

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL  
UNIDADE UNIVERSTIÁRIA DE PARANAÍBA  
CURSO DE DIREITO**

**Bárbara da Silva Pimenta**

**GUARDA DE MENORES:** com afeto e pão, um levantamento das decisões em favor dos progenitores

PARANAÍBA, MS  
2016

**Barbara da Silva Pimenta**

**GUARDA DE MENORES:** com afeto e pão, um levantamento das decisões em favor dos progenitores

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS, como exigência parcial para bacharelado do curso em Graduação em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr. Ângela Aparecida da Cruz Duran

PARANAÍBA, MS  
2016

P697g Pimenta, Bárbara da Silva

Guarda de menores: com afeto e pão, um levantamento das decisões em favor dos progenitores/ Bárbara da Silva Pimenta. -- Paranaíba, MS: UEMS, 2016.

63f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Dra Angela Aparecida da Cruz Duran.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Criança. 2. Guarda. I. Pimenta, Bárbara da Silva. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 346.017

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

# **BARBARA DA SILVA PIMENTA**

**GUARDA DE MENORES:** com afeto e pãõ, um levantamento das decisões em favor dos progenitores

Trabalho de Conclusão de Curso Apresentado e Aprovado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Paranaíba, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Profª. Drª Ângela Aparecida da Cruz Duran (Orientador)  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Profª. Me. Rilker Dutra de Oliveira  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Profº. Drº Rafael Lamera Giesta Cabral  
Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Dedico esse trabalho aos meus pais (Rosângela e Valdeir), que sempre me incentivaram e apoiaram para nunca desistir dos meus sonhos, só tenho a agradecer eles por tudo que sou hoje, obrigada por não me deixarem desistir!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus**, por ter me dado à vida e dela poder desfrutar dos bons momentos, dos amigos, da família.

À minha família, em especial minha mãe **Rosângela Silva**, pelo amor, afeto e carinho concedido durante toda a vida, por sempre ter apoiado e me mostrar o caminho certo a seguir, sempre apresentando os erros e os acertos, ao meu pai **Valdeir**, pelos ensinamentos passados e o incentivo de buscar um futuro melhor, os meus avós **Alfreda e Antônio Carlos** por me conceder tanto amor e carinho e minha irmã **Beatriz**, por se mostrar companheira nessa caminhada da vida.

Meu namorado **Gabriel**, por toda atenção, dedicação, companheirismo e todo amor e carinho, por não medir esforços para que possamos estar sempre juntos, um dando força para o outro, obrigada amor por me fazer tão feliz.

Meu amigo/cunhado **Lucas**, que descobri a amizade na faculdade e que no fim acabou se tornando cunhado, obrigada por ser tão prestativo, solidário, amigo e companheiro, meus amigos **Paula e Sérgio** pessoas adoráveis, companheiros de todas as horas, sempre atenciosos e dedicados, agradeço muito por ter ganhado vocês como amigos no decorrer da Faculdade.

Agradeço também aos meus amigos e companheiros do Ensino Fundamental, **Élida** que sempre me acompanhou, orientou todas as vezes que tive dúvidas nesse “universo” chamado Universidade, por todos os livros e materiais que foram emprestados e pelas vibrações positivas que me passa. **Daniele**, aquela menina chata e custosa que se tornou a pessoa mais amável que eu poderia ter, e hoje com seu jeito meigo e carinhoso me mostrou que temos sim grandes amigos, amigos para vida inteira, e **Caio** amigo, companheiro que sempre nos defende em todas as circunstâncias.

Agradeço ainda a todos os meus companheiros de sala, não devia aqui mencionar nomes porque acabaria esquecendo alguém, vez que, cada um com seu temperamento, sua forma de agir nos ensina todos os dias algo novo, obrigada a todos por toda experiência que adquiri nesses 05 (cinco) anos. Contudo, não poderia deixar de mencionar aqueles que marcaram esses meus **cinco anos** de faculdade, como exemplo **Indira Mahatma**, aquela que de primeiro momento já começamos a conversar, trocar ideias, discutir matérias de provas e trabalhos, os momentos de festas e lazer, foi 1 ano perfeito, descobri a grande pessoa que era, por mais que os acontecimentos não nos permitiu terminar o curso no mesmo turno e sala a amizade nunca acabou, tanto que hoje ganhei uma grande amiga que tenho muita estima, pelo

exemplo de pessoa que você é batalhadora. **Cecília**, o que falar dessa baixinha, se tornou tão importante amo muito, minha companheira de todas as horas, congressos, festas, seminários, audiências, obrigada minha amiga por tudo de bom que você me proporcionou nesses cinco anos, quero que nossa amizade permaneça por muito além da faculdade. **Paulino, Bárbara Stela, Luiz Fernando, Ivan**, meus amigos e companheiros de trabalhos que tanto admiro.

Minhas amigas/companheiras do fundão **Janicléia, Suellem e Samanta**, começamos construir nossa amizade no 3º ano de faculdade, e hoje somos muito mais que amigas, sei que posso confiar, pois vão estar sempre ali para me ajudar, obrigada meninas por essa amizade maravilhosa, pelo companheirismo, amo muito vocês.

E se tratando de companheiros de sala, não poderia deixar aqui de dizer o quanto vocês são importantes para mim, **Cristhiano** meu amigo/irmão que hoje mais que amigo é da família, não tenho palavras para agradecer a sua amizade e companheirismo, e **Daniel** aquele amigo fiel que sempre pude contar em todas as horas, obrigada amigo pela sincera amizade e companheirismo, Quatro anos de amizade que vale para vida toda.

A cada funcionário da UEMS, que sempre nos atende com muita atenção e presteza, equipe da limpeza, biblioteca, secretaria, Núcleo de Práticas Jurídicas, e a toda equipe docente dessa instituição, que nos ensina com todo amor e carinho para que possamos adquirir a melhor formação.

A **Professora Rilker**, pela sua amizade, carinho e amor depositado a cada aluno. Pessoa que desconheço igual, contagiante, alto astral e que nunca mede esforços para atender seus alunos, além do amor que possui com os assistidos do núcleo, é de profissionais como você que precisamos ter cada dia mais. Você nos faz apaixonar pela prática jurídica. Obrigada professora por aceitar participar desse momento tão especial da minha vida, e por toda compreensão. É de pessoas assim como você que quero sempre ter por perto, mais que professora uma amiga.

Ao **Professor Rafael**, que tive a imensa honra de ser aluna no 1º ano de faculdade um professor jovem que, porém, não faltava conhecimento, o carinho com que leciona suas aulas e amor que sente pelo Direito, fez despertar em mim um interesse maior pelo direito buscar sempre conhecer mais e mais, ainda mais pelo Direito Civil. Obrigada professor por tão bem ensinar seus alunos, por tanto contribuir com a área jurídica, e obrigada por mesmo estando longe aceitar o convite em participar do meu TCC, me sinto muito honrada em poder contar com você.

E por fim, não poderia deixar de agradecer a **Profª Ângela Duran** a qual não mediu esforços quando aceitou me orientar neste tão importante Trabalho de Conclusão de Curso,

sempre disposta a ajudar e trazendo novas ideias, impulsionando conhecimento e despertando em mim aquela vontade de sempre querer mais, correr atrás daquilo que sonho e almejo, e assim não esperar que as coisas aconteçam, mas sempre lutar para que elas aconteçam de verdade. Obrigada Professora/Orientadora por todo ensinamento e conhecimento, e pela dedicação e amor que ministra suas aulas, pois é dessa forma que você desperta em nós alunos a vontade de lutar e acreditar em um dia de amanhã melhor.

*É necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício a liberdade. (MARIA BERENICE DIAS).*

## RESUMO

As transformações da sociedade levaram muitas famílias a viverem uma realidade complexa, difícil e nem sempre feliz e saudável o que causa separações e conflitos. Em meio a isto os filhos, muitas vezes tornam-se as maiores vítimas de longas e penosas batalhas judiciais, que só lhes causam traumas, infelicidade e sofrimento. As crianças e os adolescentes não podem ficar abandonados com a dissolução das uniões entre casais, fato que deu ensejo a diversos arranjos jurídicos ao longo dos tempos. Atentos à tudo isto os juristas encontraram no afeto, na igualdade de responsabilidade, na ideia de que os infantes precisam de proteção integral e de que seus melhores interesses devem prevalecer sobre quaisquer outros, e de quem quer que seja, as razões, argumentos e fundamentos para decidirem que essas crianças e adolescentes deverão ficar sob a guarda do genitor que melhor condição tem para propiciar àqueles tudo o que lhes for de direito: seja o pai, ou mãe, ou outro parente. Assim, nesse cenário se questiona: as decisões em sede de guarda ainda são prevalentemente concedidas às mães? Os pais têm buscado lutar para terem seus filhos junto de sí? Houve aumento quantitativo de decisões de guarda favoráveis aos pais? Como é o cenário sul-matogrossense, em relação à concessão de guarda para os pais em detrimento das mães? Que razões apresentam os magistrados em suas decisões, quando as concedem em favor do genitor? Para responder às tais inquietações propõe-se os seguintes objetivos: a) geral: descrever sucintamente a instituição legal da família, do poder familiar e da guarda; b) específicos: 1) investigar, quantificar e elencar os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja guarda foi concedida ao pai no período entre 2010 e 2016; 2) identificar os argumentos utilizados pelos magistrados nas suas decisões que determinaram a opção favorável ao progenitor; 3) enumerar os principais argumentos, os que se fazem presentes em todas as decisões. Supõe-se que em Mato Grosso do Sul, poucos pais tem enfrentado as batalhas judiciais na busca pela detenção da guarda de seus filhos. A pesquisa é de cunho bibliográfico e documental-legal. No primeiro capítulo descreveu-se sucintamente a instituição legal da família, no decorrer do tempo histórico, bem como explicou-se os princípios contemporâneas que a sustentam; no segundo capítulo focou-se o Poder familiar e o instituto da Guarda, a responsabilidade dos pais e a alienação parental; no terceiro capítulo apresentou-se os casos encontrados, identificou-se e elencou-se os argumentos que pesaram em favor dos pais quando da decisão dos magistrados; por fim, nas considerações finais, além de apresentar as respostas que foram encontradas aos objetivos propostos teceu-se algumas reflexões acerca do estudo. Acredita-se que a questão da guarda ainda careça, mas principalmente de consciência, atitude e afeto por parte de pais, mães e de toda a família.

**Palavras-chave:** Família. Criança. Adolescente. Guarda. Progenitores.

## ABSTRACT

The transformations of society have led many families to live a complex, difficult and not always happy and healthy reality that causes separation and conflict. In the midst of this, children often become the major victims of long and painful judicial battles, which only cause them traumas, misery and suffering. Children and adolescents can not be abandoned with the dissolution of marriages between couples, which gave rise to various legal arrangements over time. Mindful of all this, jurists have found in affection, in equal responsibility, in the idea that infants need full protection and that their best interests must prevail over any others, and from whomsoever, the reasons, arguments, and grounds To decide that these children and adolescents should be under the custody of the parent who has the best condition to provide them with all that is right to them: be the father or mother or another relative. Thus, in this scenario it is questioned: are custody decisions still predominantly granted to mothers? Have parents sought to fight to have their children with them? Has there been a quantitative increase in custody decisions favoring parents? How is the South-Matogrossense scenario, in relation to the granting of custody for parents to the detriment of mothers? What reasons do magistrates present in their decisions when they are granted in favor of the parent? In order to respond to such concerns, the following objectives are proposed: a) General: to briefly describe the legal institution of the family, family power and custody; B) specific: 1) to investigate, quantify and list the judges of the Court of Justice of the State of Mato Grosso do Sul, whose custody was granted to the father in the period between 2010 and 2016; 2) identify the arguments used by magistrates in their decisions that determined the option favorable to the parent; 3) enumerate the main arguments, which are present in all decisions. It is assumed that in Mato Grosso do Sul, few parents have faced judicial battles in the search for custody of their children. The research is bibliographical and documentary-legal. In the first chapter succinctly described the legal institution of the family in the course of historical time, as well as explained the contemporary principles that support it; In the second chapter the family Power and the institute of the Guard, the responsibility of the parents and the parental alienation were focused; In the third chapter the cases were found, and the arguments that favored the parents in the decision of the magistrates were identified and listed; Finally, in the final considerations, besides presenting the answers that were found to the proposed objectives, some reflections about the study were made. It is believed that the issue of custody still lacks, but mainly awareness, attitude and affection on the part of parents, mothers and the whole family.

**Keywords:** Family. Child. Teenager. Guard. Progenitors.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1. A FAMÍLIA .....</b>	<b>19</b>
<b>1.1 A formação histórica da Família.....</b>	<b>19</b>
<b>1.2 A Constitucionalização da Família.....</b>	<b>21</b>
1.2.1 As Famílias na Contemporaneidade .....	23
<b>1.2.2 Família Matrimonial.....</b>	<b>25</b>
1.2.3 Família Monoparental .....	25
1.2.4 Família Homoafetiva.....	26
1.2.5 Família Parental ou Anaparental.....	26
<b>1.3 Os Principais Princípios da Família .....</b>	<b>27</b>
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	28
1.3.2 Igualdade Jurídica dos Cônjuges.....	28
1.3.3 Princípio da Afetividade .....	29
1.3.4 Proteção Integral a Criança, Adolescente, Jovens e Idosos .....	30
<b>2. O PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS MENORES .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 Do Poder Familiar.....</b>	<b>31</b>
2.1.1 Suspensão e Extinção do Poder Familiar .....	33
2.1.2 Da Perda do Poder Familiar .....	35
<b>2.2 Da Guarda dos Menores .....</b>	<b>36</b>
2.2.1 Da Guarda Unilateral .....	37
2.2.2 Do Direito de Visita .....	39
2.2.3 Da Guarda Compartilhada.....	40
<b>2.3 Da Responsabilidade Civil no Direito de Família.....</b>	<b>42</b>
<b>2.4 Da Alienação Parental .....</b>	<b>44</b>
<b>3. AS DECISÕES JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO GENITOR: ESTUDO DOS JULGADOS EM MATO GROSSO DO SUL.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1 Caso Um (Pedido De Guarda Compartilhada): Provido .....</b>	<b>47</b>

<b>3.2 Caso Dois (Pedido De Modificação De Guarda Em Favor Da Mãe): Não Provido .....</b>	<b>48</b>
<b>3.3 Caso Três (Pedido De Modificação De Guarda Em Favor Da Mãe): Não Provido .....</b>	<b>49</b>
<b>3.4 Caso Quatro (Pedido De Guarda Em Favor Do Pai): Provido .....</b>	<b>50</b>
<b>3.5 Caso Cinco (Pedido De Guarda Em Favor Do Pai): Provido .....</b>	<b>51</b>
<b>3.6 Caso Seis (Pedido De Guarda Em Favor Do Pai E Da Avó): Provido ..</b>	<b>53</b>
<b>3.7 Caso Sete (Pedido De Guarda Em Favor Do Tio): Provido .....</b>	<b>54</b>
<b>3.8 AS RAZÕES DE FUNDO: o afeto, a consciência, o cuidado e a dedicação .....</b>	<b>55</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

As crianças e os adolescentes de hoje serão os adultos e cidadãos de amanhã. Como adultos certamente buscarão ser felizes, conviver em harmonia com os outros, relacionar-se com serenidade, respeito e amor em seus círculos familiares, profissionais e de amizades, tudo o que os adultos de bem, de hoje, tentam realizar. Como cidadãos darão continuidade à sociedade, contribuindo para a maximização da qualidade de vida social e a minimização dos seus problemas. Este é o ideal de formação para o ser humano e cidadão, todavia, tal ideal só poderá ser minimamente atingido se houver uma base de sustentação e formação. Esta base sempre foi e continua sendo a instituição denominada de família: grupo de pessoas unidas pelo parentesco e apoio material, intelectual, afetivo, psicológico, emocional e social mútuo.

Todavia, as incontáveis transformações da sociedade levaram muitas famílias a viverem uma realidade complexa, difícil e nem sempre feliz e saudável de existência. A infelicidade conjugal e de relacionamentos amorosos, cujas origens são as mais diversas, tem levado, cada vez mais, casais que juraram amor, fidelidade e apoio mútuo incontestemente, para todos os dias de suas vidas a quebrarem tais promessas. Em meio a esse mar de desilusões, decepções e sofrimentos de todas as ordens, as pessoas tentam, desesperadamente, reconstruir suas vidas, na ânsia de serem felizes, o que muitas vezes conseguem.

Entretanto, na maior parte dos casos existem outras pessoas envolvidas, que nada tem haver com as separações e que terão suas vidas marcadas para sempre em razão das decisões de seus pais: os filhos, principalmente os menores de idade, que repentinamente se vêem privados de seus direitos, lares, do amor, do cuidado, do apoio daqueles que lhes tem a obrigação de propiciar tudo isto, muitas vezes tornam-se as maiores vítimas de longas e penosas batalhas judiciais, que só lhes causam traumas, infelicidade e sofrimento.

O legislador brasileiro, bem como os tribunais tem feito o possível para evitar ou pelo menos minimizar todo esse sofrimento para as crianças e os adolescentes que se veem nesta situação. Leis, acordos, estudos, decisões são pensadas, promulgadas, realizadas para solucionar conflitos que envolvem sentimentos, formação humana, sustentação e apoio moral, material, intelectual, psicológico, dentre outras coisas e garantir que essas “pessoas em formação” possam usufruir de seus direitos, possam ser respeitadas em sua dignidade, tuteladas em sua fragilidade, mas, infelizmente, nem sempre tal intento é efetivado.

Por estas e outras razões, o instituto da Guarda dos filhos é objeto permanente de estudos e de aperfeiçoamento legal.

A preocupação com as crianças e os adolescentes que não podem ficar abandonados com a dissolução das uniões entre casais, deu ensejo a diversos arranjos jurídicos ao longo dos tempos e, até recentemente, a ideia de que os filhos menores deveriam ficar sob os cuidados e a responsabilidade das mães prevaleceu, mormente em razão da habilidade que as mulheres demonstraram para realização de tal mister e porque aos homens sempre coube a função de provedores das famílias.

Todavia, o mundo, a sociedade e as famílias mudaram e atualmente o homem já não é mais o “chefe”, “o cabeça”, “o provedor” da família, e nem todas as mulheres demonstram “habilidades”, “competências” e “devoção” à família como outrora. E os “perdedores” nesse contexto são os filhos.

Atentos à tais configurações sociais, o estudioso do direito, o legislador e o julgador encontraram no afeto, na igualdade de responsabilidade, na ideia de que os infantes precisam de proteção integral e de que seus melhores interesses devem prevalecer sobre quaisquer outros, e de quem quer que seja, as razões, argumentos e fundamentos para decidirem que essas crianças e adolescentes deverão ficar sob a guarda do genitor que melhor condição tem para propiciar àqueles tudo o que lhes for de direito: seja o pai, ou mãe, ou outro parente.

Nessa esteira, a guarda dos filhos menores, que antes era tradicionalmente outorgada à mãe, passou a ser concedida ao pai, também, ou a parente próximo que apresente os requisitos acima mencionados.

Tudo isto é muito recente no Brasil e pode-se afirmar que foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que essa transformação se pôs em andamento, com a sua confirmação em Leis posteriores como o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e com a Lei da Guarda Compartilhada de 2014.

Quase três décadas depois, ainda não foi possível verificar a efetividade dos ideais dos estudiosos do direito, legisladores e julgadores, qual seja, o de atribuir ao genitor que melhor condições para criar seu filho a responsabilidade da guarda, seja este o pai ou mãe ou outro parente. E se questiona: as decisões em sede de guarda ainda são prevalentemente concedidas às mães? Os pais têm buscado lutar para terem seus filhos junto de si? Houve aumento quantitativo de decisões de guarda favoráveis aos pais? Como é o cenário sul-matogrossense, em relação à concessão de guarda para os pais em detrimento das mães? Que razões apresentam os magistrados em suas decisões, quando as concedem em favor do genitor?

Para responder as inquietações acima expostas propõe-se os seguintes objetivos: a) geral: descrever sucintamente a instituição legal da família, do poder familiar e da guarda; b) específicos: 1) investigar, quantificar e elencar os julgados do Tribunal de Justiça do Estado

de Mato Grosso do Sul, cuja guarda foi concedida ao pai no período entre 2010 e 2016; 2) identificar os argumentos utilizados pelos magistrados nas suas decisões que determinaram a opção favorável ao progenitor; 3) enumerar os principais argumentos, os que se fazem presentes em todas as decisões.

Supõe-se que em Mato Grosso do Sul, poucos pais tem enfrentado as batalhas judiciais na busca pela detenção da guarda de seus filhos; que a maior parte dos magistrados e desembargadores tem buscado na medida do possível aplicar os preceitos das novas legislações em vigor e assim, quando possível, atribuam a guarda aos pais que as requisitam e que se encontram em melhores condições que as mães; que as razões que fundamentam suas decisões sejam o afeto e as condições morais, materiais, psicológicas, intelectuais, etc, que melhor é demonstrada pelo pai ou mãe ou outro. Tais hipóteses, ao final serão confirmadas ou não.

A pesquisa é de cunho bibliográfico e documental-legal.

Toda pesquisa tem que ser, em sua base e por excelência bibliográfica. Isto porque nenhuma temática parte do nada, sempre haverá um ponto de partida, a pesquisa anterior, aquilo que já se estudou e escreveu sobre o assunto e que serve de cenário, pano de fundo, de roteiro e compreensão das ideias sobre as quais se parte, as chamadas “categorias de base”, para a inserção de novos elementos, que justamente são as inovações da nova pesquisa.

Neste caso, se partiu das ideias, pesquisas, ensinamentos dos doutores do direito que se dedicaram ao estudo do conjunto de normas, doutrina, jurisprudência, costumes etc, denominado de Direito de Família, compostos, dentre outros, dos institutos do matrimônio, dos tipos de família, do poder familiar e da Guarda em suas diversas configurações. Os principais autores que embasam este estudo são: Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Roberto João Elias, Pablo Stolze Gagliano, Paulo Lobo, Semy Glanz, Silvio de Salvo Venosa e Carlos Roberto Gonçalves, cujas obras foram fichadas e, posteriormente, confrontadas e entrelaçadas à medida em que se foi construindo o texto do relatório.

Como se pretendeu investigar um contexto real, regional e específico, no caso, as decisões proferidas em favor dos genitores em instância de guarda pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, e não se tendo acesso direto aos processos físicos ou digitais, utilizou-se a pesquisa em rede virtual na página do referido tribunal, cuja publicação em forma de EMENTA representa o extrato documental legal do caso sob judice.

Desse modo, o trabalho de pesquisa se deu, por meio da leitura dessas publicações a partir do mês de Janeiro de 2010 até o mês de junho de 2016, em que se identificou, fichou e se classificou os principais argumentos utilizados nos casos em que as decisões de guarda

foram favoráveis aos pais. A escolha do período pesquisado (2010-2016) se deu em razão de que pretendeu-se investigar os últimos cinco anos, vez que acreditava-se que, após o advento da CF/88, do ECA/90 e da Lei de Guarda Compartilhada/2014, com todas as suas inovações, as decisões em sede de Guarda já teriam surtido maiores efeitos, ou que haveria um quantitativo maior de concessão de guarda aos progenitores.

Isto posto, elaborou-se o presente relatório de pesquisa denominado de Trabalho de Conclusão de Curso que foi desenvolvido da seguinte forma: no primeiro capítulo descreveu-se sucintamente a instituição legal da família, no decorrer do tempo histórico, com suas diversas mudanças e configurações, bem como explicou-se os princípios contemporâneos que a sustentam; no segundo capítulo focou-se o Poder familiar e o instituto da Guarda, além da responsabilidade dos pais e da alienação parental, vez que tais figuras jurídicas guardam entre si relações intrínsecas; no terceiro capítulo apresentou-se os casos encontrados, identificou-se e elencou-se os argumentos que pesaram em favor dos pais quando da decisão dos magistrados; por fim, nas considerações finais, além de apresentar as respostas que foram encontradas aos objetivos propostos teceu-se algumas reflexões acerca do estudo.

Acredita-se que a questão da guarda de filhos menores esteja ainda e, infelizmente, carecendo de estudos para aperfeiçoamento deste instituto, mas principalmente tal questão carece de consciência, atitude e afeto por parte de pais, mães e de toda a família mais próxima, para que as crianças e adolescentes possam seguir seu desenvolvimento em paz, segurança e com amor.

Em uma breve análise sobre o histórico da guarda observa-se que a separação dos cônjuges, não se remete na separação de pais e filhos, mas não é essa maneira que o Código Civil de 1916 tratava a situação, pois não era observado o direito da criança o que de fato seria efetivo para o seu melhor interesse, visava dessa forma punir o cônjuge que tivesse dado o motivo da separação, ficando o menor com o cônjuge que não tivesse culpa, concedendo-lhe assim a guarda do filho.

Nesse sentido, a Constituição Federal em seu Art. 227 dispõe de ampla segurança em relação à pessoa da criança, adolescente e ao jovem, incluindo-se neste rol o direito a liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Desta forma, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sob a ótica de melhores condições para criança e adolescente visando o melhor interesse para os menores, embasado no princípio base da Constituição a Dignidade da Pessoa Humana. Diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, deve-se observar agora como requisito para

concessão da guarda, o genitor que revele melhores condições para exercê-la, como também sua aptidão para proporcionar ao filho afeto e cuidados.

Cabe destacar que, em casos de separação dos cônjuges não havendo consenso entre os mesmo sobre a guarda dos filhos menores caberá ao magistrado, conceder a guarda a um dos genitores analisando a situação sob a perspectiva do melhor interesse do menor, sendo reconhecida essa situação no ordenamento jurídico como guarda unilateral.

Doutrinariamente observa-se que, a preferência é pela guarda compartilhada, porém o fundamento utilizado era de que não havia disciplina legal no ordenamento jurídico para esta prática. No entanto, eis que criam a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, regulamentando a Guarda Compartilhada, uma vez que, seus fundamentos são de ordem constitucional e psicológica, com o intuito de garantir o melhor interesse do menor.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é abordar a evolução do conceito de família, bem como elucidar os dispositivos de lei e a conceituação dos variados modelos de guarda, para então, tratar propriamente do tema em face das decisões dos magistrados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi de cunho bibliográfico. Os dados foram coletados por meio de levantamento bibliográfico sobre a temática realizada. Foi objeto do referido estudo a revisão bibliográfica através de consultas em livros, artigos, pesquisas, resenhas e bancos de dados informatizados nas bibliotecas em relação ao tema.

A justificativa do trabalho reside justamente na necessidade de se analisar decisões pautadas nos fundamentos jurídicos e doutrinários utilizados pelos magistrados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para a concessão da guarda do menor, preocupando-se dessa forma com o afeto e bem estar social da criança e adolescente, preocupação esta que se justifica pelo motivo de que decisões tão relevantes como essas podem definir o cidadão de amanhã que cada criança se tornará. Certo é que, por mais relevante que seja o tema, não é suficiente as pesquisas e a produção bibliográfica na área. Justifica-se, ainda, na necessidade de estar sempre atento aos valores inerentes aos laços familiares, a fim de não permitir a perda do afeto familiar.

Nessa visão, para obter nosso objetivo apresentaremos no primeiro capítulo um breve apanhado da evolução da família, desde sua a origem até os dias atuais, bem como do casamento como instituição familiar e ainda considerações acerca do poder familiar, elencando alguns princípios fundamentais assegurados constitucionalmente de proteção a criança e ao adolescente, esclarecimentos necessários para o entendimento do assunto.

No segundo capítulo, por sua vez, trataremos da proteção dada à criança e o adolescente, abordando a conceituação dos tipos de guarda, destacando a importância do Poder Familiar para a construção social da criança e adolescente, demonstra-se ainda a responsabilidade civil pelo motivo do abandono familiar, bem como a caracterização e prejuízo provocado pela alienação parental.

Feitas essas considerações, passaremos, então, ao terceiro e último capítulo que tem como título, Análise de Julgados. Neste capítulo trataremos dos fundamentos utilizados pelo magistrado para a concessão da guarda do filho menor quando os genitores encontram-se em conflito na decisão de permanência do menor, bem como discutir o reflexo da importância que o afeto familiar proporciona na formação e construção social da criança e do adolescente.

Mister se faz lembrar, ademais, que não temos a pretensão de apresentar no presente estudo uma solução para a carência de amor e afeto encontrado nas famílias atuais, muito menos dizer qual a medida cabível para a eliminação deste problema, apesar de entendermos que muito se tem feito no sentido de amenizar este conflito, como, por exemplo, a criação da Lei da Guarda Compartilhada, para amenizar a carência do filho em relação ao contato com ambos os pais.

Por fim, proceder-se-ão as considerações finais da presente pesquisa.

# 1. A FAMÍLIA

## 1.1 A formação histórica da Família

Definir o termo família não é tarefa fácil, mormente na atualidade, e mesmo porque a família é uma instituição que se originou de modo complexo e ganhou contornos diferentes a cada época histórica.

Para Silvio de Salvo Venosa (2013, p.01):

A conceituação de família oferece de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação do seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão desta compreensão difere nos diversos ramos do direito.

Conforme relata Engels (1997 apud VENOSA, 2013, p.3), a família em seu estado primitivo não se fundava em relações individuais, pois:

[...] no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e a educava.

Desta forma Venosa (2013, p.3), defende a ideia de que, no curso da história, o indivíduo passou a buscar relações individuais surgindo, assim, uma estrutura familiar monogâmica, ensejando o poder paterno e ocasionando impulso na economia de produção.

Nessa busca da estrutura familiar monogâmica “o casamento era obrigatório, sua finalidade não era o prazer, mas sim a união de duas criaturas que ensejavam a felicidade ou sofrimentos da vida, com base na religião e nas leis este enlace visava unir seres do mesmo culto doméstico para dar origem a um terceiro.” (COULANGES, 2006, p.73)

Ainda nos ensinamentos de Fustel de Coulanges (2006, p.57), o princípio da família se dava por meio da religião e não pelo afeto natural, uma vez que:

O princípio da família antiga não é apenas a geração. Isso pode ser provado pelo fato de a irmã não ser na família o mesmo que o irmão; também o filho emancipado ou a filha casada deixam de fazer parte da família por completo; enfim, muitas disposições importantes nas leis gregas e romanas, que teremos ocasião de examinar mais adiante, nos induzem a pensar assim. O princípio da família não é mais o afeto

natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento.

Nesse diapasão, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.24), ensina que “o *pater familias* era a autoridade máxima da família, em relação aos filhos exercia o direito de vida ou morte chegando a impor-lhes castigos e penas corporais, a esposa era totalmente subordinada ao poder marital e ainda podia ser repudiada por ato unilateral do marido.”

Na busca de um conceito atual, Venosa (2013, p. 2) define a família no seu sentido amplo e restrito:

Desse modo, importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, **o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar**. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. (grifo nosso)

Com o surgimento da família houve a necessidade da criação de normas que protegesse e regulasse suas relações, Beviláqua (1997 apud VENOSA, 2013, p. 9), definiu da seguinte forma o reconhecimento do direito de família:

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Assim, a estruturação jurídica da família foi se consolidando, paulatinamente. Primeiro, o que prevalecia era o culto religioso, tendo o pai um poder soberano no seu lar, a esposa não usufruía de liberdade e tudo o que fazia era em função do lar e do culto. Os filhos deviam ao pai extremo respeito e obediência, ao se casarem passavam a construir um novo lar, com outro culto religioso não prevalecendo mais os direitos de sua família nuclear. Com o decorrer dos tempos a transformação nas relações familiares foi se sedimentando, o que nos dias de hoje refletiu, positivamente, com inúmeras conquistas e reconhecimentos.

## 1.2 A Constitucionalização da Família

Conforme demonstra Silvio de Salvo Venosa (2013, p.14-15), até o século XIX os códigos elaborados foram baseados na família da Antiguidade, a mulher não possuía os mesmos direitos que os homens, e o marido ainda era visto como o chefe, o representante da sociedade conjugal.

De acordo com Maria Berenice Dias (2011, p.30), o Código Civil de 1916 estabelecia que a família fosse constituída unicamente pelo matrimônio, impedindo ainda, a dissolução desta, e discriminava pessoas unidas sem casamento, como também os filhos destas relações.

Muito bem lembrado por Venosa (2013, p. 6), com base no pensamento de Gilberto Freire, o Código Civil Brasileiro de 1916 foi dirigido para a maioria das famílias da “Casa-Grande” esquecendo, assim, daquelas que povoavam a Senzala, e embora fosse um código bem elaborado, socialmente nascera defasado, porque não levou em consideração a realidade da época.

Como demonstra Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22), estava expresso no Código Civil de 1916 a proibição do reconhecimento de filhos fora do casamento: “O art. 358 do mencionado Código Civil de 1916 proibia, no entanto, expressamente, o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos”.

Em 1989, a Lei n.7.841 revogou esse artigo e depois a Constituição Federal de 1988 proibiu, no art. 227, § 6º, qualquer discriminação com relação à filiação, salientando a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento.

Nas palavras de Paulo Lobo (2011, p.33), a família constitucionalizada contemporânea, segue um modelo igualitário diferentemente da antiga, como assim transcreve:

O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do código civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, em seu artigo 226 ampliou o conceito de família, para reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre o homem e a mulher. ( VENOSA, 2013, p.9)

E é desta forma, como transcreve Francisco José Ferreira Muniz (1993 apud VENOSA, 2013, p. 16), que a família, à margem do casamento é bem consagrada pela Constituição de 1988:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

Neste sentido, Paulo Lobo (2011, p. 33-34) defende a ideia de que as constituições brasileiras passaram por uma fase transitória do Estado Liberal para o Estado Social como assim define:

As Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4º) com o seguinte enunciado: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”[...] Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez à referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Nota-se desse modo, que a família foi sendo valorizada e reconhecida no decorrer do tempo, pois passou de um modelo autoritário em que o detentor da família era o Pai “*pater familias*”, para um modelo igualitário em que são reconhecidos e valorizados nessa relação a figura da mulher e dos filhos. Essas mudanças são marcantes na sociedade brasileira, e delas outras decorrem que também mudam outras relações jurídicas, todas necessárias para a atualização jurídica ao dinamismo social hodierno, e só foram possíveis, graças à sensata decisão do legislador de chamar para a constituição essas diretrizes. As mudanças ainda não cessaram, pois há constantes transformações e definição de modelos familiares como será descrito a seguir.

### 1.2.1 A Família na Contemporaneidade

Como demonstrado observa-se que a família passou, e ainda passa por transformações sejam elas: social, política, econômica ou cultural. A família atual não é mais caracterizada pelo pátrio poder como antes, atualmente conceitua-se família pelo simples vínculo afetivo, desta forma se reconhece como instituição familiar, as relações monoparentais, matrimoniais, homoafetivas, modelos estes que foram sendo reconhecidos conforme as mudanças ocorridas na legislação.

É nos ensinamentos de Semy Glanz (2005, p.30), que se optou compreender a conceituação da família contemporânea:

**A família contemporânea pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (família nuclear).** Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental), uma só pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendente e colaterais, estes até o quarto grau, no Brasil, mas de fato podendo estender-se). (grifo nosso)

Da definição de Glanz fica claro que a família hodierna é aquela em que pessoas convivem ligadas por laços biológicos/sociais/psicológicos, independentemente de formalização legal, de sexo, de relações de parentesco ou afinidade legais ou de residência.

Para Ana Bock (2008, p.236, 238), há um tempo atrás, o modelo de família baseava-se no pai, mãe e prole. Seu objetivo era procriar e educar para o trabalho e a convivência social, mas na atualidade é atribuída a ela a função social de transmissão de valores, ou seja, educar as novas gerações de acordo com padrões dominantes e hegemônicos de valores e de condutas. Assim, a família de hoje educa para a adaptação aos contextos em permanente transformação.

Conforme ensina Paulo Lobo (2011, p. 18), a família da atualidade busca sua identificação na solidariedade e possui como base o fundamento da afetividade, a família de hoje visa o indivíduo e não mais o grupo familiar o qual produzia renda e servia como respaldo para velhice.

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um “vínculo afetivo” a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mutuo. (DIAS, 2011, p. 42)

Conforme dispõe Ana Bock (2008, p. 238), cabe ressaltar a grande importância que a família possui no que diz respeito ao indivíduo e a cultura:

A família, do ponto de vista do indivíduo e da cultura, é um grupo tão importante que, na sua ausência, dizemos que a criança ou adolescente precisa de uma “família substituta” ou deve ser abrigado em uma instituição que cumpra as funções materna e paterna, isto é as funções de cuidado e de transmissão de valores e normas culturais – condição para sua posterior participação na coletividade.

Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 5), neste sentido, muito bem demonstra a importância que possui outras instituições no seio familiar:

Atualmente, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares e das corporações de ofício. A educação cabe ao Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não mais é ministrada em casa e a multiplicidade de seitas e credos cristãos, desvinculados da fé originais, por vezes oportunistas, não mais permite uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos têm sido assumidas pelo Estado.

Como explicita Venosa, hoje, as famílias não mais se ocupam pessoalmente da educação, transmissão de valores, de cultura, religião, ofícios, dentre outras coisas, mormente de suas crianças.

Hoje, a escola, sem poder e sem dever, tem arcado com muitas dessas responsabilidades, - e que fique bem claro, que entende-se que este não é o seu papel-, a Igreja tem tentado incutir a crença – o que também não é seu papel fundamental, vez que os filhos devem ser “levados” para a igreja pela família e não a igreja “arregimenta-los” para seu ambiente; os ofícios não mais são transmitidos de pai para filhos, porque estes escolhem livremente suas ocupações futuras e vão em busca de qualificação escolar ou profissional. Assim, a escola, a igreja e outras instituições têm buscado suprir muitas lacunas de responsabilidade das famílias para a formação das pessoas, todavia, entende-se que nada pode “substituir” a família.

É neste ensejo que Bock (2008, p. 239) mostra quão importante é o papel da família e de outras instituições em tempos atuais na formação das futuras gerações de crianças e adolescentes.

A família produz, em seu interior, a cultura que a criança internalizará. É importante considerar aqui o poder que a família e os adultos têm no controle da conduta da criança, pois ela depende deles para sua sobrevivência física e psíquica. (BOCK, 2008, p.240)

Tendo em vista a importância da família e o vínculo da afetividade, ao longo do século XX as transformações sociais alteraram a feição do direito de família brasileiro, e foi assim que surgiram os novos modelos familiares considerados hoje, os quais serão apresentados a seguir.

### 1.2.2 Família Matrimonial

É notório o reconhecimento da família matrimonial, aquela conhecida desde tempos passados e que se constituía com o matrimônio entre um homem e uma mulher, é o modelo de família tradicionalmente admitida perante as leis e a sociedade, apenas se aceitava a família advinda por um enlace matrimonial.

Como demonstra Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 4), os dogmas da igreja é que estabeleceram o que seria considerado como família, pois o cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o matrimônio como sacramento.

Para o cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, em face do interesse na procriação. E nesse entendimento reproduziu o legislador civil de 1916 o perfil da família então existente: **matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual**. (Dias, 2011, p. 44-45) (grifo nosso)

Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas do casamento [...] (GONÇALVES, 2012, p. 23)

Todavia, as transformações sociais e a necessidade de amparo, o surgimento do afeto entre as pessoas ocorridas ao longo, principalmente das últimas décadas demonstrou a necessidade do reconhecimento jurídico de outras formas familiares, além da matrimonial.

### 1.2.3 Família Monoparental

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 23), com a Constituição de 1.988 o conceito de família se transformou abrangendo outras conjugações de relações passando a integrá-lo as relações monoparentais, ou seja, a relação de um dos pais com os filhos.

Maria Berenice Dias (2011, p. 48), sobre o instituto afirma que a Constituição Federal de 1988:

[...] ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4º).Tais entidades

familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais da titularidade do vínculo familiar.

Na atualidade, o que se observa é que este é o tipo de família mais comum. Isto se dá em razão da frequente separação de casais, cuja consequência é, em geral, que os filhos permaneçam na companhia de um dos genitores, normalmente da mãe, dando origem ao que se denomina “família monoparental”, justamente porque os filhos passam a conviver muito mais com um dos ex-cônjuges.

Este tipo de família também é aceito pela sociedade e pela igreja, mormente quando o cônjuge que “fica” com as crianças não contrai outro matrimônio.

#### 1.2.4 Família Homoafetiva

A família Homoafetiva é aquela constituída por duas pessoas do mesmo sexo que convivem como um casal. Como explica Silva (2009, p. 10), de início as relações homoafetivas eram vistas pelos magistrados como inexistentes, mas, devido o aumento de demandas que versam em face de casais homossexuais, foram obrigados a rever suas decisões.

Para todo vínculo que tenha por base o afeto não se pode deixar de conferir *status* de família, vez que também é merecedora de proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2011, p.47)

Desta forma, conforme explica Maria Berenice Dias (2011, p. 48), sendo as uniões homoafetivas reconhecidas como entidades familiares, as ações destas deverão tramitar na Vara da Família.

Esse tipo de família, ainda não é muito bem acolhida, tanto pela sociedade, quanto pela a igreja, que condenam as uniões entre pessoas do mesmo sexo por inúmeras razões.

#### 1.2.5 Família Parental ou Anaparental

Em decorrência do Princípio da Afetividade do Direito de família, considera-se ainda, como instituição familiar, aquela que se constituiu devido a convivência entre parentes ou pessoas que ainda que não parentes, se incluem dentro de uma estruturação familiar, com identidade e propósito familiar. Este tipo de família deve ser reconhecida por família parental ou anaparental. (DIAS, 2011, p. 48)

Como demonstra Lobo (2011, p. 87), há julgados do Supremo Tribunal Federal reconhecendo este modelo de família:

Veja-se o seguinte julgado (REsp 159.851) “Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n. 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles.

O exemplo acima ilustra bem a família parental, vez que irmãos que convivem num mesmo imóvel com o ânimo e o afeto familiar gozam inclusive no campo dos Direitos das Coisas, de proteção estatal, haja vista a decisão ter sido no sentido da impenhorabilidade.

Assim, observa-se o quanto os avanços no reconhecimento e na legislação brasileira da família se tornaram de extrema positividade. A família passou, da antiguidade em que imperava o autoritarismo e individualismo da figura do pai, para o reconhecimento do papel de cada membro da família, ainda deixando de lado aquela ideia retrógrada de família por união de cultos religiosos e passou para o reconhecimento por meio da afetividade e solidariedade surgindo vários modelos familiares além dos tradicionais existentes patriarcal e matrimonial.

A formação dos filhos deixou de ser realizada por meio das corporações de ofício que passou esse papel para o Estado e outras instituições de cunho privado, e juntamente com a família tornam-se responsáveis pela educação e recreação das crianças e adolescentes.

### **1.3 Princípios da Família**

É com base no novo modelo de família, consequência das grandes transformações sociais, que o legislador buscou estabelecer princípios basilares perante a legislação e a sociedade. Essas mudanças visaram assegurar às famílias, a harmonia e a boa convivência. Nesse sentido, também os princípios da família também mudaram buscando adequar-se ao novo direito de família contemporânea.

### 1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Família

É de Kant a definição de dignidade (1986, apud LOBO, 2011, p.61) fundamental na sociedade brasileira, para a orientação de todas as instituições:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Seguindo este pensamento, o Princípio da dignidade humana é violado por todo ato, conduta ou atitude que venha coisificar a pessoa, ou seja, fazendo-lhe comparação a uma coisa disponível ou a um objeto. (LOBO, 2011, p.61)

Para Maria Berenice Dias (2011, p.63), o Direito das famílias está umbilicalmente ligado aos Direitos humanos, que têm por base o Princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer.

De acordo com Gustavo Tepedino (2012 apud GONÇALVES, 2012, p.18), devido a proteção da instituição familiar como unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos dá lugar a tutela da dignidade de seus membros, principalmente no que se trata do desenvolvimento da personalidade dos filhos.

No entanto, conforme Maria Helena Diniz (2010, p.23), este é o princípio que constitui a base da comunidade familiar (seja ela biológico ou sócio afetivo), possuindo como parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

### 1.3.2 Igualdade Jurídica dos Cônjuges

Com fundamento no Princípio da dignidade da pessoa humana, o qual assegura o direito de cada membro da família, o Princípio da Igualdade dos Cônjuges vem estabelecer a igualdade entre o homem e a mulher na relação matrimonial, o que não se via na antiguidade.

Paulo Lobo (2011, p. 67), afirma que este princípio vem regular as principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi histórica, entre os cônjuges, filhos e a instituição familiar:

O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O §6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O *caput* do art.226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.

Seguindo o que dispõe Gonçalves (2012, p. 19), o aludido dispositivo acaba com o poder marital, e com a função restrita da mulher às tarefas domésticas e a procriação, pois o patriarcalismo não se enquadra na época atual, em que os avanços tecnológicos estão diretamente vinculados à mulher.

Conforme estabelece Dias (2012, p.47), a própria organização e direção da família repousam no princípio da igualdade:

A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (CC 1.567). São estabelecidos deveres recíprocos e atribuídos igualmente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566).

Contudo, entende-se que o Princípio da igualdade é o alicerce para o estabelecimento do convívio conjugal, em que homens e mulheres gozam de mesmo direito, fazendo-se extinguir o poder marital encontrado no perfil familiar da antiguidade.

### 1.3.3 Princípio da Afetividade

O Princípio da Afetividade recebeu grande impulso dentre os valores consagrados pela Constituição de 1988 e resultou dos avanços da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. (LOBO, 2011, p.70)

Para Dias (2011, p.70), tal princípio significa que a afetividade que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico, o mesmo faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.

Conforme demonstra Lobo (2011, p. 72), a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade, neste sentido a família recuperou sua função: ser unida por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Desta forma, nas palavras de Dias (2011, p. 71-72), compreende-se que este princípio passou a fazer parte das cogitações dos juristas buscando explicar as relações familiares contemporâneas, concluindo assim que seja este o princípio norteador do direito de família.

#### 1.3.4 Da Proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos.

Como demonstra Lobo (2011), este princípio parte da concepção de ser a criança e os adolescentes sujeitos de direitos, e não “objetos” de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os menores.

Nota-se, como explica Dias (2011), que o Estatuto da Criança e Adolescente rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, objetivando conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para gozar de forma plena seus direitos fundamentais.

É de se ressaltar que nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode ser considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança e adolescente. (LOBO, 2011, p.76)

Contudo, Lobo (2011) ensina que este princípio não é uma recomendação ética, e sim uma diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

Conclui-se que, este princípio traz em seu bojo uma atenção redobrada à criança e ao adolescente, vez que antes, não se levava em consideração o que seria de melhor interesse para elas levando-as à coisificação em meio às disputas litigiosas. Depois da disposição deste princípio, nos dias de hoje, leva-se em consideração a melhor conveniência para criança, o que permite que estas possam avançar como cidadãos de direitos, deveres e ética.

## 2. O PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS MENORES

### 2.1 Do Pátrio Poder

Como ensina Elias (1999), o conceito de Pátrio Poder na modernidade é diferente do entendimento obtido antes do advento do Cristianismo, pois ainda entre os Romanos, o instituto representava para os seus titulares um poder absoluto, inclusive de vida e morte sobre os filhos.

Venosa (2013, p.313) explica, que além de o Pátrio Poder ser eminentemente religioso não existia limite para esse poder:

Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o pater familias é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. De fato, sua autoridade não tinha limites e, com frequência, os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos. O pater, sui juris, tinha o direito de punir, vender e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a este extremo.

Por sua vez, May (1901 *apud* ELIAS 1999, p.11) demonstra que o Pátrio Poder, a partir do segundo século foi perdendo o seu caráter abusivo de poder:

Gaston May observa que, a partir do segundo século, o poder de vida e morte foi retirado do pai, restando apenas um direito de correção, sendo que uma constituição de Justiniano libera o filho do Poder Paternal. Ademais, a venda de filhos foi proibida por Diocleciano.

De acordo com ensinamento de Dias (2011, p. 423), o Código Civil de 1916 conferia o Pátrio Poder exclusivamente ao marido:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao **marido** como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à **mulher** e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393).

Como explica Elias (1999), gradativamente foi sendo modificada as características desse Poder, de maneira que hoje resta um direito que é o de exercer determinadas funções, possuindo como objetivo a proteção dos filhos.

Conforme explica Lobo (2011), no decorrer do século XX foi sendo transformado o instituto, pois o mesmo foi acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária, a qual era voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos, para que assim se constituísse um *múnus*<sup>1</sup> que ressaltasse também os deveres.

Para Dias (2011), o Estatuto da Criança e do Adolescente acompanhou a evolução das relações familiares, o qual fez com que o instituto deixasse de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, contendo mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos, do que direitos em relação a eles.

Nesse sentido, Rizzardo (1994 *apud* VENOSA, 2013, p.313) observa que:

Atualmente, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não são mais vistos como esperança de futuro auxílio aos pais. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, e sim um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei.

Para Silva (1995), o Pátrio Poder é um instituto de natureza híbrida, onde se mescla os direitos e obrigações que são conferidos aos pais pelo ordenamento jurídico, sejam eles solteiros, casados, viúvos, separados ou divorciados, trata-se de um direito protetivo instituído por lei em favor do filho.

Como bem demonstra Dias (2011, p.424), “O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de **poder-função** ou **direito-dever**, consagradora da **teoria funcionalista** das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”.

Para Teixeira (2009 *apud* DIAS, 2011, p.425), a autoridade Parental é o meio que proporciona os direitos fundamentais aos filhos, conduzindo-os à autonomia responsável.

Desta forma Lobo (2011, p.298), destaca alguns deveres estabelecidos na constituição dos pais em relação aos filhos:

Extrai-se do art. 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família — *a fortiori* ao poder familiar — em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Por seu turno, o art.229 estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Evidentemente, tal conjunto de deveres

---

<sup>1</sup>Múnus: encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir.

deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho.

Com o **princípio da proteção integral** de crianças e adolescentes surgiu uma nova configuração ao poder familiar, tanto que os deveres que lhes são inerentes configuram em infração susceptível à pena de multa (ECA 249). (DIAS, 2011, p. 425)

Como descreve Elias (1999) é dever dos progenitores em primeiro momento, dirigir a criação e educação do filho, sem o qual este não sobreviveria, pois caso ocorra descumprimento de tal dever, o faltoso estará sujeito a sanções das leis civil e penal, e em consonância com o Código Penal, os pais poderão responder pelos delitos de abandono material, abandono moral e intelectual (arts. 244 a 246 do CP).

Neste contexto, Monteiro demonstra a importância dos genitores (1994 apud ELIAS, 1999, p.35), pois é função destes zelar pela formação dos filhos, para torná-los úteis a si, à família e à sociedade.

Nesse diapasão, Carvalho (1995 *apud* VENOSA, 2013, p. 313-314) define pátrio poder como "o conjunto de atribuições, aos pais cometidos, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais".

Conclui-se, então, que o Pátrio Poder era visto na antiguidade como um instituto concentrado na figura do pai, este tinha total poder sobre seus filhos e sua família, inclusive o poder de decidir sobre a vida e morte dos filhos, com o decorrer dos tempos e os avanços familiares foi se observando que o Pátrio Poder é muito mais que um poder do pai, mas sim um poder da família, - daí a nova denominação de "poder familiar"-, inclusos pai, mãe e ou outros responsáveis pelos menores, e que é a concentração de direitos e deveres que os pais devem proporcionar aos filhos, conduzindo-os assim para uma formação ética e a construção de seres sociais.

### 2.1.1 Suspensão e Extinção do Poder Familiar

No que tange à Suspensão e Extinção do Poder Familiar, o Estado deverá intervir, quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, utilizando-se de comportamento que possa prejudicar o filho. (DIAS, 2011, p. 433)

De acordo com Silva (1995), sempre que os genitores, por dolo ou culpa, deixarem de cumprir as tarefas impostas pela legislação específica, ficarão implacavelmente sujeitos às penas de suspensão dos direitos/deveres do poder familiar.

Desta forma Lobo (2011, p.306) explica que, “a extinção não se confunde com a suspensão, que impede o exercício do poder familiar durante determinado tempo. Esta última leva à extinção, ainda que por causas distintas, de rejeição do direito, ao contrário da extinção propriamente dita”.

Nesse contexto Dias (2011, p. 435), demonstra que, “representa a suspensão do poder familiar medida **menos grave**, tanto que se sujeita a **revisão**. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos”.

Como descreve Venosa (2013, p.327), está na lei algumas hipóteses para extinção do Poder Familiar, como:

"Art. 1635: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 1638”.

Nesse diapasão, Lobo (2011, p.306-307) menciona hipóteses legais para a suspensão do Poder familiar:

São quatro as hipóteses legais expressas de suspensão do poder familiar dos pais, a saber: a) descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes; b) ruína dos bens dos filhos; c) risco à segurança do filho; d) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza do poder familiar. Não é preciso que a causa seja permanente. Basta um só acontecimento, que justifique o receio de vir a se repetir no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres, para ensejar a suspensão. Por exemplo, quando o pai, tendo bebido, quis matar o filho, ou quando, por total irresponsabilidade, quase levou à ruína os bens do filho.

Ainda nas lições de Lobo (2013, p.307): “Cabe salientar que se tratando do interesse dos filhos e da convivência familiar, a suspensão só deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não produza o efeito desejado, no interesse da segurança e dos haveres do menor”.

Contudo, observa-se que a suspensão do poder familiar são situações ocasionadas de forma menos gravosa, esta pode ainda ser revista e os pais podem retomar a sua função do poder familiar, já a extinção do poder familiar são situações ocasionadas por meios mais gravosos, sendo praticamente impossível a restituição do poder familiar aos pais, como

exemplo tem-se a hipótese em que os pais colocam em risco a integridade física do filho, ou hipóteses em que os pais não cumprem com os deveres que lhes são inerentes.

### 2.1.2 Da Perda do Poder Familiar

Em relação à perda do poder familiar, Silva (1995) explica que esta é também conhecida por inibição ou cassação do poder familiar, é esta uma medida extremamente drástica, aplicável somente quando presentes determinadas situações sendo elas de excepcional gravidade.

Como bem demonstra Dias (2011, p.436), estão no artigo 1638 do Código Civil as hipóteses da perda do Poder Familiar, sendo elas:

Judicialmente, perde-se o poder familiar quando comprovada a ocorrência de:  
 I-Castigo imoderado;  
 II-abandono;  
 III-prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; e  
 IV-reiteração de falta aos deveres inerentes ao poder familiar

Neste mesmo, sentido Lobo (2013), esclarece que por lesões aos deveres de manutenção, segurança e saúde do filho, perde o poder familiar aquele genitor que for consumidor de bebidas alcoólicas ou viciado em drogas, uma vez que este comportamento leva a condutas contrárias à moral e aos bons costumes do menor.

Desta forma ensina Rodrigues (1999 apud VENOSA, 2013, p.330-331), que a suspensão ou a perda do poder familiar é considerada mais um ato em prol dos menores do que um ato punitivo aos pais, uma vez que, os menores ficam afastados da presença nociva destes atos.

É de extrema importância salientar que a falta de recursos materiais não caracteriza motivo concreto para perda ou suspensão do poder familiar:

O art. 23 do ECA estabelece que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Em primeiro lugar, são os laços de afetividade e o cumprimento dos deveres impostos aos pais que determinam a preservação do poder familiar. Em segundo lugar, pobreza não é causa de sua perda forçada, porque o prevailecimento das condições materiais seria atentatório da dignidade da pessoa humana. (LOBO, 2013, p.310)

No entanto, conforme explica Comel (2003 apud DIAS, 2011, p.436), “a perda da autoridade parental por ato judicial (CC 1638) leva à sua extinção (CC1635, V), que é o aniquilamento, o término definitivo, o fim do poder familiar”.

Como demonstrado, compreende-se que a Perda do Poder familiar vem descrita, exemplificada no Código Civil em seu artigo 1.638, são hipóteses em que os pais atingem o ápice de gravidade em relação a manutenção da integridade e dos bons costumes dos filhos, são causas tão gravosas que provocam a perda deste poder.

## 2.2 Da Guarda dos Menores

Em relação a Guarda, esta é classificada como um atributo do poder familiar. Conforme estabelece o art. 1634, II, do Código Civil, compete aos pais manter os filhos menores em sua companhia e guarda (VENOSA, 2013, p.290).

Como bem explica Dias (2011, p.439), a legislação antiga tratava da guarda, em casos de separação dos cônjuges, como um prêmio concedido aquele que não possuía a culpa na separação:

Ocorrendo o **desquite**, os filhos menores ficavam com o cônjuge **inocente**. Nitidamente repressor e punitivo era o critério legal. Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado. Não ficava ele com os filhos. Eram entregues como **prêmio**, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole. Na hipótese de serem **ambos os pais culpados**, os filhos menores podiam ficar com a mãe, isso se o juiz verificasse que não acarretaria prejuízo de ordem moral a eles. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Estas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o **direito da criança**. (grifo nosso)

Pois bem lembra a Psicologia, que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegurava melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. (DIAS, 2011, p.441)

Assim, com base no entendimento doutrinário, atualmente em face da legislação, o juiz deve assegurar aos filhos o direito de contato permanente com os pais, conforme segue:

Quando os pais não chegarem a mútuo acordo, após a separação, acerca do modo de convivência que cada um entretecerá com os filhos comuns, deve o juiz assegurar a estes o direito de contato permanente com aqueles. Na perspectiva da psicologia, diz-se que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de ter a ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o

outro genitor. Com tais cuidados, deve o juiz oferecer oportunidade à criança de ser ouvida, sempre que entender necessário para seu melhor interesse, sem jamais levá-la à escolha difícil e traumática. (LOBO, 2011, p. 189-190)

Desta forma, afirma Dias (2011) que a definição da guarda era unipessoal, nos casos de separação, a lei impunha a necessidade de identificação sobre quem ficaria com a guarda dos filhos, estabelecendo ainda o regime de visitas.

Em contrapartida Lobo (2011), muito bem demonstra que a separação dos cônjuges, não significa separação de pais e filhos, o que se separa são os pais e não estes em relação aos filhos menores de 18 anos, e foi com o princípio do melhor interesse da criança, que nos dias de hoje prevalece os interesses destas em relação aos pais.

Além do mais, “dos genitores não se exige somente a satisfação das necessidades materiais, se exige também o cumprimento de índole espiritual, com vista à formação ética do filho”. (ELIAS, 1999, p.51)

Conforme demonstra Bittencourt (1984 apud ELIAS, 1999, p.53), a guarda dos filhos, sendo da natureza do pátrio poder, não é, todavia, da sua essência, assim sendo, pode ser confiada a outrem.

Nota-se que, a guarda vem a ser um atributo do Poder Familiar, a mesma na antiguidade era concedida como um prêmio aquele pai que não incorresse na culpa da separação, mas com o passar dos tempos essa concepção veio sendo modificada, hoje a guarda é vista como um meio de não separação entre pais e filhos, estes devem possuir o contato com ambos os pais, vez que é extremamente necessário esse contato para a contribuição ética, emocional, psicológica, etc, dos pais para com os filhos.

### 2.2.1 Da Guarda Unilateral

Para Lobo (2011) entende-se por Guarda Unilateral ou Exclusiva, conforme o Código Civil e após a Lei 11.698/2008, aquela que é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não se chega a um acordo ou quando se torna inviável a guarda compartilhada. Igualmente se caracteriza guarda unilateral aquela atribuída a terceiro, quando o juiz se convence que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal.

Aponta o Código Civil a hipótese da guarda unilateral:

Art. 1583 §2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I- Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
  - II- Saúde e segurança;
  - III- Educação.
- §3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Como explica Elias (1999), ao ser homologado acordo pelo magistrado, as partes deverão respeitar, contudo, caso ocorra situação que atente contra a integridade física ou moral do menor a guarda poderá ser modificada.

Com respeito à matéria, ensina Abreu (1992 apud ELIAS, 1999, p.55), que ocorrendo motivos graves, o juiz poderá decidir de maneira diversificada da estabelecida na lei, caso ocorra dúvidas, o mínimo que se deve fazer é elaborar um estudo social que, juntamente com o auxílio dos pareceres psicológicos e de assistentes sociais, se possa decidir com mais segurança.

Nesse sentido Dias (2011, p.446), demonstra as condições para fixação da guarda unilateral:

A guarda a um só dos genitores, com o estabelecimento do regime de visitas, é estabelecida quando decorrer do conselho de ambos. Ainda assim, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada (CC 1584 §1º).

Ressalta Lobo (2011) que melhores condições em relação aos fins legais não se confundem com melhores situações financeiras, uma vez que, o juiz levará em conta fatores cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional e psicológico do filho, pois nenhum fator é concretamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta-se o melhor interesse do filho e a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida. Em relação aos meios de convivência familiar e social, um fator relevante nesse quesito é o menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho.

Contudo, a guarda unilateral obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses do filho (CC 1583 §3º), também lhe é concedido o direito de **fiscalizar sua manutenção e educação** (CC 1589). (DIAS, 2011, p. 446) (grifo nosso). Dito de outro modo, a guarda unilateral não desobriga o genitor não guardião da responsabilidade sobre os filhos, bem como dos cuidados, manutenção e afeto, dentre outras coisas, ele deve se manter atento à todas as necessidades do seu filho.

Por outro lado, Dias (2011), conclui que a guarda unilateral afasta o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, a este é estipulado o dia de visita, uma vez que, por ser previamente marcado, o guardião normalmente irá impor regras.

Sendo assim, na visão doutrinária a guarda unilateral não é a mais recomendada, uma vez que, esta traz para a criança a difícil tarefa de conciliação da nova vida familiar, por mais que se estabeleça o direito de visita este não é o mesmo que a convivência habitual com ambos os pais, sendo que este meio impõe regras e horários.

### 2.2.2 Do Direito de Visita

O direito de visita não é somente o direito do pai ou da mãe de visitar ou de ter seu filho junto de si, é um direito do próprio filho de conviver com eles, que reforça o vínculo paterno e materno filial, a melhor expressão a ser utilizada seria **direito de convivência**, esse deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem no mesmo teto. (DIAS, 2011, p. 447)(GRIFO NOSSO).

Para Lobo (2011), este constitui a principal fonte de conflitos entre os pais, e acaba se tornando comum conduta inibitória ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho.

Como demonstra Elias (1999), o art. 227 da Constituição Federal preceitua que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar aos menores, dentre outros o direito à convivência familiar, como também, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família, assegurando dessa forma a convivência familiar.

Nesse diapasão Dias (2011), menciona que é escassa a regulamentação do direito de visita no código civil, pois perdeu muito significado com o modelo da guarda compartilhada, e a previsão que se encontra é no código de processo civil que ao buscar sanar essa omissão estabeleceu que na petição de separação consensual, além do acordo relativo à guarda dos filhos, deve constar o regime de visitas (CPC 1.121 §2º).

Neste sentido, compreende-se que a regulamentação do direito de visita é bem escasso frente ao Código Civil, por este motivo fica estabelecido no código de processo civil, que, ao ser regulamentada a distribuição da guarda será também feita a determinação dos direitos de visitas.

### 2.2.3 Da Guarda Compartilhada

Como já foi mencionado, Lobo (2011, p.189) afirma, com base na Psicologia, que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe, é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social e religião.

Conforme demonstra Brasil (2009 apud SOLDÁ; MARTINS, 2010, p. 01), com a entrada em vigor da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, o instituto da guarda compartilhada ganhou respaldo legal figurando assim as modalidades de guarda do Código Civil.

De acordo com Dias (2011, p.443), o maior dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, a qual assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade.

Em se tratando de algo novo, há correntes doutrinárias que defendem o instituto da guarda compartilhada, como é o caso de Maria Berenice Dias (2011, p. 443), a qual argumenta que:

É o modo de garantir, de forma efetiva, a **corresponsabilidade parental**, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à **pluralização das responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. (grifo nosso)

Em contrapartida, há os que não apoiam a ideia da guarda compartilhada a exemplo de Garcia (2008 apud SOLDÁ; MARTINS, p. 01) com base na justificativa de que, não seria possível a convivência pacífica entre os pais, não poderia, assim, o juiz impor a guarda conjunta, uma vez que, ao proceder dessa forma estaria ferindo o princípio do melhor interesse da criança, entretanto seria melhor a convivência com apenas um dos pais, onde o menor não presenciaria constantes desentendimentos entre eles.

Como demonstra Lobo (2011, p.199), referente a estes posicionamentos contrários:

A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separam. Ao contrário, quando não houver acordo “será aplicada” pelo juiz, sempre que possível, na expressa previsão do § 2º do art.1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698, de 2008.

A finalidade da guarda compartilhada é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual, além de ter como fundamento a ordem constitucional e psicológica, buscando garantir o interesse do menor. (DIAS, 2011, p. 443).

Salienta Guimarães (2008 apud SOLDÁ; MARTINS, 2010, p.04), que não se deve confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, esta última apenas privilegia o interesse dos pais, incidindo, assim, em um exercício unilateral do poder familiar, beneficiando apenas os genitores e não se leva em consideração o que é melhor para a criança que convive um mês com o pai e outro mês com a mãe, trazendo assim prejuízos significantes para o desenvolvimento dos filhos, já a guarda compartilhada é recomendável quando bem aplicada, pois consiste no exercício simultâneo do poder familiar, mantendo o vínculo afetivo dos filhos com ambos os genitores.

Como leciona Carvalho, desse mesmo entendimento (2010 apud ALVARES, 2012, p. 92), a guarda alternada pode ser considerada uma espécie de guarda unilateral, pois de tempos em tempos a guarda é alternada entre os ascendentes, bem como o exercício exclusivo do poder familiar, já a guarda compartilhada, tanto a guarda quanto o poder familiar é dividido entre os pais de maneira igualitária.

Nesse diapasão, como demonstra Lobo (2011, p. 200), na guarda compartilhada é definido a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá o menor. Essa providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro; ou mesmo de viver em uma e outra residência.

Embasado de um mesmo entendimento, Alvares (2012, p. 92) estabelece que, normalmente é instituída a casa de um dos pais para servir de referência como lar, embora o menor tenha duas casas (dois lares), pode transitar entre elas livremente, conforme sua necessidade e comodidade.

Contudo, é importante lembrar sobre a aplicação de uma sanção para aquele genitor que descumprir imotivadamente a cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, conforme segue:

A Lei n. 11.698/2008 prevê uma sanção civil, de discutível utilidade, para a hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada: “redução de prerrogativas atribuídas a seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”. Essa regra pode ampliar a alienação parental, na hipótese da guarda unilateral, ou comprometer a guarda compartilhada. Em qualquer hipótese, o melhor interesse do filho na convivência com seus pais será prejudicado,

pois a sanção é de redução do número de horas de convivência. A redução pode ser conveniente ao genitor faltoso, que deseja exatamente a redução da convivência com o filho. Infelizmente, a realidade existencial não é sempre de disputa pela maior convivência. Portanto, a interpretação da regra de sanção em conformidade com o princípio do melhor interesse do filho diz respeito apenas à violação da cláusula de guarda, quando o genitor, sem justificativa razoável e de modo arbitrário, retiver o filho reiteradamente além de seu período de convivência, prejudicando o direito de convivência do outro. Ocorrências isoladas não devem ser consideradas, para que a justiça não se converta em arena de reabertura de conflitos. Em contrapartida, se o genitor reduzir o período de convivência, reiteradamente e sem motivo justificável, incorre em inadimplemento do dever jurídico correspondente, respondendo por danos morais. (LOBO 2011, p. 191).

No entanto, compreende-se que por meio da guarda compartilhada a criança estaria mais bem assistida por ambos o pais, busca-se com ela atingir o melhor interesse do menor e dos pais, como também, dividir a responsabilidade entre ambos os genitores, atingindo dessa forma mais intensamente a participação dos genitores na vida dos filhos, não incorrendo assim, como muitos doutrinadores discorrem na alienação parental.

### **2.3 Da Responsabilidade Civil no Direito de Família**

No que tange a responsabilidade civil no direito de família, muito bem descreve Lobo (2011, p.52) que, a família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.

Conforme estabelece a Constituição de 1988 em seu artigo 226:

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.

Nesse diapasão Cardin (2012) explica que a lesão produzida por um membro da família a outro é muito mais grave do que o provocado por terceiro, que seja estranho à relação familiar, isso reflete na situação privilegiada que o membro da família desfruta em relação ao terceiro estranho, isto é, o que justifica a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil.

Para Dias (2011), a essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável, a qual liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, ou seja, pela convivência familiar, pois é neste sentido que se

reconhece a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente a autoridade parental de conviver com o filho.

Em relação à reparação dos danos morais no âmbito familiar Arnaldo Marmitt (1999 apud CARDIN, 2012, p. 69-70), dispõe que:

No Direito de Família abundam os valores indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais permanece oculta aos olhos dos outros. Com frequência exsurtem lesões graves dessa área do direito. São os prejuízos morais resultantes de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica, destruídas pelo parente, pelo esposo ou convivente. O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.

Por essa razão, calcada no entendimento de que nada destrói mais em uma família do que o dano causado pelos seus próprios membros, a reparabilidade do dano moral funciona como uma forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano para aquele que jamais recebeu afeto. (CARDIN, 2012, p.70)

Como bem demonstra Cardin (2012) a indenização não restitui ou assegura o afeto, mas por meio dela os danos podem ser minorados por tratamentos psicológicos, em relação ao ressarcimento por falta de assistência material e intelectual aos filhos, o valor pago a este título serviria para que a pessoa pudesse alcançar uma melhor condição socioeconômica e educacional que certamente teria adquirido se o auxílio houvesse sido prestado, tempestivamente, pois as ações de indenização por danos morais oriundos das relações familiares aplica-se o prazo de três anos previsto no inciso V do §3º do art.206 do Código Civil.

Conclui-se, conforme Lobo (2011), que o crescente distanciamento da responsabilidade das famílias com a formação de suas crianças, incide na transferência de tal responsabilidade para terceiros, principalmente a escola, isso ocorre devido a complexidade da vida contemporânea, o mundo do trabalho e os imensos territórios das cidades que fazem com que os pais dediquem menos tempo aos filhos, transferindo inclusive a absorção de valores e da compreensão de mundo para a escola e a rua.

Contudo, observa-se que a responsabilidade civil é caracterizada pela reparação com o dano moral que um dos pais venha a provocar na formação do filho menor, ressalta-se que essa reparação não virá substituir a falta que o mesmo ocasiona omitindo da participação da constante permanência com o filho, essa reparação vem a servir como um meio de diminuir os

danos causados, como exemplo em hipótese de um tratamento psicológico ao filho, para que assim venha amenizar todo o sofrimento causado.

## 2.4 Da Alienação Parental

Conforme Venosa (2013, p.332), está no artigo 2º da Lei 12.318/2010 o significado do ato de alienação parental:

Segundo o art. 2º da citada lei, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Nesse sentido, conforme Gagliano (2016, p.620), a Alienação Parental trata-se de um distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que o filho repudie o outro genitor.

Essa situação torna-se tão crítica, conforme demonstrado por Meirelles (2009, p.265 apud GAGLIANO 2016, p. 620) uma vez que:

Assim, se o filho é manipulado por um dos pais para odiar o outro, aos poucos, suavemente se infiltrando nas suas ideias, uma concepção errônea da realidade, essa alienação pode atingir pontos tão críticos que a vítima do ódio, já em desvantagem, não consegue revertê-la.

Como ensina Cardin (2012), a única forma de descobrir a presença da alienação é mediante a realização de perícias psicológicas e estudos sociais, os laudos psicossociais devem ser realizados imediatamente, por profissionais especializados, para se chegar à veracidade dos fatos.

O mais reprovável dessa situação, conforme demonstra Venosa (2013) é que, a síndrome da alienação parental é vista como uma moléstia, em que em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado, tendo em vista que sua intenção é mais do que denigrir, é destruir o outro genitor perante os filhos.

Nesse diapasão, muito bem define a expressão síndrome da alienação parental (SAP) Gardner (2010 apud GAGLIANO, 2016, p. 619):

A síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódias de crianças. Sua

manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instrções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Desta forma, Fonseca (2010 apud GAGLIANO 2016, p. 620), afirma com precisão em estudo sobre o tema que:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

No entanto para tentar corrigir esse ato prejudicial o legislador dispõe no artigo 4º da Lei 12.318/2010 que:

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

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

Há que se salientar ainda, que o legislador estabeleceu uma sanção para aquele genitor alienador, conforme regra do artigo 6º da Lei de Alienação:

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

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

- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

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

Em relação à imposição de medida pecuniária com o fim de impor uma obrigação de fazer, ou até mesmo uma multa para que um pai visite seu filho Gagliano (2016, p. 624), não demonstra posição favorável, mas vale ressaltar que o pretendido pela Lei de Alienação Parental com a sanção pecuniária, é impor uma medida punitiva de cunho econômico, em face da prática do ato de alienação, para que o seu agente deixe de realizar esse comportamento nocivo.

No entanto, nota-se que a Alienação Parental é algo muito maléfico em relação ao filho menor, aqui um dos genitores de forma persuasiva intenta de todos os meios afastar o outro genitor da vida do filho, tornando-se essa situação traumática e constrangedora para a formação e convivência do filho com o outro genitor, como se não bastasse esse ato vem a ocasionar danos mais graves como é o caso da Síndrome da Alienação Parental (SAP) a qual vem a provocar um distúrbio da infância causando sérios problemas no desenvolvimento do menor em relação ao outro genitor. E com tudo não deixou o legislador de buscar um caminho para combater essa imponente causada nas famílias, pois é previsto na Lei sanções que visam combater esse caos.

Desta forma, ao percorrer pela trajetória da evolução da família no cenário do direito buscando-se analisar todas as transformações positivas que esta veio a ganhar, como também, ao ser feito uma análise jurídica de como funciona e se desenvolve o instituto da Guarda do menor, o presente trabalho busca apresentar em seu terceiro tópico uma pesquisa com a análise de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul referente a concessão da guarda do menor, com o enfoque sob os pontos positivos e negativos analisados pelos magistrados para que se possa ter a melhor concessão dessas decisões em relação aos progenitores.

### **3. AS DECISÕES JUDICIAIS FAVORÁVEIS AOS GENITORES: ESTUDO DOS JULGADOS EM MATO GROSSO DO SUL**

Neste capítulo serão apresentados os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, compreendendo o período entre 2010 a 2016, cujas decisões favoreceram principalmente os pais (homem), em detrimento das mães. O que se pretende é identificar os argumentos fáticos utilizados pelos magistrados que embasam suas tomadas de decisões, em relação à concessão da guarda do menor aos pais, ao invés das mães, como é mais comum.

De toda a pesquisa foram encontrados sete (07) julgados em instância superior, cujos pedidos envolvendo guarda pretendiam decisões favoráveis aos pais.

Desses sete (07) julgados: um (01) pedido de guarda compartilhada foi favorável aos pais; dois (02) pedidos de guarda em favor das mães foram desfavoráveis; dois (02) pedidos de guarda em favor dos pais foram favoráveis; um (01) pedido de guarda em favor do avó e do pai foi favorável e um (01) pedido de guarda em favor do tio foi favorável.

Abaixo transcreveu-se as decisões em seu inteiro teor por entender-se ser da maior importância a leitura dos argumentos utilizados pelos magistrados para compreender as razões de suas decisões.

#### **3.1 Caso Um (Pedido De Guarda Compartilhada): Provido**

No transcorrer da pesquisa foi identificado apenas um recurso que se referiu ao pedido de guarda compartilhada, sendo decidido por esta. Todavia, neste caso, o pai exerce a guarda de fato, e à genitora foi permitido a visita e contato com o filho ilimitados.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – GUARDA COMPARTILHADA – DETERMINAÇÃO DE QUE A CRIANÇA RESIDA COM O PAI – PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR – MELHOR AMPARO EMOCIONAL – RECURSO DA MÃE CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

I) Em processos que envolvem guarda de menor, impõe-se, primordialmente, uma atenta análise das circunstâncias do caso concreto, de modo a conduzir a solução do problema priorizando-se sempre o interesse do infante, que prevalecerá sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

II) Deve ser consolidada a situação de o menor residir com o pai se for verificado que este reúne maiores condições para lhe propiciar uma boa formação, especialmente emocional.

III) Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida, com o parecer.

**DECISÃO:** Assim, é de se ver que a manutenção do menor na residência de seu genitor vai lhe trazer uma melhor e mais estável situação emocional, com a segurança de que necessita como pessoa em desenvolvimento.

Ademais, extrai-se do teor da sentença que o douto magistrado determinou a guarda compartilhada entre os pais da criança, de modo que a mãe poderá ter livre acesso ao infante quando quiser. Nestes termos, também não prospera a pretensão da apelante de que o menor resida cada ano na casa de um dos pais, eis que as constantes mudanças e a alteração da rotina de uma criança de tenra idade e em desenvolvimento poderão ocasionar abalos emocionais que, no caso, podem ser totalmente evitados.

Acrescenta-se, por derradeiro, como pertinentemente lembra Carlos Roberto Gonçalves, que a transitoriedade é uma característica que vigora sobre o direito de guarda, eis que "*não tem caráter definitivo, podendo ser modificado sempre que as circunstâncias o aconselharem*".

Assim, a depender do contexto, as condições desta regulamentação podem, por ventura, sofrer alterações, ressaltando-se, contudo, que os problemas *sempre* deverão ser solucionados à luz do *princípio de prevalência do interesse dos menores*.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

No caso exposto, a decisão de 1º grau foi pela guarda compartilhada, determinando que a criança resida com o pai, e que a mãe tenha acesso ilimitado à criança. No entanto, a mãe propôs a guarda alternada, quando a criança ficaria um ano com cada genitor, o que foi negado pelo juízo singular. Na decisão recursal, o desembargador optou por manter a sentença de primeiro grau permanecendo a guarda compartilhada, ou seja, situação que a criança reside com o pai, podendo a mãe visitar o filho a hora que quiser.

Observa-se que o maior argumento do magistrado foi o fato de que o menor estava se desenvolvendo bem emocionalmente e com segurança na casa do pai, além disto, o fato da mãe pedir que a criança resida “um ano com cada um dos pais”, também pesou, negativamente, por conta dos prejuízos emocionais que tal irregularidade pode causar, mormente em uma criança pequena.

### **3.2 Caso Dois (Pedido De Modificação De Guarda Em Favor Da Mãe): Não Provido**

De toda pesquisa foram apurados apenas 02 (dois) julgados concedendo ou mantendo a guarda ao pai, em todos os casos foi utilizado o fundamento do princípio do melhor interesse da criança, o ambiente em que esta será mais bem cuidada, além de alguns demonstrarem nitidamente o abandono por parte da genitora.

**AO PAI – DECISÃO MANTIDA – REPETIÇÕES DOS FUNDAMENTOS – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

O direito de guarda é conferido segundo o melhor interesse da criança e do adolescente, que deve prevalecer sobre as demais aspirações dos pais.

Deve ser mantida a guarda provisória com o pai da menor que, por ora, vem prestando assistência material e moral à criança, suprimindo suas necessidades básicas que, por sinal, é medida que melhor atende aos interesses da criança.

**DECISÃO:** No presente caso, em que pese a argumentação da agravante, tenho que decidi com acerto o juízo de primeiro grau ao entender que "é incontroverso que a filha está sob os cuidados do pai, com quem, em tese, tem seus direitos fundamentais garantidos até o momento, e essa situação deve ser mantida, pelo menos até que sejam esclarecidos os fatos registrados nos documentos de fls. 12/15", (pág. 81), de igual equivalência foi o entendimento da Promotora de Justiça, em seu parecer às páginas 42/43, "percebe-se a existência da veemente aparência do bom direito, posto que o laudo de exame de corpo de delito juntado às fls. 26/27, concluiu que "a examinada apresenta lesão corporal leve, cujas características são compatíveis de terem sido produzidas conforme época e agente lesivo relatados no histórico".

Outrossim, quanto a alegação de que a residência do pai da menor não é lugar mais adequado para que essa resida, não há no momento qualquer evidência acerca das afirmações trazidas pela agravante, mostrando-se necessária a dilação probatória para o exame mais aprofundado das condições materiais ofertadas no lar paterno. A decisão singular bem analisou todas as questões postas via agravo de instrumento, não logrando a recorrente trazer na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada. Consigno, inclusive, que a agravante limitou-se a rebater a decisão singular com os mesmos argumentos expostos por ocasião das razões do agravo, o que me conduz a reafirmar meu posicionamento já externado por ocasião da decisão monocrática.

Ante o exposto, conheço, mas nego provimento ao regimental, mantendo integralmente a decisão monocrática invecivada.

No caso em tela, a decisão de primeira instância concedeu a guarda unilateral em favor do pai. Inconformada a mãe pede a modificação da mesma, provavelmente alegando maus tratos, como já o fizera em recurso no processo inaugural.

No presente Recurso, entendeu o desembargador negar o provimento do pedido em favor da Mãe, com os seguintes argumentos: 1) ficou demonstrado que a filha se encontrava em boas condições de sobrevivência; 2) que seus Direitos Fundamentais estavam garantidos em companhia do genitor. Por isto decidiu o magistrado pela conservação da guarda da menor com o Pai.

### **3.3 Caso Três (Pedido De Modificação De Guarda Em Favor Da Mãe): Não Provido**

**E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR – SUPOSTOS MAUS TRATOS – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REQUISITOS PRESENTES – ART. 273, CPC – RECURSO IMPROVIDO.**

Devidamente caracterizada a verossimilhança da alegação, assim como o perigo de dano irreparável, ou de difícil reparação, aliado à prova inequívoca contida nos autos (art. 273, CPC), deve ser mantida intacta a decisão recorrida, que visa o melhor

resguardo dos interesses e integridade física e psicológica da infante, mantendo-se sua guarda provisoriamente com o genitor, ora agravado, até que se chegue à conclusão, em cognição exauriente, de quem reúne as melhores condições de cuidar da menor.

**DECISÃO:** No caso presente, o magistrado deferiu a antecipação da tutela que pretendia fosse determinada a modificação de guarda da menor Ana Beatriz, em razão de supostos maus tratos que vinha sofrendo por parte de sua genitora e da avó materna, decisão essa que pode ser modificada a qualquer tempo, se for do convencimento do julgador. Como dito antes, se esta Corte interferir na decisão do magistrado, em sede de tutela, estar-se-ia, ainda que indiretamente, influenciando na futura decisão de mérito, o que não se pode admitir. Não se pode olvidar também que, em situações como a ora debatida, deve-se atender prioritariamente aos interesses e conveniências da criança, de modo a lhe garantir o direito de ser criada na companhia daquele que melhor lhe assegure a convivência familiar e uma vida saudável, livre de traumas, evitando-se, tanto quanto possível, as alterações de guarda, já que estas implicam em alterações à rotina do infante e de seus referenciais, gerando-lhe transtornos de toda ordem.

Portanto, devidamente caracterizada a verossimilhança da alegação, assim como o perigo de dano irreparável, ou de difícil reparação, aliado à prova inequívoca contida nos autos (art. 273, CPC), deve ser mantida intacta a decisão recorrida, que visa o melhor resguardo dos interesses e integridade física e psicológica da infante, mantendo-se sua guarda provisoriamente com o genitor, ora agravado, até que se chegue à conclusão, em cognição exauriente, de quem reúne as melhores condições de cuidar da menor Ana Beatriz.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

O pai requereu a modificação da guarda da criança que era da mãe, no que foi atendido pelo juízo de primeira instância em razão da demonstração de que a mesma sofria maus tratos por parte da mãe e da avó. A mãe recorreu em segunda instância, contudo, a Corte decidiu manter a guarda do pai até que se esclarecesse o caso.

Os principais argumentos sustentados para a decisão em tela foram: a) a constatação dos maus tratos; b) a impossibilidade de intervir num caso em sede de tutela, cujo mérito ainda não foi julgado; c) a garantia do direito de conviver em segurança e de modo saudável da criança; d) o perigo de dano irreparável; e) o resguardo dos interesses e integridade física e psicológica da infante.

### **3.4 Caso Quatro (Pedido De Guarda Em Favor Do Pai): Provido**

**EMENTA: ADÃO CARLOS GOUVEIA INTERPÕE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DA DECISÃO DE FLS.10 PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE LIMINAR QUE PROMOVE CONTRA CLAUDIA COLOMBO E SILVA, QUE NEGOU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, TENDO EM VISTA NÃO SE VISLUMBRAR A EXISTÊNCIA DE PERIGO OU DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, TENDO EM CONTA QUE A CRIANÇA JÁ ESTÁ SOB OS CUIDADOS DO AUTOR.**

Sustenta que realizou pedido de liminar para regulamentar uma situação fática já existente, ou seja, a guarda provisória da menor, que já está exercendo a guarda de

fato, visto que esta não dá nenhuma garantia ao agravante e ainda, pode por si, em risco os interesses da menor.

**DECISÃO:** Analisando todos os fatos e provas carreadas aos autos, estou convencido de que o pai, ora apelado, faz *jus* ao direito à guarda da filha. Estou convencido de que o ambiente familiar onde está atualmente inserida a menor é mais benéfico a ela, pois está em contato diário com o pai, bem como com os familiares. Do que dos autos consta, pode-se perceber com as provas produzidas no curso da instrução processual que o autor/apelado, reúne melhores condições de manter consigo sua filha, haja vista a menor já estar sob seus cuidados, devendo ser mantida a situação fática existente. Desta forma, considerando que a manutenção ou modificação da guarda deve buscar unicamente o bem estar da menor, conforme disposto nos arts. 1584 e

seguintes do Código Civil, que privilegiam o "**princípio do melhor interesse da criança**", deve ser mantida a guarda com o pai, visto que os relatórios psicológicos bem como dos Conselhos Tutelares demonstraram que a mãe é incapaz de criar a menor em um ambiente saudável, que lhe permita o adequado desenvolvimento físico, emocional e social. Por tais razões, com fundamento no §1º - A do artigo 557, do Código de Processo Civil, **dou provimento ao recurso**, concedendo ao agravante, a guarda provisória da menor Julia Colombo Gouveia.

No caso acima, o Pai requereu em primeira instância a guarda legal da filha, uma vez que já a exercia de fato, no que foi atendido. A mãe recorreu a instância superior e não obteve sucesso, mantendo a Corte, a decisão em favor do pai.

O magistrado se fundamenta nos seguintes argumentos: a) que o ambiente familiar onde está atualmente inserida a menor é mais benéfico a ela, pois está em contato diário com o pai, bem como com os familiares; b) que a menor já está sob seus cuidados, devendo ser mantida a situação fática existente, pois a alteração de guarda prejudica o desenvolvimento das crianças; c) que os relatórios psicológicos bem como dos Conselhos Tutelares demonstraram que a mãe é incapaz de criar a menor em um ambiente saudável, que lhe permita o adequado desenvolvimento físico, emocional e social.

### 3.5 Caso Cinco (Pedido De Guarda Em Favor Do Pai): Provido

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CAUTELAR DE POSSE PROVISÓRIA DE MENOR – DECISÃO QUE DEFERIU A GUARDA PROVISÓRIA AO GENITOR - MENOR QUE SE ENCONTRA ADAPTADA AO CONVÍVIO COM O GENITOR E SUA FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DE LAR DESACONSELHÁVEL NESTE MOMENTO PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DE CONDUITA DESABONADORA DO AGRAVADO - INTERESSE DA CRIANÇA PRESERVADO - DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Em ações que envolvem a guarda de criança e de adolescente, deve o Poder Judiciário priorizar os interesses desses em detrimento de qualquer outro para o fim de resguardar seu bem-estar.

Encontrando-se a menor devidamente ambientada à nova situação, até mesmo matriculada na rede de ensino, uma vez que nova modificação da guarda ocasionaria

grande abalo psicológico, tem-se por preferível mantê-la sob a guarda do pai até que definitivamente se possa averiguar qual dos pais possuem as melhores condições para a criação da filha.

**DECISÃO:** Com efeito, constato que a menor Ana Luiza Claro Ayala (certidão de nascimento fl. 126) realmente esteve sob a guarda da agravante, isto em razão do acordo homologado em 12/03/2013, pelo juízo da 4ª Vara da Família Digital da comarca de Campo Grande-MS (fl. 215). Contudo, na primeira quinzena de 2014, passou a morar com seu genitor Diego Augusto de Rezende Ayala em Ponta Porã/MS. Apesar disto, a mãe sustenta não ter havido transferência da guarda, mas que, ao invés, apenas confiou ao agravado, em caráter provisório os cuidados a serem dispensados a criança, visto que precisou mudar para Registro/SP, devido a um novo emprego.

Esta versão, porém, não encontra nenhum amparo, porquanto a insurgente não trouxe nenhum documento que comprove tal alegação, nada existindo que possa corroborar o fato, no sentido de ter sido este o real motivo da saída da menor da casa materna. Assim, especialmente diante do fato de que a criança encontra-se sob os cuidados de seu genitor há cerca de 1 (hum) ano, estando adaptada ao novo ambiente, frequentando instituição de ensino, e exercendo outras atividades extracurriculares, não havendo evidências da caracterização de situação de risco ou qualquer outra que denuncie a ausência de condições do agravado para ter a filha sob sua responsabilidade, impõe-se a manutenção da guarda provisória concedida, ao menos até que se conclua a

instrução probatória do processo em trâmite na origem, após o que, ponderados os critérios do art. 1.583 do Código Civil, será possível com mais segurança definir o destino da criança.

No caso em tela extrai-se que a guarda da menor pertencia à mãe, ocorre que por um acordo entre os pais e alegando que teria que mudar de cidade tendo em vista um novo emprego, fato que não fica provado nos autos, a genitora passou a guarda de fato ao Pai da criança. Entretanto, após um ano a mãe resolveu retomar a guarda de fato da criança pretendendo leva-la para residir na Comarca de Tocantins, localidade esta muito distante do Pai, que reside em Campo Grande - MS. O juízo de primeiro grau concedeu a guarda provisória da criança ao pai, enquanto tramita a ação, e a mãe, inconformada com a decisão recorre a instância superior na tentativa de retomar a guarda. A Corte decidiu pela manutenção da guarda ao pai.

Diante do exposto, os argumentos utilizados pelos desembargadores foram: a) que a menor já se encontra ambientalizada no convívio com o pai; b) que a mãe não provou a razão alegada – um emprego em outra cidade - pela qual entregou a filha aos cuidados do pai; c) que a criança estando adaptada ao novo ambiente, frequentando instituição de ensino, e exercendo outras atividades extracurriculares, não havendo evidências da caracterização de situação de risco ou qualquer outra que denuncie a ausência de condições do agravado para ter a filha sob sua responsabilidade; d) que há que se aguardar o desenrolar do processo em primeira instância para que se reúna melhores condições para decisão final.

### 3.6 Caso Seis (Pedido De Guarda Em Favor Do Pai E Da Avó): Provido

Foram analisados também dois (02) julgados, sendo que em um (um) deles o juízo concedeu a guarda ao avô materno e à mãe e no outro ao tio paterno.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE GUARDA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A AMPLA DEFESA – DECISÃO QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA PARA CONCEDER A GUARDA DO MENOR A AVÓ PATERNA E AO PROGENITOR BASEADA NO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ E NA PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR – RECURSO IMPROVIDO.

**DECISÃO:** O recurso não merece provimento. Inicialmente deve ser esclarecido que não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa pois, antes de prolatar a decisão que estabeleceu a guarda do menor Luiz Otávio Gonzales aos ora agravados, o juiz singular determinou a citação pessoal da ora agravante a qual restou frustrada conforme certidão de fl.49.

De fato, a decisão foi proferida em caráter de urgência em razão do estudo social (fls.30/31) ter apontado que a criança apresentava grave estado de saúde e possuía receio de permanecer na companhia da mãe devido às agressões físicas que sofria.

Além disso, consta nos autos que, na data de 10 de janeiro de 2009, o menor foi recolhido pelo Conselho Tutelar em razão da genitora ter sido presa por se encontrar na ocasião embriagada com o bebê no colo. (fls.35/36). Dessa forma, não há falar em nulidade da decisão recorrida, visto que esta foi prolatada com base no poder geral de cautela do juiz visando preservar os reais interesses do menor que já se encontrava sob os cuidados da avó paterna e não poderia permanecer sob a guarda da mãe a qual, em um juízo de cognição sumária, não apresentava condições para tutela da criança.

Ressalta-se, ainda, que nos termos do artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente a guarda do menor poderá ser revista a qualquer tempo, não havendo, por isso, falar em prejuízo à agravante que, munida de provas, terá a faculdade de pleitear a modificação do regime estabelecido.

Assim, não merece reforma a decisão recorrida, pois neste momento processual, a manutenção da guarda fixada demonstra ser a melhor medida para atender aos interesses da criança.

Posto isso, com o parecer do Ministério Público, nega-se provimento ao recurso.

Observa-se nesse julgado que a mãe não cuidava da saúde do filho, que lhe causava maus tratos e que a mesma foi presa embriagada com o bebe no colo. Em primeiro grau o juiz concedeu a guarda provisória ao pai e a avó paterna. A mãe alegando violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa recorreu em segunda instância. A Corte Superior manteve a guarda ao pai e a avó.

Os argumentos foram os seguintes: a) não houve violação dos princípios vez que antes de prolatar a decisão que estabeleceu a guarda do menor Luiz Otávio Gonzales ao pai e a avó, o juiz singular determinou a citação pessoal da ora agravante a qual restou frustrada conforme certidão de fl.49; b) o estudo social apontou que a criança apresentava grave estado de saúde e possuía receio de permanecer na companhia da mãe devido às agressões físicas que sofria; c) o menor foi recolhido pelo Conselho Tutelar em razão da genitora ter sido presa por se

encontrar na ocasião embriagada com o bebê no colo; d) a mãe, em um juízo de cognição sumária, não apresentava condições para tutela da criança.

### 3.7 Caso Sete (Pedido De Guarda Em Favor Do Tio): Provido

**E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE GUARDA – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA O DEFERIMENTO DA TUTELA PRETENDIDA, QUAIS SEJAM, O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA – MANTIDA A GUARDA POR PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DOS MENORES – COM O PARECER DA PGJ – DECISÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

**DECISÃO:** Colhe-se dos autos, que a agravante é mãe dos menores Cleimar e Silmara Lopes, contudo, desde 10/06/2003, estes estão sob os cuidados do tio, ora agravado, Geraldo Oliveira. Uma vez que a mãe, ao ficar viúva, deixou a aldeia onde morava e foi morar perto de seus familiares, ficando os filhos com o tio devido aos estudos, tendo se passado mais de 10 anos. Assim, conforme se vê do texto Constitucional, o legislador busca proteger o interesse do menor e, principalmente, seu convívio com a família natural, sendo essa alteração medida excepcional.

Pois bem, segundo consta dos autos, bem como do parecer do Conselho Tutelar, nota-se que o tio dos menores, ora agravado, possui condições materiais e morais para o exercício do pátrio poder e isto se comprova com o fato de estar cuidando dos mesmos desde 2003, não havendo razão para, em sede de liminar, alterar referida situação, sendo, inclusive arriscado a ter prejuízos nos estudos e até mesmo nas questões de relacionamento das crianças, vez que estão perfeitamente adaptadas em seu lar.

Portanto, o melhor interesse do menor incapaz deve sempre primar sobre qualquer outro, destacando, principalmente, seu bem estar físico e psicológico, motivo por que, na concorrência da guarda entre a genitora e o tio, sem uma justificativa concreta e irrefutável de que a situação que ocorre por mais de 10 anos deve ser alterada, a preservação do filho menor na comodidade, conforto ou segurança do ambiente com o qual acostumado ou habituado, ainda mais quando ainda pendente de instrução probatória o feito originário, é a medida que se impõe. Assim, a decisão que concedeu a liminar à Geraldo Oliveira deferindo a guarda dos menores Cleimar Lopes e Silmara Lopes Oliveira, deve ser mantida, vez que devem ser preservados os interesses dos menores, que estão adaptados ao local onde residem há mais de 10 anos, estudam, e mantêm suas atividades e relacionamentos, necessitando de rica instrução processual antes de promover qualquer alteração na situação dos mesmos.

Ante o exposto, conheço do recurso, contudo, **nego-lhe provimento**, mantendo inalterada a decisão ora combatida.

Conclui-se do julgado acima que, devido à mãe ter ficado viúva e ter mudado de cidade deixou os filhos com o Tio Paterno, em razão de seus estudos e de boas condições de desenvolvimento. Mais tarde, a mãe decide retomar a criação dos filhos. Em primeiro grau, o juiz singular concedeu a guarda ao tio, em detrimento da mãe, por isto a mesma recorreu ao tribunal superior, que manteve a guarda dos menores ao tio paterno.

Da decisão extrai-se os seguintes argumentos: a) o estudo social identificou as condições morais e materiais do tio para que continuasse a cuidar dos sobrinhos; b) as

crianças estavam bem física e psicologicamente e plenamente adaptadas à convivência familiar; c) havia se passado cerca de dez anos, tempo demasiado extenso para retirá-las da família onde já se encontravam integradas; d) não havia uma justificativa concreta para retirá-las daquele lar após 10 anos; e) o processo ainda estava em fase probatória, portanto nada havia de concreto que justificasse essa mudança.

### **3.8 AS RAZÕES DE FUNDO: o afeto, a consciência, o cuidado e a dedicação.**

Como já se mencionou, a pretensão neste estudo é identificar os argumentos fáticos utilizados pelos magistrados que embasam suas tomadas de decisões, em relação a concessão da guarda do menor aos pais, aos invés das mães, como é mais comum.

Assim, passa-se então a salientar algumas observações que se julga importantes e a reunir tais argumentos para ao final tecer algumas considerações acerca do estudo.

De toda a pesquisa foram encontrados sete (07) julgados em instância superior, cujos pedidos envolvendo guarda pretendiam decisões favoráveis aos pais. Esses dados causam certas inquietações: porque num período de cerca de cinco anos foram encontrados, em instância superior, apenas sete julgados envolvendo questões de guarda dos pais, se o número de divórcios e de pedidos de guarda, de alimentos, dentre outros processos que envolvem as crianças é reconhecida e publicamente tão grande? Quais as razões desse baixíssimo quantitativo de pais lutando para terem seus filhos junto ao seu convívio? Será que todas as mães que detem a guarda de seus filhos cuidam destes movidas pelo melhor interesse dos mesmos? Será que muitas crianças não estariam melhor, em todos os sentidos se estivessem sob a guarda dos pais ao invés da guarda das mães?

Desses sete (07) julgados: um (01) pedido de guarda compartilhada foi favorável aos pais; dois (02) pedidos de guarda em favor das mães foram desfavoráveis; dois (02) pedidos de guarda em favor dos pais foram favoráveis; um (01) pedido de guarda em favor da avó e do pai foi favorável e um (01) pedido de guarda em favor do tio foi favorável. Desses dados, constata-se que o quantitativo de pais lutando por seus filhos, em Mato Grosso do Sul é ainda menor, vez que dos sete casos encontrados, um pedido é da parte do avô, outro do tio, e o outro de guarda compartilhada, portanto, reduz-se ainda mais o quantitativo de pais que querem ter seus filhos junto de si (quatro), ou seja, uma média de menos de um caso por ano.

Ressalta-se que, a guarda compartilhada ainda não ganhou tanto espaço em Mato Grosso do Sul na fase recursal, pois se observou apenas um caso em que ficou estabelecido a guarda compartilhada, nesse caso tendo por base que ambos os genitores possuem uma organização familiar estruturada pautou-se pela permanência da guarda compartilhada, vez que a mãe possui livre acesso para visitar a filha menor a qual reside com o pai, e devido a filha possuir tenra idade o magistrado optou por não haver a modificação do lar, o que poderia causar abalos emocionais à menor.

Observa-se que os maiores argumentos utilizados pelos desembargadores para a concessão/manutenção da guarda dos filhos para o pai, em detrimento da mãe são:

- a) o fato de se constatar por diversos meios, principalmente estudos psico-sociais que as crianças em companhia dos pais estavam se desenvolvendo bem emocionalmente e com segurança na casa do pai;
- b) o fato de que as mudanças de guarda, que envolvem mudança de residência, de ambiente, costumes, pessoas que irão conviver, dentre outras coisas causam prejuízos psicológicos e emocionais, mormente em uma criança pequena;
- c) o fato dos Direitos Fundamentais dessas crianças estarem sendo garantidos pelo pai também é considerado;
- d) o fato dos casos ainda estarem aguardando procedimentos processuais, como por exemplo, o julgamento do mérito da ação, impede a mudança de decisões liminares;
- e) o fato de haver garantia do direito de conviver em segurança e de modo saudável da criança também pesa muito;
- f) o perigo de dano irreparável;
- g) o resguardo dos interesses e integridade física e psicológica da infante;
- h) a incapacidade material, afetiva, social, moral, intelectual da mãe conta muito;
- i) o fato da criança estar desenvolvendo suas atividades escolares regulares e outras atividades de desenvolvimento plenamente é decisivo;
- j) que o cuidado com a saúde física, mental e emocional, além do bom tratamento é outro fator relevante;
- k) que quanto mais tempo a criança convive, e bem, com um dos genitores, mais reforça a convicção do magistrado de que ela está no lar que lhe é mais apropriado.

- l) que a modificação da guarda só é concedida quando há uma justificativa realmente relevante e que poderá trazer melhores condições de desenvolvimento para a criança.

Além destes argumentos fáticos, os argumentos jurídicos que determinam as decisões prevalentemente são os princípios do melhor interesse da criança e da sua proteção integral, consubstanciados com a legislação em vigor no ordenamento jurídico pátrio, mormente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Guarda Compartilhada.

Por fim, algumas percepções muito sutis contidas nas entrelinhas dos julgados veem a tona, como por exemplo: o ser humano, principalmente os magistrados acostumados a analisar casos e casos de famílias conseguem por meio de mecanismos incógnitos detectar, ainda que intuitivamente quando há real afeto dos pais para com as suas crianças; se há a consciência, por parte do pai e da mãe de seu papel na vida de um filho; quando há o efetivo cuidado que cada um tem para com seu filho; e por fim percebem a dedicação de cada pai e de cada mãe para com o pleno desenvolvimento do infante, em todos os âmbitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto social da história, a família é e sempre será a base de formação do ser humano, extrai-se daí a preocupação em relação a educação e criação da criança e do adolescente.

A família da antiguidade se pautava na estrutura do “Pater Familias”, ou seja, tudo em relação a ela ocorria em face da figura do pai, era ele considerado o chefe, assim todas as decisões partiam deste, a mulher, os filhos eram submetidos as suas vontades.

Com o passar dos tempos esse poder foi sendo descaracterizado, ao invés de serem centrados apenas na figura do pai, as mulheres e crianças foram conquistando seus direitos e isso fica nítido com a constitucionalização da família, pois com a Constituição Brasileira de 1988 a família ganhou forte respaldo em sua definição, como ainda a amplitude de direitos que a mulher começou a ganhar dentro do seio familiar com a nova constituição.

Hoje, o principio base familiar é do afeto, do amor como nos dias de hoje, por isso diversas configurações familiares ganharam proteção, não só mais a matrimonial, mas também a monoparental, anaparental e homoafetiva.

Ainda como indícios fortalecedores dessas famílias tem-se os princípios Constitucionais basilares e fortalecedores das famílias como, a Dignidade da pessoa humana, Igualdade Jurídica dos Cônjuges, Afetividade, Melhor interesse da criança, Proteção integral à crianças, adolescentes, jovens e idosos. Nota-se assim, o avanço e a grande importância da família nos dias atuais, o quanto é importante para a formação e construção social dos jovens, e por isso a preocupação da presente pesquisa.

Dessa forma, buscou-se estudar a disposição dentro do ordenamento jurídico da questão da Guarda de menores, pois esta é regulamentada como um atributo do poder familiar, sendo assim, competência dos pais manter os filhos menores em sua companhia e guarda. Nos casos de separação deve ser assegurado aos filhos o direito permanente de contato com os pais, vez que esta não se deve repercutir negativamente no desenvolvimento dos filhos.

A guarda unilateral tem sido a regra nas decisões brasileiras, aquela em que o juiz concede a um dos pais, não se eximindo a responsabilidade da outra parte fazer acompanhamento e prestar assistência ao filho. Com o advento da Lei 11.698/08 surge a guarda compartilhada, em que impede que o peso e a dor da criança obrigada a escolher entre

pai e mãe lhe foi suprimido, vez que é direito dela manter o contato com ambos, refletindo-se no exercício simultâneo de ambos os genitores com os filhos.

Cabe ainda, demonstrar a responsabilização civil daquele genitor que provoca algum dano no menor por omissão na prestação assistencial que o mesmo pode dar ao filho, se dessa omissão causar prejuízo à criança é passível de indenização pelo dano provocado, indenização essa não responsável para cobrir o dano, a dor, o sofrimento, esta resulta na intenção de ser assistencial, como exemplo, um acompanhamento psicológico.

Além do mais, outra circunstância frequente incide na alienação parental, sendo esta um distúrbio desenvolvido na criança e adolescente devido a interferência psicológica indevida utilizada por um dos pais, com o intuito de fazer com que a criança comece a repudiar o outro genitor.

É por essas circunstâncias que se fez o interesse pela pesquisa do tema, e com base em julgados do Tribunal do Estado de Mato Grosso do Sul pode-se observar que os conflitos familiares em relação a guarda são frequentes, contudo devem ser estudados com muita cautela, em razão de se estar decidindo o destino de formação e construção social de um menor.

Nota-se que dentro do Estado de Mato Grosso do Sul são poucas demandas de Guarda levadas até a Instância Superior, e não se sabe ao certo identificar os motivos pelos quais os pais não lutam pela Guarda de seu filho.

O que se observou, ao final da pesquisa é que o Tribunal de Justiça do Estado é bem coerente em relação as decisões tomadas em favor dos pais, pois buscam sempre primar pelo melhor interesse da criança e do adolescente e de sua proteção integral. Buscam não retirar o menor do ambiente familiar no qual o mesmo está adaptado. Visam a garantia de seus Direitos Fundamentais, do seu pleno desenvolvimento físico, mental, emocional, psicológico, social. Tentam permanentemente identificar qual o melhor lar para a criança, o que lhe será capaz de oferecer afeto, carinho, dignidade.

Quanto as outras inquietações iniciais que não foram demonstradas diretamente neste estudo, mas que podem ser “percebidas” nas entrelinhas do trabalho, como por exemplo, “as mães ainda tem a prevalência nas decisões judiciais em sede de guarda? ”, ficarão latentes, numa espécie de expectativa de continuidade dos estudos sobre a temática, quem sabe em nível superior à graduação...

Por fim, acredita-se que para que a criança possa ter um lar em que haja afeto e dignidade é preciso mais do que isso, mais do que o exaustivo trabalho de estudiosos,

legisladores e magistrados, pois essa é uma questão inerente à estrutura social e à cultura da sociedade para a formação de uma família sólida e estruturada. Esse problema não é apenas dos tribunais, mas da sociedade como um todo, aos primeiros cabe decidir da melhor forma possível e sempre pelo bem de todos, mas aos segundos cabe uma mudança de atitude: o respeito à dignidade e aos direitos de todos os humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, Letícia. **Alienação Parental: Uma nova forma de abuso contra crianças e adolescentes**. Presidente Prudente: 2012. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3080/2842> Acesso em: 21 Jan 2016

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. trad. 2006. São Paulo: Editora das Américas. S.A. – EDAMERIS, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito de Civil: Direito de Família**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GLANZ, Semy. **A Família Mutante: sociologia e direito comparado inclusive o novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Lei Nº 12.238 de 26 de Agosto de 2010** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm). Acesso em 22 de Jan 2016

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Mônico da. **A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Maria de Fátima Diaz Perez da. **A União Homoafetiva como Entidade Familiar**.

2009. Disponível em:

<[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/MariadeFatimaDiasPerezdaSilva%20.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/MariadeFatimaDiasPerezdaSilva%20.pdf)>. Acesso em 15 de Jun de 2015

SOLDA, Angela Maria; MARTINS, Paulo César Ribeiro. **A nova lei da guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança**. Disponível em:

[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/23/artigos/artigo08.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/23/artigos/artigo08.pdf). Acesso em 24 de Nov de 2015

JUSBRASIL. Disponível em: <http://tj->

[ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128052493/apelacao-apl-17880320098120009-ms-0001788-0320098120009/inteiro-teor-128052504](http://ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128052493/apelacao-apl-17880320098120009-ms-0001788-0320098120009/inteiro-teor-128052504). Acesso em 12 de Abr de 2016

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128126111/agravo-regimental-agr-6019281020128120000-ms-0601928-1020128120000/inteiro-teor-128126121>. Acesso em 12 de Abr de 2016

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128136819/agravo-de-instrumento-ai-40010988820138120000-ms-4001098-8820138120000/inteiro-teor-128136829>. Acesso em 12 Abr de 2016

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127558340/agravo-de-instrumento-ai-40033020820138120000-ms-4003302-0820138120000/inteiro-teor-127558348>. Acesso em 12 de Abr de 2016

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205069012/agravo-de-instrumento-ai-14028744120158120000-ms-1402874-4120158120000/inteiro-teor-205069025>. Acesso em 12 de Abr de 2016

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205069012/agravo-de-instrumento-ai-14028744120158120000-ms-1402874-4120158120000/inteiro-teor-205069025>. Acesso em 12 de Abr de 2016

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/144961267/agravo-de-instrumento-ai-14109638720148120000-ms-1410963-8720148120000/inteiro-teor-144961275>. Acesso em 12 de Abr de 2016

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.