais, objetivando um futuro promissor para seus filhos, o que, convenhamos, após a separação entre eles, legal (judicial ou extrajudicial) ou de fato, ou divórcio, ou dissolução da união estável, são elementos de difícil obtenção, mas que poderão ser alcançados com o esforço conjunto em prol dos menores (AZEVEDO, 2004, p. 16)

Embora não possa ser generalizada e imposta para todos os casos, a guarda compartilhada, uma vez acolhida pelos pais, certamente trará benefícios não apenas aos filhos, mas também aos próprios pais e à comunidade social como um todo.

5.3 Desvantagens do novo modelo de guarda

Segundo o entendimento de Ana Carolina Silveira Akel:

Há que se distinguir, definitivamente, o exercício alternado da guarda do exercício compartilhado, no qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os menores cumprirem suas obrigações e receberem que lhes é de direito. (AKEL, 2009, p. 111)

³⁵ VILLELA, João Baptista. Paternidade responsável. In Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenador: R. Limongi França (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 57, p. 242.

Com o fim do relacionamento, surgem as desvantagens. Os pais se encontram em conflito um com o outro por não aceitarem a separação entre ambos e, conseqüentemente, não aderem ao instituto da guarda compartilhada de seus filhos com o outro genitor.

Conforme Akel (2009), o modelo de guarda compartilhada tem um lado legal e outro físico. Quanto ao plano legal associa-se às decisões relativas ao bem-estar do menor e, para a autora, as desvantagens surgem quando não existe acordo entre os genitores.

Já no plano físico, que é a efetiva presença do menor ao lado do genitor, as desvantagens estariam associadas ao fato de que o menor passa a sofrer mudanças cotidianas, pois ora está em uma residência, ora está em outra, pois quanto mais mudanças, menos identidade o menor passa a ter. (GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS E DESVANTAGENS DE SUA APLICABILIDADE, 2017)

No entanto a guarda compartilhada pode gerar verdadeiras tragédias, pois as crianças perdem o referencial de lar, já que recebem orientações diversas dos pais e das mães.

Neste sentido, foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA COMPARTILHADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS. GUARDA UNILATERAL. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DEVIDA.
 I - A GUARDA COMPARTILHADA PRESSUPÕE A CAPACIDADE DE DIÁLOGO DOS PAIS NA TOMADA DE DECISÕES DE INTERESSE DO MENOR. O GRAU DE ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES, RELATADO NOS AUTOS, ACONSELHA A FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL. PREVALECE, PORTANTO, O DISPOSTO NO ART. 1.583, § 2º, DO CC, POIS A MÃE VEM PROPICIANDO AS CONDIÇÕES IDEAIS DE DESENVOLVIMENTO AO ADOLESCENTE SOB SUA GUARDA.
 II - PARA OBTER A SEPARAÇÃO, A AUTORA PRECISOU INGRESSAR COM AÇÃO LITIGIOSA E, UMA VEZ CITADO, O REQUERIDO VEIO AOS AUTOS CONFIRMAR A EXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. LOGO, O ACOLHIMENTO DO PEDIDO INICIAL ACARRETA A SUCUMBÊNCIA E TORNA APLICÁVEL O ART. 20, § 4º, DO CPC.
 III - APELAÇÃO IMPROVIDA.³⁶

A situação complica quando um dos pais ou ambos colocam em jogo fatores externos como, por exemplo, a obrigação alimentar, pois um genitor pode escolher a guarda compartilhada para negociar valores financeiros com o outro genitor. Isso ocorre porque,

³⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. APL 100127420098070006 DF 0010012-74.2009.807.0006. Relator VERA ANDRIGHI. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18440519/apelacao-ci-vel-apl-100127420098070006-df-0010012-7420098070006>> acesso em: 20 de out. 2017.

geralmente, ao compartilharem a guarda ambos passam a dividir as despesas inerentes à formação do menor.

Ainda em relação aos casos que as crianças têm pouca idade para a aplicação da guarda compartilhada, diversos são os entendimentos que esta modalidade de guarda não é recomendável para estes casos, visto que a criança pode ter muita dificuldade para a adaptação em dois lares. A dificuldade de compreender a situação também é levada em consideração, visto que pode confundir ainda mais as ideias, ainda em formação, para as crianças muito novas.

A respeito deste assunto a jurisprudência possui o mesmo entendimento, como demonstra o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO. Se a criança está ainda em tenra idade e desde o nascimento encontra-se sob os cuidados do casal guardião, que lhe tem devotado o afeto e as atenções próprias de pais, e se a regulamentação de visitas em favor do pai biológico já estava regulamentada e agora foi ampliada pelo julgador, proporcionando uma maior aproximação entre pai e filho, descabe ampliar ainda mais a visitação, de forma a aproximá-la de uma guarda compartilhada, pois isso implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, AGI Nº 70006449912, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003, DJ)

Quanto à desvantagem que pode vir a atingir a criança ou adolescente, esclarece Maximovitz citado por Fernanda Verniz (2013, p. 41):

Outra desvantagem à adoção da guarda compartilhada é a questão do referencial de lar do menor. Pois com esta modalidade de guarda, a residência do menor sofre grandes mudanças em seu cotidiano, pois às vezes está na casa de um dos genitores, e às vezes na casa do outro. Podendo também deixar o menor confuso, vez que em cada residência receberá ordens e orientações dos genitores, que geralmente são diversas”.

Para Maria Berenice Dias (2016), o filho é utilizado como instrumento de agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido a tradição de que a mulher seria a mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos.

Entretanto, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores.

Uma última ressalva a ser feita é que as desvantagens desde modelo de guarda não podem ser tidas como absolutas, pois sua eficácia dependerá da análise do caso concreto, já que o legislador apenas editou a lei que criou o instituto, deixando à escolha dos magistrados como aplicá-lo.

4 CONCLUSÃO

A entidade familiar sofreu e vem sofrendo avanços significantes nos últimos anos, a começar de sua composição e estrutura, pois antes se tinha a família como sendo composta por pais e filhos, na qual predominava a figura paterna. Atualmente, o simples companheirismo passa a ser considerado como entidade familiar, e a figura de chefe de família não predomina, uma vez que as mulheres passaram a ter os mesmos direitos que os seus esposos e/ou companheiros, prevalecendo o princípio da igualdade, fruto da Constituição Federal de 1988.

A família, com essas influências da vida moderna começam a ter mais dificuldades, entre elas a de convivência e, sobretudo, no momento da dissolução dos laços matrimoniais ou afetivos. O fato torna-se mais complicado quando existem filhos, pois além do sofrimento dos pais, tem-se o dos filhos, que sofrem muito com o rompimento da relação cotidiana entre ele e seus genitores.

Diante disso, faz-se necessário o uso do instituto jurídico denominado guarda. Sendo que, com as influências sociais e culturais no âmbito familiar, os modelos tradicionais de guarda não mais atingiam as expectativas das famílias, sobre o modelo unilateral, no qual um dos pais detém a guarda e tentam fazer uma imagem negativa do outro genitor (alienação parental).

Atualmente, tem-se a guarda compartilhada como o modelo mais adequado de guarda, uma vez que nela está demonstrada a igualdade dos genitores em relação a seus filhos, possibilitando a participação de ambos na formação do menor e deixando de lado as disputas que só geram desgastes mentais para todos.

Entende-se como sendo imprópria a aplicação da guarda compartilhada, pois ambos os pais devem se respeitar mutuamente, já que irão passar a conviver com seus filhos, tendo a intenção de lhes proporcionarem um ótimo desenvolvimento, mesmo não vivendo sobre o mesmo teto e mesmo não vivendo uma relação amorosa com seu ex-companheiro.

Independente de qual o tipo de guarda a ser adotado, deve-se colocar em destaque o papel essencial de família, pois é nela que se pode espelhar e encontrar apoio, refúgio, orientação, consolo e respeito. Neste sentido, equipes multidisciplinares têm papel fundamental no momento em que existe um rompimento de qualquer relacionamento conjugal e/ou amoroso.

A guarda, não obstante seja um atributo do poder familiar, neste não se exaure e ambos os institutos podem coexistir simultânea e separadamente nas mãos de titulares diversos; ou seja, uma pessoa pode ser detentora do poder parental e outra da guarda da mesma criança ou adolescente.

A nossa doutrina e a jurisprudência têm tentado se adaptar às mudanças ocorridas nas famílias atuais para conseguir a prestação jurisdicional mais adequada a cada caso, ampliando para isso no seu Direito de Família, a matéria que regula a guarda dos filhos. Com a nova sistemática de guarda introduzida pela Lei 11.698 de 2008, com fundamento básico no princípio do melhor interesse da criança, elegeu-se um modelo de responsabilidade parental como paradigma, preferencial, permitindo aos magistrados aplicá-lo onde considerar benéfico para o grupo familiar, buscando remarcar o equilíbrio nas relações entre pais e filhos e a manutenção do convívio da criança com ambos os pais.

A guarda, nas rupturas das sociedades conjugais, das uniões estáveis e nas hipóteses dos filhos havidos fora do seio familiar deve ser atribuída e regulamentada tendo sempre, como regra máxima, o interesse do menor, entendido este como todos os elementos e circunstâncias que melhor atendam ao bem-estar moral, material e espiritual daquele.

A partir do momento em que a sociedade e o Poder Judiciário aceitarem que em caso de ruptura da relação conjugal, ambos os genitores estão habilitados para a criação dos filhos, a guarda compartilhada, certamente, ajudará a criar um melhor vínculo entre os integrantes das famílias transformadas, fazendo justiça aos filhos de pais que não mais convivem sob o mesmo teto, aumentando a responsabilidade parental. É importante ter em mente que tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação de seus genitores.

A guarda deve ser atribuída ou mantida sempre no interesse do guardado e o princípio norteador da revogação desse direito-dever baseia-se na proteção do bem-estar do menor.

Conclui-se, portanto, que as opiniões sobre o assunto são inúmeras, já que não se trata de uma regra absoluta, mas de uma análise de cada caso individualmente, para que, com isso, tirem-se as reais vantagens e desvantagens oriundas de sua aplicabilidade. Porém, deve-se ter a certeza de que todo filho merece conviver em harmonia com duas figuras: a paterna e a materna.

REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões. **Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento.** Disponível em < <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>> Acesso em 05 out. 2017.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA FILIAÇÃO NO BRASIL. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>>. Acesso em: 30 set. 2017.

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de; LEÃO, Wânia Lúcia Machado. **Paternidade Biológica e Afetiva no Direito Brasileiro.**(2013). Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13309&revista_caderno=14> Acesso em 05 de out. 2017.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para família.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BITTENCOURT, Isabel Luzia Fuck. **A Guarda como Medida de Proteção.** Disponível em: <http://www.gerandoamor.org.br/site/?p=211>. Acesso em 25 de set.2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01º de janeiro de 1916. **Código Civil (1916).** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do consumidor (1990). Código de proteção e defesa do consumidor.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil (2002).** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

_____. **Código Penal (1940).** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

_____. **LEI Nº 12.004**, de 29 de julho de 2009. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112004.htm> Acesso em 05 out. 2017.

_____. **LEI Nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. REsp 1428596 RS 2013/0376172-9. Relator Ministra Nancy Andrighi, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj>> acesso em: 10 de out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 5: Direito de Família**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, Cristiano Chaves de Farias / ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2009.

FRIGATO, Elisa. **Poder Familiar - Conceito, Característica, Conteúdo, Causas De Extinção E Suspensão**. (2011). Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>>. Acesso em 05 out. 2017.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **ANÁLISE DOS TIPOS DE GUARDA EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO E AS DIFERENÇAS ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E A GUARDA ALTERNADA**. Disponível em: <<https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 08 de out. 2017).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GUARDA COMPARTILHADA: Entenda como funciona. Disponível em: <<https://brasil.babycenter.com/a25011903/guarda-compartilhada-entenda-como-funciona>>. Acesso em: 05 out. 2017

GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS EM PROL OU DESFAVOR DA CRIANÇA. Disponível em: <<http://ixturmadireitofb.blogspot.com.br/2016/05/guarda-compartilhada-e-suas.html>>. Acesso em: 05 out. 2017.

LUZ, Waldemar P. da. **Curso de Direito de Família.** 2. Ed. São Paulo: Ltda, 2002.

LUZ, Waldemar P. da. **Manual de Direito de Família.** 1. Ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus / MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus / MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **As relações de parentesco na contemporaneidade.** Disponível em <<http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/8.-Amicus-paternidade-Maluf-Assinado.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2017).

MONTEIRO, Matheus. **Filiação Biológica e Socioafetiva.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva>>. Acesso em: 12 out. 2017).

MONTEIRO, Washington de Barros / TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 42ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 346, 2012.

OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro de. **Guarda Compartilhada: Vantagens E Desvantagens De Sua Aplicabilidade.** Disponível em: <https://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/monografias/742-guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-de-sua-aplicabilidade>. Acesso em 10 de out. 2017).

PONTES, Anthony Oliveira. **Princípio da afetividade.** Disponível em <<http://www.arcos.org.br/artigos/principio-da-afetividade/>> Acesso em 29 set. 2017.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado,** Manole, 4ª Ed., p. 1.728/9, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. AI: 70067405993 RS**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 18/02/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 7ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RODRIGUEZ, Samara. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Jos%C3%A9%20Carlos%20Teixeira%20Giorgis>>.
Acesso em: 08 de out. 2017).

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 6: Direito de Família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROLIN, Allan Christofer Guimarães; RODRIGUES, Ana Carla da Silva; FERREIRA, Anna Carolina de Moura; VENTURA, Jéssica Nogueira. **Análise Dos Tipos De Guarda Existentes No Direito Brasileiro E As Diferenças Entre A Guarda Compartilhada E A Guarda Alternada**. Disponível em: <
<http://ixturmadireitofb.blogspot.com.br/2016/05/guarda-compartilhada-e-suas.html> >. Acesso em: 08 de out. 2017).

ROMERA, Maria. **O Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>. Acesso em 25 de set. 2017

ROSENVALD, Nelson. **Autonomia privada e guarda compartilhada**. Revista IBDFAM Família e Sucessões. V. 6 (nov./dez). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 64.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Cristiano Chaves de Farias et al. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

VERNIZ, Fernanda. **Desvantagens da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <
<https://fernandaverniz.jusbrasil.com.br/artigos/333740519/desvantagens-da-guarda-compartilhadahtml> >. Acesso em: 08 de out. 2017).

VILLELA, João Baptista. **Paternidade responsável**. In **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Coordenador: R. Limongi França (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 57, p. 242.

ZENI, Bruna Schlindwein. **O Afeto Como Reconhecimento Da Filiação**. **Revista tem Debate**. Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/632> >
Acesso em: 24 jun. 2017).